

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 126

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
2023-1224-1	Tutela 1ª instancia	CRISTIÁN DANILO GUTIÉRREZ	FISCALÍA 114 SECCIONAL DE TURBO ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Julio 19 de 2023
2022-1149-1	auto ley 906	EXTORSION	ANDRÉS STIVEN ECHEVERRI SERNA	Requiere procesado	Julio 19 de 2023
2023-1261-1	Decisión de Plano	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	HORACIO DE JESÚS GUZMÁN GUTIÉRREZ	Se abstiene de conocer recurso	Julio 19 de 2023
2023-0799-2	auto ley 906	EXTORSIÓN AGRAVADA	ROBINSON ALEMÁN MIELES	Fija fecha de publicidad de providencia	Julio 19 de 2023
2022-1479-2	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTRO	ELSY DEL SOCORRO BUESAQUILLO BONILLA Y OTROS	Declara desierto recurso de apelación	Julio 19 de 2023
2023-1178-2	Tutela 1ª instancia	LUIS ALFREDO PATIÑO ZULETA	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Julio 19 de 2023
2023-1092-2	Tutela 2ª instancia	WILTON DARÍO LONDOÑO MEJÍA	NUEVA EPS Y OTROS	modifica fallo de 1ª instancia	Julio 19 de 2023
2023-0863-3	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	HERNANDO VALDERRAMA CASTAÑEDA	Fija fecha de publicidad de providencia	Julio 19 de 2023
2023-0924-3	Auto ley 906	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	EDWIN ARGEMIRO DUQUE TOBÓN	Fija fecha de publicidad de providencia	Julio 19 de 2023
2023-1251-3	Decisión de Plano	JESÚS ANÍBAL BURITICÁ SUÁREZ	JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE SAN CARLOS ANTIOQUIA.	Se abstiene de conocer. Remite a reparto	Julio 19 de 2023
2023-0967-3	Auto ley 906	CONTRABANDO	YORMAN YAIR DÍAZ BARÓN Y OTROS	Decreta nulidad	Julio 19 de 2023
2023-1183-3	Tutela 1ª instancia	OSCAR ALONSO VILLA	FISCALÍA 7ª ESPECIALIZADA DE MEDELLÍN Y OTROS	Niega por improcedente	Julio 19 de 2023
2023-1266-4	Tutela 2ª instancia	LAURA ROSA CASTAÑO RAMÍREZ	SAVIA SALUD EPS	Confirma fallo de 1ª instancia	Julio 19 de 2023
2023-1077-6	Tutela 2ª instancia	ROSMARA USURA MANCO	UARIV	Confirma fallo de 1ª instancia	Julio 19 de 2023
2023-1169-6	Tutela 1ª instancia	JOHN JAIRO HERNÁNDEZ	DEFENSORÍA DEL PUEBLO	Concede derechos invocados	Julio 19 de 2023
2023-1198-6	Tutela 1ª instancia	JOSÉ ANDRÉS ARREDONDO GARCÍA Y OTROS	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Julio 19 de 2023
2021-0508-3	sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO	ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA	modifica sentencia de 1ª instancia	Julio 19 de 2023

2023-0655-3	sentencia 2ª instancia	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	JOSÉ ALEJANDRO GONZÁLEZ SILVA Y OTROS	modifica sentencia de 1º instancia	Julio 19 de 2023
2023-0449-3	sentencia 2ª instancia	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ PALACIO	modifica sentencia de 1º instancia	Julio 19 de 2023
2022-1134-2	sentencia 2ª instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	JONAS ORLANDO GARCÍA LEZCANO	Confirma sentencia de 1º Instancia	Julio 19 de 2023
2022-1192-2	sentencia 2ª instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	JHONATAN CARDONA ARBELAÉZ	Confirma sentencia de 1º Instancia	Julio 19 de 2023
2023-0899-3	sentencia 2ª instancia	EXTORSION	JOSE MIGUEL BETANCUR PIMIENTA	Confirma sentencia de 1º Instancia	Julio 19 de 2023
2021-1694-1	sentencia 2ª instancia	USURA	BETHSABÉ MARTÍNEZ RIVAS	modifica sentencia de 1º instancia	Julio 19 de 2023

FIJADO, HOY 21 DE JULIO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 147

PROCESO : 05000-22-04-000-2023-00378 (2023-1224-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : CRISTIÁN DANILO GUTIÉRREZ
HERNÁNDEZ
AFECTADO : RAMÓN JAVIER ROBLEDO MARTÍNEZ
ACCIONADO : FISCALÍA 114 SECCIONAL DE TURBO
ANTIOQUIA
PROVIDENCIA : FALLO PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el apoderado judicial del señor RAMÓN JAVIER ROBLEDO MARTÍNEZ en contra de la FISCALÍA 114 SECCIONAL DE TURBO, ANTIOQUIA.

LA DEMANDA

Indicó el accionante que el 07 de junio de 2023 en calidad de apoderado del señor Ramon Javier Robledo Martínez, radicó derecho de petición con número de oficio R&A2023-AUD-78459, al correo electrónico ivan.madrid@fiscalia.gov.co; omard.garcia@fiscalia.gov.co, donde solicitó a la entidad accionada, lo siguiente:

“1. Respetuosamente solicito Constancia Penal, Copia Simple de Inspección Técnica del Cadáver y del Informe Policial de Accidente de Tránsito. (IPAT) y registrar Defunción en el proceso radicado bajo No. 054906000290202380004.”

Indicó que hasta la fecha la entidad accionada no ha dado respuesta al derecho de petición.

Solicitó tutelar el derecho fundamental a derecho de petición, derecho de acceso a documentos públicos, derecho de informar y recibir información, en consecuencia, ordenar a la Fiscalía 114 Seccional de Turbo - Antioquia, que en un término no mayor a 48 Horas se dé repuesta de fondo al derecho de petición radicado el 07 de junio de 2023.

LA RESPUESTA

1.- La Fiscalía 114 Seccional de Turbo, Antioquia, indicó que para brindar al peticionario una completa solución a su solicitud, emitió el 07 de junio de 2023 los oficios 424 y 425 con destino al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la Registraduría Municipal del Estado Civil, mediante los cuales se requiere de forma urgente, se allegue a la carpeta la diligencia de necropsia de la víctima Maritza Mosquera Martínez y se proceda con la elaboración del registro civil de defunción de la misma.

Manifestó que a la fecha, solo logró allegar la respuesta de la Registraduría sin que se cuente con la diligencia de necropsia a fin de indicar la real causa de dicho deceso tal como se solicita; por lo que procedió de forma inmediata a emitir respuesta al requerimiento, la cual fue enviada al correo electrónico notificaciones@ramirezabogados.com.co, con la información que tiene y a la espera de que le aporte la demás documentación a fin de complementar la misma.

Afirmó que quedaron resueltas y aclaradas las pretensiones del usuario respecto a su requerimiento. Consideró superado el hecho por el cual se motivó la presente tutela.

PRUEBAS

La Fiscalía 114 Seccional de Turbo, Antioquia, adjuntó copia del oficio 424 dirigido al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Turbo, Antioquia, del 07 de junio de 2023, constancia de correo electrónico dirigido a la Unidad Básica de Turbo Noroccidente y copia del oficio 425 dirigido a la Registraduría Municipal del Estado Civil de Turbo Antioquia del 07 de junio de 2023, copia informe policial de accidente de tránsito, copia de croquis o bosquejo topográfico, copia acta de inspección técnica a cadáver, copia registro civil de defunción, copia formato constancia.

CONSIDERACIONES

Conforme con la doctrina constitucional¹, el derecho de petición es una prerrogativa especial prevista en el artículo 23 de la Carta Política, que consiste en la posibilidad que tiene cualquier persona para realizar peticiones respetuosas ante las autoridades o ante otros particulares, con el objeto de obtener la satisfacción de un interés personal o colectivo.

La Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha trazado algunas reglas básicas para entender cuando esta garantía fundamental ha sido satisfecha.

¹ Ver Sentencia T- 608 de 2013

Las peticiones respetuosas presentadas ante las autoridades deben ser resueltas en forma oportuna, completa y de fondo, y no limitarse a una respuesta simplemente formal.

Frente al tema ha dicho:

“Según se ha precisado en la doctrina constitucional, esta garantía constitucional consiste no sólo en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades sino a que éstas resuelvan de fondo, de manera clara y precisa la petición presentada. Asimismo, tal respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible, pues prolongar en exceso la decisión de la solicitud, implica una violación de la Constitución...”²

Ahora, cuando no es posible que la entidad resuelva una petición, debe informar al peticionario acerca de los inconvenientes presentados, señalando un término en el cual podrá producir la respuesta a su cuestionamiento.

La respuesta se ha considerado de fondo cuando la entidad realiza un análisis detallado para la verificación de los hechos y la respuesta expresa el marco jurídico que regula el tema cuestionado, con un análisis que confronte lo pedido, sin importar si la respuesta misma es favorable o no a los intereses del peticionario.

En el presente caso, el doctor Cristián Danilo Gutiérrez Hernández, como apoderado del señor RAMÓN JAVIER ROBLEDO MARTÍNEZ, manifestó que elevó petición ante la Fiscalía 114 Seccional de Turbo, Antioquia, solicitando:

“1. Respetuosamente solicito Constancia Penal, Copia Simple de Inspección

² Sentencia T-957 de 2004

Técnica del Cadáver y del Informe Policial de Accidente de Tránsito. (IPAT) y registrar Defunción en el proceso radicado bajo No. 054906000290202380004.”

Al respecto se advierte que la Fiscalía 114 Seccional de Turbo, Antioquia, informó que el 11 de julio de 2023 le brindó la respectiva respuesta al actor, para lo cual fue notificada dicha mediante el correo electrónico notificaciones@ramirezabogados.com.co.

Por parte de la auxiliar del Despacho se trató de confirmar el envío de la respuesta al celular 3503160033 perteneciente al Dr. Cristián Danilo Gutiérrez Hernández, pero a pesar de insistir en diferentes horas siempre contesta una máquina diciendo que el número se encuentra ocupado, por lo que también se intentó comunicación con el celular 3226956523 perteneciente al señor Ramón Javier Robledo Martínez, pero al marcar una máquina manifiesta que el número marcado no ha sido asignado; sin poder confirmar el recibido de la respuesta por parte del actor.

De lo anterior, se desprende en consecuencia que si bien la Fiscalía informa que envió la respuesta al correo electrónico del actor lo cierto es que al verificar las pruebas anexadas se puede evidenciar que no existe ninguna constancia de entrega o recibido de la respuesta solicitada, por lo que, a la fecha la Fiscalía 114 Seccional de Turbo Antioquia, no le ha dado el respectivo trámite a la petición elevada por el actor el 07 de junio 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 07 de junio de 2023 y de la cual analizada la documentación anexa al trámite

constitucional como la respuesta allegada, se advierte que si bien la Fiscalía 114 Seccional de Turbo Antioquia indicó haber dado respuesta de dicha petición, no se cuenta con ninguna constancia de entrega o recibido del correo electrónico del actor, y como no fue posible confirmar con el accionante su recepción.

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 114 Seccional de Turbo, 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 remitir la respuesta emitida el 11 de julio de 2023 donde daba solución a la petición enviada por el accionante el 11 de junio de 2023, teniendo en cuenta que debe hacer entrega de la respuesta de fondo con todos los documentos solicitados y si por el contrario no es posible entregar dichos documentos debe indicar una fecha cierta de cuando hará entrega de los mismos.

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 del derecho fundamental de petición que le asiste el Dr. Cristián Danilo Gutiérrez Hernández como apoderado del señor RAMÓN JAVIER ROBLEDO

MARTÍNEZ, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la FISCALÍA 114 SECCIONAL DE TURBO, 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, remitir la respuesta emitida el 11 de julio de 2023 donde daba solución a la petición enviada por el accionante el 11 de junio de 2023, teniendo en cuenta que debe hacer entrega de la respuesta de fondo con todos los documentos solicitados y si por el contrario no es posible entregar dichos documentos debe indicar una fecha cierta de cuando hará entrega de los mismos.

TERCERO: ORDENAR a la FISCALÍA 114 SECCIONAL DE TURBO, ANTIOQUIA que 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: **739d8edd21b12a36f4c7f31d17de493bee8ad8ef87fc22a31c0c2dc19852f2dd**

Documento generado en 19/07/2023 10:01:19 AM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, diecinueve de julio de dos mil veintitrés

Radicado: 05001 60 00000 2021 01012 2022-1149-1
Procesado: ANDRÉS STIVEN ECHEVERRI SERNA

Toda vez que el Dr. Cristián David Guzmán Serna obrando en condición de apoderado del señor ANDRÉS STIVEN ECHEVERRI SERNA, presentó renuncia al poder, procederá el despacho a *aceptar la renuncia* y en consecuencia por la Secretaría de ésta Sala, se le informará dicha situación al señor ANDRÉS STIVEN ECHEVERRI SERNA y se le requerirá, para que nombre un profesional del derecho que lo represente o de otro lado, frente a la eventual imposibilidad económica para contratarlo podrá solicitar a la Defensoría Pública asigne un profesional del derecho que lo continúe asistiendo.

CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
El suscrito Magistrado Ponente¹

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: **d14f2c90a7b423a1a34da38bf7461cd79add0803984f44fc468ebc8c23c1e68**

Documento generado en 19/07/2023 02:55:35 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 148

RADICADO	: 05761-60-00-350-2022-50010 (2023-1261-1)
PROCESADO	: HORACIO DE JESÚS GUZMÁN GUTIÉRREZ
DELITO	: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS Y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS
ASUNTO	: RECUSACIÓN

VISTOS

Fueron recibidas las presentes diligencias a fin de resolver la recusación deprecada por la defensa del señor HORACIO DE JESÚS GUZMÁN GUTIÉRREZ en contra del Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán - Antioquia, para atender el proceso que se impulsa en contra del citado.

LO SUCEDIDO

La defensa del señor HORACIO DE JESÚS GUZMÁN GUTIÉRREZ procedió a recusar al Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán en audiencia del 02 de mayo de 2023, aduciendo que el despacho resolvió la apelación de un auto que confirmó la negativa de libertad por vencimiento de términos, señalando que *“el auto no se ajustó y fue dictado en otros términos que no hacen parte de este proceso”*, pues se resolvió un auto con un radicado, con un delito y con otras partes que corresponden a otra investigación penal por el delito de

estafa agravada y otros investigados completamente diferentes, por lo que advierte que se encuentra pendiente la decisión correspondiente al recurso de apelación interpuesto en favor de su representado.

Lo anterior, se puso en conocimiento de las partes para que hicieran sus pronunciamientos de ser el caso.

Al respecto la Fiscalía insistió en que no estamos ante la presencia de una defensa técnica y digna y adicionalmente se abstiene de pronunciarse, porque no se cumplen con las causales taxativas que establece el legislador para desarrollar en cuanto a las recusaciones.

El representante de víctimas, por su parte de manera concreta indica que los elementos que se esgrimieron no convencen a dicho representante para una recusación.

Por su parte, el despacho resolvió no aceptar la recusación, argumentando que el tema de los impedimentos y las recusaciones tiene un carácter taxativo y de interpretación restrictiva, significando ello que debe señalarse expresamente la causal que se invoca, la cual se interpretará de forma restrictiva pues, con el manejo de dichas instituciones, se busca la independencia e imparcialidad de la administración de justicia.

Afirmando que el apoderado no hizo alusión a la causal expresa en la cual funda la recusación, pues aduce que el Juzgado conoció de un recurso de apelación respecto de una decisión de Juez de control de garantías y que la decisión no coincide con el tema que fue propuesto en la apelación, en tanto el delito indicado corresponde a

una estafa agravada y se citan otros investigados, por lo que para la defensa contractual no se ha resuelto dicha apelación sobre el vencimiento de términos.

El Juzgado indicó que mediante auto del 16 de diciembre de 2022 decidió el recurso de apelación interpuesto contra la negativa de libertad provisional por vencimiento de términos, decisión correspondiente al trámite del señor Horacio de Jesús Guzmán Gutiérrez por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de catorce años, el cual fue notificado en estrados, afirmando por tanto que la decisión no se encuentra pendiente por resolver. De otro lado, haciendo una interpretación extensiva, en el sentido de considerar que el defensor quiere hacer alusión a la causal contenida en el numeral 13 del art.56 CPP, indica el despacho que si bien conoció en sede de impugnación de una decisión de control de garantías, no hizo análisis probatorio, ni sobre la existencia de hechos punibles o sobre la responsabilidad del procesado, que diera lugar a un riesgo de parcialidad frente al trámite del proceso, sólo se trató de verificar el término legal, respecto del vencimiento de términos, los cuales al momento del análisis no habían transcurrido.

Por lo que no aceptó la recusación planteada y procedió de conformidad con lo previsto en el artículo 60 C.P.P. a ordenar el envío inmediato del expediente virtual a esta Corporación para que resolviera lo pertinente.

En decisión del 08 de mayo de 2023 con ponencia del suscrito la Corporación se abstuvo de resolver el fondo del asunto y ordenó devolver las diligencias al Juzgado Promiscuo del Circuito de

Sopetrán –Antioquia a fin de que le imprimiera el trámite correspondiente frente al cual debería remitir la actuación al funcionario que sería el facultado para conocer el asunto.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia en decisión de 04 de julio de 2023 confirmó la declaratoria infundada de la recusación planteada, indicando que el recusante no expuso causal alguna para solicitar el apartamiento del Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán del conocimiento del proceso; que el auto que confirmó negativa de libertad por vencimiento de términos no se encuentra dentro de las circunstancias establecidas en el artículo 56 del C.P.P. y si se indicara que el Juez no ha resuelto en segunda instancia el recurso de apelación propuesto, se tendría que afirmar igualmente que no existe razón para recusar al juez por no haber conocido objetivamente en control de garantías, por lo que no se configura la causal 13.

CONSIDERACIONES

Sería del caso entrar a definir de fondo el asunto puesto a consideración, si no se advirtiera que no hay lugar a intervención alguna por parte de este superior funcional, en tanto, no existe controversia o debate en torno a la temática por parte de los funcionarios judiciales.

Al respecto se advierte que el artículo 60 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 84 de la Ley 1395 de 2010 establece lo siguiente sobre el trámite de recusación:

“Requisitos y formas de recusación. Si el funcionario en quien se dé una causal de impedimento no la declare, cualquiera de las partes podrá recusarlo.

Si el funcionario judicial recusado aceptare como ciertos los hechos en que la recusación se funda, se continuará el trámite previsto cuando se admite causal de impedimento. En caso de no aceptarse, **se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano.** Si la recusación versa sobre magistrado decidirán los restantes magistrados de la Sala.

La recusación se propondrá y decidirá en los términos de este Código, pero presentada la recusación, el funcionario resolverá inmediatamente mediante providencia motivada...”.

De otro lado, el artículo 57 de la misma normativa, modificado por el artículo 82 de la Ley 1395 de 2010, preceptúa que:

“Cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de impedimento deberá manifestarlo a quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano, para que en el término improrrogable de tres (3) días se pronuncie por escrito.

En caso de presentarse discusión sobre el funcionario a quien corresponda continuar el trámite de la actuación, el superior funcional de quien se declaró impedido decidirá de plano dentro de los tres días siguientes al recibo de la actuación.

Para tal efecto, el funcionario que tenga la actuación la enviará a la autoridad que deba resolver lo pertinente”.

Al respecto ha establecido la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema indicó que¹:

“...Por su parte la Sala, en cuanto se refiere al significado de tales disposiciones, esto es, la manera en que debe agotarse el trámite de recusación y la competencia para pronunciarse sobre la misma, ha indicado lo siguiente²:

¹ Decisión AP3125-2022, Radicación nº 61930, Acta nº 155, M. P. Gerson Chaverra Castro, el 13 de julio de 2022.

² En la providencia CSJ AP4589-2015 de 11 agosto 2015, rad. 46.501, reiterada en el auto AP5201-2015, de 9 septiembre de 2015, rad. 46732, AP4816-2018 de 31 de octubre de 2018, rad. 54045 y AP1831-2020 de 5 de agosto de 2020.

*“En tales condiciones, se observa que **«...en caso de no aceptarse...» la recusación planteada por alguna de las partes «se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano», quien de acuerdo con las pautas fijadas en el artículo 57 de la misma codificación, que regula el trámite para el impedimento que se integra al presente, es «... quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano...».***

*Por cuanto **no otra lectura puede darse a la reforma introducida con la Ley 1395 de 2010, que, a más de modificar el artículo antes referido, alteró el artículo 341 del estatuto procesal penal para privar, de manera inicial, la competencia del superior funcional a fin de resolver este tipo de asuntos.***

[...]

1.2. Asimismo, **en caso de presentarse discusión** en cuanto al funcionario a quien corresponda continuar con el trámite, la integración de normas antes referida, permite que se evacue el procedimiento estipulado en el inciso segundo del artículo 57 ejusdem. Punto que consagraría las siguientes hipótesis:

(i) Que el juez recusado acepte la postulación del proponente, envíe las diligencias al que le sigue en turno, pero éste considere que no se configuró la causal alegada.

(ii) Que el funcionario recusado no acepte la proposición del postulante, remita la actuación al que le sigue en turno y éste sí considera que la causal es fundada.

Casos en los cuales, deberá ser el superior funcional común de las autoridades judiciales involucradas quien resuelva de plano y de manera definitiva el asunto y, en el evento de tratarse de despachos de diversos distritos judiciales corresponderá su resolución a esta Sala como fue explicado en CSJ AP, 7 mar. 2011, Rad. 35951.

Lo anterior, dadas las consecuencias disciplinarias que conlleva la no manifestación de un impedimento conforme con la Ley 734 de 2002, en sus artículos 50 y 55, y por ello, la necesidad de zanjar discusión alguna sobre la violación al deber de imparcialidad y objetividad que regulan el instituto analizado, contexto dentro del cual la Sala debe matizar los planteamientos hechos en los proveídos CSJ AP 1604-2014 y AP1377-2015.

1.3. Ahora, **si los dos juzgadores encuentran infundada la causal enervada, se tiene por finiquitado el incidente y el juez recusado, deberá continuar con el trámite de rigor.**

[Negrillas y subrayas fuera de texto original].”

En el presente caso, el defensor del señor HORACIO DE JESÚS GUZMÁN GUTIÉRREZ presentó recusación en contra del Titular del

Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán, alegando que el despacho resolvió la apelación de un auto que confirmó la negativa de libertad por vencimiento de términos, que la decisión proferida corresponde a otra investigación penal y que se encuentra pendiente resolver el recurso de apelación presentado en contra del auto proferido en disfavor de su representado.

Dicho despacho no aceptó la recusación aclarando que lo resuelto en segunda instancia sólo se limitó a una decisión sobre si se daba un vencimiento de términos, sin análisis de ningún tipo de pruebas por parte de la judicatura, remitiendo las diligencias inicialmente a esta Corporación, que se abstuvo de resolver en tanto no se había dado el trámite pertinente y posteriormente se enviaron las mismas al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, despacho que confirmó la declaratoria infundada de la recusación toda vez que no se citó causal de recusación, para apartarse el Juez del proceso, que la apelación de un auto que confirmó la negativa de libertad por vencimiento de términos no se encuentra dentro de ninguna de las circunstancias establecidas en el artículo 56 del C.P.P. y que si no se ha resuelto un recurso de apelación en sede de control de garantías, no es posible por tanto alegar la causal prevista en el numeral 13 del art.56 del C.P.P.

Conforme lo anteriormente expuesto, se puede advertir en el presente caso que el Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán no aceptó la recusación planteada por el defensor del señor HORACIO DE JESÚS GUZMÁN GUTIÉRREZ y de otro lado, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia encontró infundada la solicitud invocada, en consecuencia al no existir controversia frente al conocimiento de las diligencias, y al ya haber sido resuelto

el incidente por los despachos, deberá el Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán continuar con el trámite de la actuación.

Corolario con lo anterior, se abstiene esta Corporación de decidir de fondo, en tanto, el asunto ya fue resuelto por los despachos judiciales, conforme los parámetros expuestos por la ley y la jurisprudencia.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia **SE ABSTIENE** de resolver el fondo del asunto y en consecuencia, por secretaría **REMÍTASE** el proceso al **JUEZ PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SOPETRÁN (ANTIOQUIA)** para continuar con el conocimiento del proceso que por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, actos sexuales con menor de 14 años se adelanta en contra del señor HORACIO DE JESÚS GUZMÁN GUTIÉRREZ.

COMUNÍQUESE 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: **3f52cc6e3fd2a205519ed9327cdba2d6c3a1ddb3612e14ed9b9652dbb4fba2f3**

Documento generado en 19/07/2023 03:54:48 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

Medellín, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Radicado único	05-001-60-00000-2022-01055
Radicado Corporación	2023-0799-2
Procesado	Robinson Alemán Mieles
Delito	Extorsión agravada

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 90 de la ley 1395 de 2010, se convoca a las partes a la audiencia de lectura de providencia para el día **JUEVES (27) DE JULIO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS 09:00 A.M.**

CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

Firmado Por:
Nancy Avila De Miranda

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

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

Código de verificación: **acdb8c28f196e1dc99da9616eadb8babcd200daa78f5633322a38a3e107ee706**

Documento generado en 19/07/2023 04:00:28 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



1

Radicado único	05 045 60 00 360 2017 00049
Radicado Corporación	2022-1249-2
Procesado	Elsy del Socorro Buesaquillo Bonilla y otros
Delito	Concierto para delinquir agravado y otros
Decisión	Se declara desierto el recurso

Medellín, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 072

1. ASUNTO

Procede la Sala a estudiar la viabilidad jurídica del recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida el 19 de julio de 2022, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante la cual condenó a los señores Jonathan García Sevilla, Julio César Álvarez Manco y Elsy Del Socorro Buesaquillo Bonilla por haberlos hallado penalmente responsables, en calidad de coautores, del concurso de conductas punibles de concierto para delinquir agravado (art. 340-2 C.P.), dos homicidios agravados, (art. 103 y

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.

104-7 C.P), tres secuestros simples agravados y atenuados (art. 168, 170- 1 y 2 y 171 C.P.) y dos secuestros simples agravados (art. 168 y 170-1 y 2), imponiéndoles a cada uno, sanción de cuatrocientos noventa y seis (496) meses de prisión, y multa de seis mil cuatrocientos treinta y tres punto treinta y uno (6.433.31) s.m.l.m.v , así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, sin que en favor de los encartados se haya concedido algún sustituto o subrogado penal.

2. HECHOS

Fueron narrados en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

“El 13 de enero de 2017, se tuvo noticia sobre dos cuerpos sin vida de sexo masculino, en el sector conocido como Salsipuedes Bajo jurisdicción del Municipio de Apartadó. Los cadáveres fueron identificados como Nilson Alberto Ayala Suárez, identificado con la cédula 1.104.134.123 y Jhan Carlos Murillo Pinto, con cédula 1.104.134.813. Se concluyó que el primero de los mencionados murió por heridas con arma blanca en cuello, tórax y región abdominal; y el segundo, por heridas por arma blanca en cuello, tórax y región dorsal.

De los actos investigativos, se obtuvo información que da cuenta que, el 12 de enero de 2017, se encontraban los señores Darinel Martínez Agamez, Jean Carlos Caro Acevedo, Luis Santiago Chavarriga Neira y los dos occisos mencionados, últimos que habían llegado desde Puerto Wilches al sector días antes a la región de Urabá.

Los dos fallecidos estaban negociando un vehículo automotor, por lo que el señor Víctor Alfonso Hernández Caicedo, los invitó donde un supuesto comprador, por el sector de Salsipuedes en Apartadó; llegaron a la residencia de la señora ELSY DEL SOCORRO BUESAQUILLO BONILLA y JULIO CÉSAR ÁLVAREZ MANCO, a eso de las tres y media de la tarde, sitio donde también estaban otras personas esperándolos, los señores Nilson, Jhan Carlos, Darinel, Jean Carlo y Luis Santiago, fueron amarrados con sus manos atrás, luego fueron llevados a un sitio boscoso, obligándolos a atravesar un río, lugar donde fueron coaccionados para que indicaran el sitio donde presuntamente tenían armas de fuego y un dinero, producto de un hurto efectuado en el municipio de Puerto Wilches (Santander) a una familia, diciéndoles que estaban en manos de “Las Autodefensas Gaitanistas de Colombia”.

Mientras esto sucedía, el joven Darinel fue lesionado en la cabeza con la cachá de un arma de fuego, y a eso de las nueve de la noche del mismo día, fueron dejados en libertad los señores Darinel, Jean Carlo y Luis Santiago, y conducidos por la señora ELSY DEL SOCORRO, en compañía de otras personas, quienes les devolvieron los velocípedos. En cuanto a las otras dos personas, el día 13 de enero de ese año, se informó sobre su muerte.

Los hechos de sangre le fueron atribuidos a una organización criminal que opera en la región del Urabá Antioqueño, entre ellos el Municipio de Apartadó, estructura debidamente jerarquizada, con permanencia en el tiempo, dedicada a la comisión de conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, tráfico de armas, homicidios, desplazamientos forzados, extorsiones, entre otras actividades, denominada “Clan Úsuga David”, subdividida, en: “frente Dabeiba-Frontino”, “Frente Carlos Vásquez”, “Frente Central Urabá”, “Frente Gabriel Poveda

Ramos", "Frente Darién Chocoano", "Frente Rio Sucio Carmen", de la cual hacían parte los procesados.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por esos hechos fueron vinculados, entre otros, los hoy procesados JULIO CÉSAR ÁLVAREZ MANCO, JONATHAN GARCÍA SEVILLA y ELSY DEL SOCORRO BUESAQUILLO BONILLA.

La captura de los señores JULIO CÉSAR y ELSY DEL SOCORRO, se llevó a cabo el 28 de febrero de 2018. Las audiencias preliminares para estos procesados se celebraron el 01 de marzo del mismo año, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Antioquia, donde se legalizó la captura y se formuló imputación por los delitos de Concierto para delinquir Agravado, artículo 340 inciso 2º del Código Penal; Secuestro simple agravado y atenuado, artículos 168, 170 numerales 1 y 2 y 171, con la circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal y Homicidio agravado, en concurso homogéneo con otro evento, artículos 103 y 104 numeral 7 C.P., con la circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal. Así mismo, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Al señor JONATHAN GARCÍA SEVILLA, quien ya se encontraba detenido en establecimiento carcelario por otro asunto, se le formuló imputación por las mismas conductas arriba relacionadas y se le impuso medida de aseguramiento privativa

de la libertad en establecimiento carcelario, en el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Antioquia, el 05 de julio de 2018.

Posteriormente, el ente acusador presentó escrito de acusación, en contra de los hoy procesados y los señores Javier Alfonso Tapia Sepúlveda, Luis Eduardo Ortiz Tuberquia y Víctor Alfonso Hernández Caicedo, ante el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializado de Antioquia, en donde, mediante acta individual de reparto es asignado a este Despacho Judicial, quien asumió conocimiento el 19 de julio de 2018.

La audiencia de Formulación de Acusación se llevó a cabo el 27 de noviembre de 2018, en donde el ente acusador ratificó la calificación jurídica de las conductas punibles enrostradas en la formulación de imputación, y se celebró un preacuerdo con el señor Víctor Alonso Hernández Caicedo, frente a quien se decretó la ruptura de la unidad procesal.

La audiencia preparatoria fue desarrollada el 01 de octubre del 2019, en la que el señor Luis Eduardo Ortiz Tuberquia, se allanó a los cargos, por lo que se decretó la ruptura de la unidad procesal frente a ese procesado.

Mientras que el inicio del juicio oral se desarrolló en sesiones que tuvieron lugar el 22 y 23 de septiembre de 2020; 18 y 19 de marzo; 21, 22 y 23 de julio; 29 y 30 de septiembre; 01 de octubre, 02, 08 y 09 de noviembre de 2021; y 03, 08 y 09 de marzo; 03 de mayo (fecha en la cual se precluyó la investigación, declarando

la extinción de la acción penal en relación con el señor Javier Alfonso Tapia Sepúlveda, por muerte); y 17 de junio de 2022, fecha última en la que se dio el sentido del fallo condenatorio en contra de todos los procesados, por todos los delitos endilgados.

La sentencia se profirió el 19 de julio de 2022, siendo recurrida por la defensa de los procesados Julio César Álvarez Manco Y Elsy Del Socorro Buesaquillo Bonilla.

4. LA DECISIÓN APELADA

El Juez de primera instancia de manera inicial evocó los presupuestos fácticos, la identificación e individualización de los acusados y el rito procesal surtido. Luego, determinó que con la prueba practicada en juicio oral se alcanzó a desvirtuar la presunción de inocencia de los enjuiciados, siendo procedente emitir sanción penal en su contra por los delitos que le fueron atribuidos desde la imputación, con lo cual quedaba desvirtuada la presunción de inocencia de los encausados por encontrarse que su conducta fue típica, antijurídica y culpable.

Concluyó su análisis, imponiendo una pena definitiva de CUATROSCIENTOS NOVENTA Y SEIS (496) MESES DE PRISIÓN, y MULTA DE SEIS MIL CUATROSCIENTOS TREINTA Y TRES PUNTO TREINTA Y UNO (6.433.31) S.M.L.M.V., al haber sido hallados penalmente responsables de la ejecución de las conductas punibles de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO (Art. 340-2 C.P.), DOS HOMICIDIOS AGRAVADOS, (Art. 103 y 104-7 C.P), TRES SECUESTROS SIMPLES AGRAVADOS Y ATENUADOS (Art. 168, 170- 1

Y 2 Y 171 C.P.) Y DOS SECUESTROS SIMPLES AGRAVADOS (Art. 168 y 170-1 y 2) a título de coautores. Como pena de carácter accesorio, y en aplicación al artículo 44 del C. P. en concordancia con el 52 ibídem, se les impondrá la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por veinte (20) años.

En cuanto a los subrogados penales, determinó la no concesión de la suspensión condicional de la pena, así como tampoco hay lugar al otorgamiento de la prisión domiciliaria, por expresa prohibición del artículo 68A del C.P. el cual fue modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014, al encontrarse el delito de Concierto Para Delinquir Agravado enlistado dentro del catálogo de conductas punibles previstas por el legislador dentro de ese artículo como más graves, de acuerdo al daño generado al ordenamiento jurídico.

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

El apoderado judicial de los señores Julio César Álvarez Manco Y Elsy Del Socorro Buesaquillo Bonilla interpuso el recurso de apelación, al considerar que existieron errores en la valoración probatoria desplegada por el A quo, como quiera que sus defendidos participaron del hecho delictivo producto de la coacción ejercida por el grupo armado insurgente. Señalo, además, que sus prohijados también fueron víctimas de lo acaecido, pues fueron secuestrados y obligados a realizar las tareas que los integrantes del grupo criminal les ordenaban, encontrando su actuar en una causal de ausencia de responsabilidad.

6. CONSIDERACIONES

Esta Corporación es competente 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, y en tal virtud le corresponde solventar el siguiente problema jurídico.

¿Se encuentra en debida forma sustentada la alzada en punto a la valoración probatoria realizada por el a-quo, que habilite a esta Sala a pronunciarse de fondo?

Al respecto debe decirse primigeniamente que la posibilidad de examinar en alzada una decisión emitida por un Juez de la República está dada por su interposición dentro de las oportunidades procesales previstas por la ley, por quien tiene interés jurídico para hacerlo y bajo la exposición clara y precisa de las razones de hecho y de derecho del disenso. Esto último, que atañe con la debida sustentación de un recurso, demanda en el inconforme el cumplimiento de una carga argumentativa relativa a referirse de forma específica a los fundamentos de la decisión atacada, en modo tal que devele los yerros en que pudo haber incurrido el juzgador en su decisión. Si bien no se exige que dicha sustentación esté anclada en una técnica particular, sí debe ser capaz de suscitar un debate al interior de la judicatura o lo que es lo mismo de edificar una suerte de

antítesis de los postulados que soportaron la decisión del funcionario de primer grado. Cualquier manifestación que no esté encaminada a demostrar esa inconsistencia legal no puede tenerse como sustento de una impugnación².

Por lo demás, el deber de la debida sustentación no es una cuestión que pase por los meros cauces de la formalidad, en tanto sustancialmente permite el acceso a la garantía de la segunda instancia y sirve de límite a la competencia del superior. A este únicamente le está licenciado revisar los aspectos recurridos y los esencialmente vinculados a ellos, sin que pueda extrapolarse a otros temas so pena de socavar también garantías fundamentales.

A estas proposiciones hay que añadir que en ciertas ocasiones hay lugar a que se aplique el principio de caridad argumentativa. De conformidad con este predicado es factible que se puedan superar los yerros en la sustentación del impugnante en pro de encontrar el verdadero sentido del recurso en procura de dar efectividad al derecho material subyacente.

No obstante, ello procede a condición de que exista un ejercicio de fundamentación, que, aunque sea impreciso, permita desentrañar el contenido de la censura, esto es, siempre que se entreguen unas razones que dejen deducir al menos una postura jurídica concreta frente al tema de debate por parte del inconforme.

² CSJ AP, 12 ago. 2019, rad. 55.323.

En efecto, el principio de caridad “comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible³”⁴

Con todo ello, de tiempo atrás se tiene por establecido que un recurso de apelación es desarrollo del derecho de defensa para todos los sujetos procesales, y, a la vez es parte del debido proceso como derecho fundamental, obvio que el ejercerlo para quienes participan del mismo impone varias cargas, ya sea en los términos para interponerlo, como para realizar la correspondiente sustentación. En este punto, el recurrente adquiere una carga procesal muy clara y es efectuar un discurso argumentativo, **en orden a convencer al funcionario que debe resolver el recurso, que la decisión recurrida es equivocada y, que el planteamiento suyo es el correcto. Dentro del primer punto debe hacer el análisis correspondiente en orden a establecer los errores de hecho y de derecho ocurridos con la decisión impugnada, explicar porque tal decisión no está conforme a derecho y en su segunda consecuencia plantear cual es la solución correcta conforme su criterio, obvio, también con los argumentos correspondientes.**

Esta forma de sustentación de igual manera es una garantía de transparencia y lealtad en el sentido que, sin una debida

³ Cfr. CJS SP, 8 jul. 2011, rad. 35130.

⁴ CSJ AP, 9 sep. 2015, rad. 46.235.

claridad de los puntos a controvertir, al igual que las razones para el mismo, es muy difícil para las contrapartes, establecer los puntos de diferencia y de coincidencia, es decir, no se puede debidamente ejercer el derecho a la controversia misma, y solo tendría la posibilidad de "adivinar" lo que se quiso decir con el recurso, con el riesgo de incurrir siempre en equivocaciones frente a lo planteado.

Igual raciocinio ocurre con el funcionario que debe conocer del mismo, sin la claridad de lo planteado, es imposible saber si tiene o no razón y cualquier decisión que se tome de fondo, inescindiblemente estará cargada de un manto de subjetividad y de injusticia, en consecuencia, se desconocerá toda la dogmática desarrollada frente al debido proceso.

Al respecto, debe decirse, como ha tenido oportunidad de puntualizarlo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que la fundamentación de la apelación constituye un acto trascendente en la composición del procedimiento o rito procesal, por lo que **no es suficiente que el recurrente exprese su inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disenso, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada**⁵.

Sobre la debida y adecuada sustentación del recurso de apelación, ha significado la Alta Corporación en su Sala de Casación Penal, lo siguiente:

⁵ CSJ SP, 11 abr. 2007, rad. 23667.

"...la necesidad de sustentar debidamente la impugnación presentada. Esto comporta, de una parte, **que toda impugnación debe ser sustentada**, pero, además, que no basta la mera sustentación, sino que esta debe ser adecuada al objeto de controversia.

De manera pues que no basta con sustentar, sino que esa argumentación debe ser debida, adecuada, apropiada al caso.

Una sustentación debe entenderse adecuada, cuando está orientada a controvertir los argumentos de la decisión cuestionada, pretendiendo de manera razonable demostrar el desacierto de la misma y las bondades de la tesis que se propone. **La sustentación tiene como objetivo atacar o controvertir la tesis expuesta en la decisión, ello se logra presentando razones, destacando falencias, tratando de mostrar el desacierto de la decisión.**"⁶

(...)

"La ley procesal regula ese control preliminar que determina la concesión de los medios de impugnación. Dicho control se desarrolla de una parte a constatar que contra la decisión proceda el correspondiente medio de impugnación, y seguidamente a determinar si el recurso fue o no adecuadamente sustentado. Todo esto le corresponde al funcionario de primer grado, y, en tal sentido el artículo 179 A de la Ley 906 (artículo 92 de la Ley 1395), establece que cuando el recurso de apelación no se sustente se declarará desierto, mediante providencia contra la cual procede el recurso de reposición. **Como esa sustentación implica no sólo el ejercicio de presentar unos argumentos, sino también de presentarlos adecuadamente, es función que le corresponde al funcionario ante quien se interpone la alzada. Sin perjuicio de que, el superior vuelva a ejercer ese mismo control**".⁷

Con base en lo anterior, de no ser acatada esa carga de fundamentación por parte del recurrente, se impone a esta Magistratura declarar desierto el recurso, sin que se pueda abrir a trámite la segunda instancia, toda vez que frente a una fundamentación deficiente no es posible conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio.

⁶ Auto del 19 de septiembre del 2012. Radicado 38.137 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

⁷ Auto del 29 de marzo 2012, radicado 38.287, M.P. Fernando Alberto castro Caballero.

Al respecto, ha ilustrado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el sentido no es pretender:

“uniformar el discurso, reclamando del recurrente una específica técnica o el seguimiento estricto de líneas argumentales.

Pero, cuando menos, para que se entienda una verdadera controversia, al apelante le corre la obligación de señalar en concreto las razones del disenso con lo decidido, para cuyo efecto, huelga anotar, el objeto sobre el cual debe recaer su discurso no puede ser otro diferente a la providencia misma.

No sobra recordar, en este sentido, que independientemente de la mayor o menor formación jurídica del apelante, lo exigido es establecer con claridad, a través de la correspondiente exposición de premisas fácticas y jurídicas, una mejor solución a la planteada por el funcionario, o determinar el yerro en el que incurrió este”⁸.

Tampoco le basta al inconforme reproducir sus alegatos de instancia. Así en providencia del 16 de enero de 2003 emitida dentro del Radicado 18.665, dijo esa alta Corporación que *“remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó”*.

Ahora, una vez analizado en su integridad el escrito contentivo del recurso de apelación interpuesto por la defensa de los acusados, con el que pretende cumplir con la carga de sustentar la apelación de la sentencia de primera instancia, se aprecia que no atacó directa o indirectamente ni uno sólo de los argumentos expuestos por el fallador de primer grado para

⁸ CSJ AP, 15 feb. 2017, rad. 49479.

desestimar su tesis defensiva, esto es, no señaló de manera clara y coherente cuáles fueron los yerros presentados al momento de llevar a cabo el proceso de valoración probatoria para llegar al conocimiento necesario para la emisión de la sentencia adversa a los intereses de sus prohijados.

En el entendido, no estima ni un solo razonamiento de valía expuesto por el recurrente frente al raciocinio plasmado por el A quo en su decisión, quien considera, que la prueba llevada al juicio oral fue contundente para emitir una decisión de condena, resultando factible:

impone como conclusión que se demostró la participación de los procesados en el punible de Concierto para delinquir Agravado, conforme a lo descrito en el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal, como integrantes desde el año 2016, de la organización criminal denominada "Clan del Golfo", con injerencia en los municipios de Apartadó, Chigorodó y Carepa, la cual se encuentra jerarquizada, estructurada y con permanencia en el tiempo, conformada por un número plural de personas, dedicada a la ejecución de homicidios y secuestros; concertación que llevaron a cabo con conocimiento y voluntad. Además, quedó demostrado que con esta conducta se menoscabó el bien jurídico de la seguridad pública, pues se evidenció que el accionar de esta organización puso en constante estado de zozobra e intranquilidad a la comunidad de ese sector, alterando el desarrollo normal de sus actividades cotidianas, ilícito que no se ve amparado por ninguna causal de justificación, con lo que puede predicarse su ANTIJURICIDAD.

Así mismo, se logró establecer que los procesados no solo se concertaron con el fin de cometer conductas punibles como Homicidios, sino que, efectivamente, incurrieron de forma autónoma en dicho comportamiento delictual, conforme a lo dispuesto en los artículos 103 y 104 numeral 7 del Código Penal, constatándose que participaron en los hechos relacionados con el ataque contra la vida de los señores Nilson Ayala Suárez y Jhan Carlos Murillo Pinto, quienes fueron agredidos por integrantes de la ilegal cofradía, entre quienes se contaban los aquí enjuiciados, a quienes amarraron, golpearon y violentaron física y moralmente, con la intención de que brindaran información de un supuesto hurto, arremetiendo así de un modo bastante agresivo en su contra y perpetrándoles múltiples lesiones con

arma corto punzante, generando en su cuerpo intensas heridas que ocasionaron su muerte. Lo anterior, muestra la falta de respeto por ese derecho de tan alto raigambre como lo es el de la Vida, y cómo los procesados antepusieron al mismo sus propios intereses en pos de la empresa criminal que integraban, lo que torna en extremo grave su proceder, además porque la intención era mostrar qué le ocurría a quien hurtaba, pretendiendo con ese acto, fortalecer la posición de mando de la organización en la zona, lo que denota una desconsideración extrema y una falta de reconocimiento de la dignidad de sus congéneres, siendo su proceder en extremo grave.

En lo que tiene que ver con los punibles de Secuestro Simple Agravado y Atenuado, artículos 169, 170 numerales 1 y 2 y 171 del Código Penal, se logró establecer, la participación de los procesados en los hechos de los que fueron víctimas tanto el señor Darinel Martínez, menor de edad para la fecha, como Jhan Carlos Murillo Pinto, Nilson Ayala Suárez, Luis Santiago Chavarriga Neira y Jean Carlo Caro Acevedo, a quienes se les retuvo en contra de su voluntad, para que brindaran información acerca de un supuesto hurto, siendo agredidos física y moralmente, con la intención de generar en ellos la suficiente presión para que terminaran confesando su participación en unos hechos delictuales. Así mismo, ha de reconocerse que dos de las víctimas fueron liberadas voluntariamente, desistiendo los criminales de sus fines ilícitos.

En síntesis, el profesional del derecho simplemente manifestó su inconformidad genérica con la decisión pronunciada, tal como se plasmó en precedencia, sin siquiera cuestionar el fondo de la decisión condenatoria y mucho menos los argumentos enarbolados por el juez de primera línea y las conclusiones a las que arribó supuestamente desestimando los planteamientos defensivos, siendo ello presupuesto ineludible para que la Sala pueda abordar el estudio de la misma. Es decir, se echa de menos una sustentación adecuada, razonable y pertinente del recurso impetrado, conforme así lo establece el artículo 179 de la Ley 906 de 2004.

Siendo así, no le bastaba a la recurrente indicar que se presentaron fallas en el proceso de valoración probatoria y que

sus defendidos fueron coaccionados para llevar a cabo las conductas punibles, para emitir el consecuente juicio de reproche en contra de los sentenciados, sino que debió señalar los aspectos en los que el A quo incurrió en tales falencias, para poner de presente su trascendencia en la condena emitida; los que debían ser refutados en debida forma y de manera detallada por el apelante, de ahí que la Magistratura no podrá abordar el examen propuesto, pues la falta de claridad y concreción del memorial impugnatorio hace que el recurso carezca de una adecuada sustentación de la pretensión alegada.

Ha quedado claro, así que el defensor no presenta ninguna antítesis en contra de la decisión de primer grado de la que emerja un problema jurídico sustancial que deba ser resuelto por la segunda instancia. Ni siquiera acudiendo al principio de caridad puede la Corporación derivar un cuestionamiento mínimo y concreto en contra de la decisión de primera instancia, máxime considerando que quien ha planteado la apelación es un profesional del derecho que debe contar con mínimas herramientas para sustentar en debida forma un recurso.

Dígase además, que en un ejercicio de lógica inferencial a efectos de desvirtuar la postura del impugnante, a la entidad tribunalicia le bastaría simplemente reiterar los planteamientos efectuados por el fallador de instancia al considerar que ellos no fueron coaccionados para participar del hecho criminal, y ese no puede ser el propósito de la segunda instancia, pues lo que se pretende con el recurso de apelación es que el Superior,

a partir de los planteamientos del recurrente, examine la corrección o no de lo decidido por la A quo, lo cual no puede hacer en esta oportunidad, pues ningún reparo claro y en concreto se ofreció, pues claramente lo que busca a través de la alzada es **un nuevo estudio de las pruebas presentadas que conlleven a revocar el fallo condenatorio emitido, sin aludir a razones que efectivamente dieron lugar a la decisión, de manera que deje en evidencia la infracción del A quo**. Sin censura concreta de la legalidad o de desacierto de la decisión **es inviable desatar el punto de disenso**.

Se itera, no es dable considerar que el abogado recurrente esté controvirtiendo de una manera seria los argumentos expuestos en la sentencia, pues ha debido, como lo reclama la Jurisprudencia, refutar los fundamentos de la providencia atacada con los cuales se desestiman sus planteamientos defensivos, señalar sus yerros y postular un criterio diferente que resulte suficiente para remover la decisión del señor Juez de Conocimiento, y en defecto de ello, desierto se habrá de declarar la censura.

En otras palabras, el apelante no cumplió con la carga procesal que le es exigible de atacar en forma directa los argumentos que tuvo en cuenta el A quo para condenar responsables de los delitos enrostrados a los señores Julio César Álvarez Manco y Elsy Del Socorro Buesaquillo Bonilla, imponiéndose la necesidad de declarar desierto el recurso interpuesto, por carecer de toda sustancialidad para desatar la alzada.

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: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación propuesto por el apoderado judicial de los sentenciados Julio César Álvarez Manco y Elsy Del Socorro Buesaquillo Bonilla, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar que contra de la presente decisión procede el recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en la oportunidad de Ley.

TERCERO: De quedar en firme esta providencia, se ordena devolver la actuación al Juzgado de origen.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTÉRREZ
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: **f421ec14ebe85f7b73e0a9dd18b0d2a0a5747bd94aaee57799d6575569ad9283**

Documento generado en 18/07/2023 04:58:52 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 DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



Radicado: 050002204000202300364
No. interno: 2023-1178-2
Accionante: Luis Alfredo Patiño Zuleta
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó – Antioquia.
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No.029
Decisión: Concede

Medellín, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 074

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de tutela incoada por el señor Luis Alfredo Patiño Zuleta en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Apartadó-Antioquia, por la presunta vulneración al derecho fundamental de petición.

A la presente acción constitucional se vinculó por pasiva, al **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE APARTADÓ-VILLA INÉS, JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL**

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

CIRCUITO DE TURBO, ANTIOQUIA y CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLIN Y ANTIOQUIA, en tanto que podían verse afectados con las resultas del presente proceso constitucional.

2.- HECHOS

Manifiesta el accionante que, fue condenado mediante sentencia No. 027 de 2017, emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, a la pena de 144 meses de prisión por el delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años; sin embargo, a la fecha, no se le ha reconocido por parte de los juzgados de ejecución de penas y medidas, ninguna de las redenciones a las que tendría derecho por trabajo y estudio en el establecimiento de reclusión de Villa Inés, afectando con ello sus garantías constitucionales al debido proceso y libertad.

Señala que, el día 25 de abril de 2023, radicó ante Juzgado 01 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, solicitud de redención de la pena, en la que requirió:

(...)

- *Oficiar de manera inmediata al establecimiento penitenciario y carcelario de Villa Inés, ubicado en el municipio de Apartadó, para que por el medio más expedito se alleguen a este despacho, los certificados de cómputos y conducta en los términos de Ley para efectos de redención de pena.*
- *Cuál es el tiempo total descontado de la pena entre físico y redimido del señor LUIS ALFREDO PATIÑO ZULETA, identificado con el número de cedula 71.982.062 de Turbo, en el proceso referenciado.*

Aduce que, pese a que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, acusó recibido de su petición, a la fecha de interposición del presente amparo no ha obtenido respuesta.

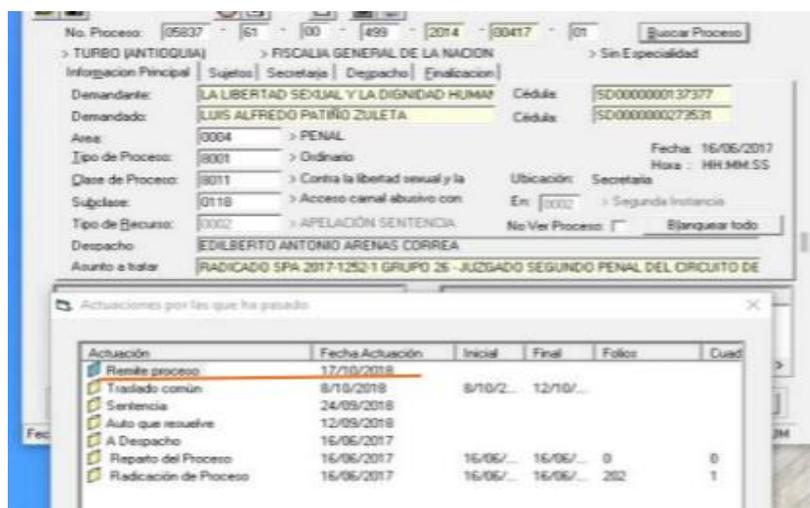
2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó**, en la que informó:

"El 25 de abril del presente año se recibió, en el correo electrónico de este Despacho, un memorial del abogado Álvaro Ramón Zambrano Bacca, quien obra como defensor contractual de LUIS ALFREDO PATIÑO ZULETA, mediante la cual solicita se oficie al Establecimiento Penitenciario y Carcelario Villa Inés, para que por el medio más expedito alleguen los certificados de cómputos y calificación de conducta para efectos de redención de pena; así mismo, se le informe la situación jurídica de su representado.

No obstante, verificado el correo electrónico se advierte que el proceso de PATIÑO ZULETA no ha sido remitido a este Juzgado por parte de los Juzgados de Ejecución de Penas de Antioquia, como tampoco lo ha enviado el fallador, esto es, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo Antioquia.

Lo anterior, pese a que el Tribunal Superior de Medellín profirió sentencia de segunda instancia el 24 de septiembre de 2018 y devolvió el expediente al a quo el 17 de octubre del mismo año, situación que se pudo verificar a través del sistema de gestión Siglo XXI:



The screenshot displays the Siglo XXI system interface. At the top, it shows the process number: No. Proceso: 05837 - 51 - 00 - 499 - 2014 - 00417 - 01. Below this, the subject is identified as FISCALIA GENERAL DE LA NACION. The main area contains fields for 'Demandante' (LA LIBERTAD SEXUAL Y LA DIGNIDAD HUMANA) and 'Demandado' (LUIS ALFREDO PATIÑO ZULETA). The 'Tipo de Proceso' is 'Ordinario' and the 'Clase de Proceso' is 'Contra la libertad sexual y la'. The 'Subclase' is 'Acceso canal abusivo con'. The 'Tipo de Recurso' is 'APELACION SENTENCIA'. The 'Despacho' is 'EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA'. The 'Asunto a tratar' is 'RADICADO SPA 2017-12521 GRUPO 26- JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE'. Below this, there is a table titled 'Actuaciones por las que ha pasado' with columns for 'Actuación', 'Fecha Actuación', 'Inicial', 'Final', 'Folios', and 'Cuad'. The table lists several actions, including 'Remite proceso' on 17/09/2018, 'Traslado común' on 8/10/2018, 'Sentencia' on 24/09/2018, 'Auto que resuelve' on 12/09/2018, 'A Despacho' on 16/06/2017, 'Reparto del Proceso' on 16/06/2017, and 'Radicación de Proceso' on 16/06/2017.

Actuación	Fecha Actuación	Inicial	Final	Folios	Cuad
Remite proceso	17/09/2018				
Traslado común	8/10/2018	8/10/2...	12/10/...		
Sentencia	24/09/2018				
Auto que resuelve	12/09/2018				
A Despacho	16/06/2017				
Reparto del Proceso	16/06/2017	16/06/...	16/06/...	0	0
Radicación de Proceso	16/06/2017	16/06/...	16/06/...	202	1

Ahora, si bien el defensor contractual envió junto con su petición el oficio 0355 proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de

Conocimiento de Turbo Antioquia, en el que afirman que el expediente en cuestión fue enviado al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, lo cierto es que a la fecha no se ha recibido por ningún medio la actuación.

Por lo tanto, en la fecha se le remitió la petición al fallador, situación que le fue dada a conocer al solicitante a través del oficio No 309, enviado al correo electrónico alvarozambrano08@hotmail.com.

Es necesario aclarar que este Juzgado se encuentra recibiendo múltiples expedientes los cuales, en su gran mayoría, cuentan con solicitudes de libertad condicional, permisos y prisión domiciliaria pendientes por resolver e incluso, al hacer el estudio de las situaciones jurídicas, se ha encontrado que algunos de los sentenciados han cumplido su pena."

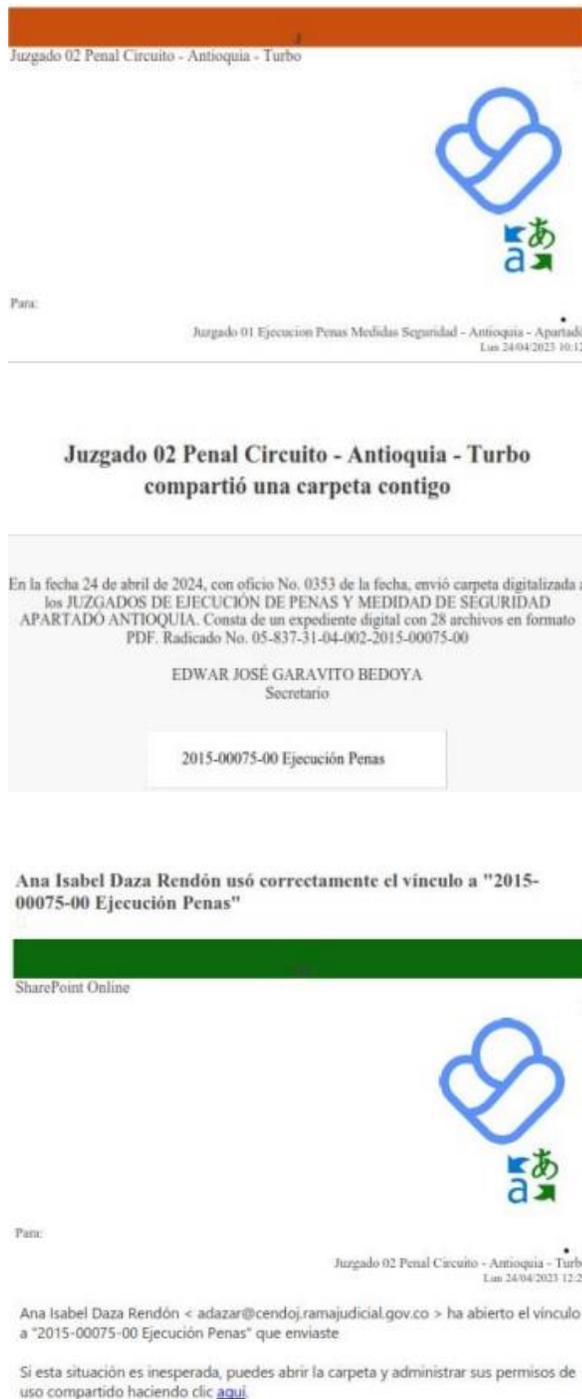
El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, se pronunció frente a la acción constitucional, en los siguientes términos:

"Lo primera que, advierte este Despacho es que el accionante interpone acción de tutela contra el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, porque el día 25 de abril de 2023, radicó ante ese estrado judicial, solicitud de redención de pena, sin que, a la fecha de radicación de la tutela, la misma le hubiese sido resuelta.

Igualmente sorprende a este servidor judicial, la respuesta efectuada a ese honorable Tribunal por parte del Juzgado de Ejecución de Penas de Apartadó, cuando manifiesta que esta judicatura, no les ha remitido el proceso del sentenciado PATIÑO ZULETA, cuando existe evidencia por parte de este Despacho, que el mismo, les fue remitido el día 24 de abril de 2023, esto es un día antes, de que el condenado les remitiera a ellos la solicitud de redención de petición, y para ello, me permito aportar constancia que se adjunta, con esta respuesta (PDF 029Remisión Carpeta Digital Ejecución Penas Apartado), donde se logra determinar que el día 24 de abril de 2023, se compartió al correo electrónico institucional de ese estrado judicial Correo: j01epmsapdo@cendoj.ramajudicial.gov.co, a las 10:12 horas, el respectivo expediente digital del señor LUIS ALFREDO PATIÑO ZULETA, para la

vigilancia de la pena, en ese momento con 28 archivos en formato PDF, incluido el oficio No. 0353 de fecha 24 de abril de 2023 (028OficioEjecucionPenasApartadoLuisAlfredoPatiñoZuleta).

De otro lado y una vez revisado el expediente digital, se logra constatar que el vínculo del expediente digital se usó correctamente a las 12:28 horas, por Ana Isabel Daza Rendón (exempleada del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad tal como lo confirmó vía telefónica el citador del Despacho Ceferino Córdoba el día de ayer 10 de julio de 2023, conforme a la constancia secretarial que se anexa), tal como se puede confirmar con el siguiente pantallazo de que el vínculo del expediente fue usado correctamente (PDF 029RemisionCarpetaDigitalEjecucionPenasApartado):



Es de resaltar, que la titular del Juzgado Primero Penal de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, mediante oficio No. 309 de fecha 10 de julio de 2023, le remitió a este Despacho por competencia la solicitud presentada por el señor Luis Alfredo Patiño Zuleta para efectos de que se redima pena, toda vez que el expediente no ha sido allegado a dicho Juzgado, sin embargo, este servidor judicial mediante oficio No. 0656 de la misma fecha, le informó al Juzgado Primero Penal de Ejecución de Penas de Apartadó que el expediente si había sido enviado desde el 24 de abril de 2023, usando correctamente el vínculo del expediente Ana Isabel Daza, advirtiéndosele que en caso de que esta persona no perteneciera al grupo de empleados de dicho Despacho, se nos informara para efectos de tomar los correctivos del caso y enviar nuevamente el expediente, oficio que fue enviado el 10 de julio de 2023 a las 15:26 horas conforme al pantallazo que se anexa a esta respuesta.

Es de advertir que, el día 10 de julio de 2023, el doctor Ceferino Córdoba Salas (Asistente Administrativo del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó), vía telefónica con el secretario de este Despacho el señor Edwar José Garavito Bedoya, a través de los abonados telefónicos 300 315 82 69 y 321 886 33 11, le informó, que la doctora Ana Isabel Daza Rendón, laboraba para la fecha del envío del expediente en ese Juzgado de Ejecución de Penas, pero que ya no labora, y a través de audio remitido al WhatsApp del secretario de este estrado judicial, le solicita que le envíe nuevamente el expediente digital ya que su compañera no lo encontraba, es por ello, que se remitió nuevamente el expediente digital a las 15:53 del 10 de julio de 2023, a petición se reitera del Asistente Administrativo del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, acusándose recibido a las 17:34 horas del 10 de julio de 2023, conforme a la constancia que se anexa.

Entonces como se puede observar, esta judicatura remitió el expediente del señor PATIÑO ZULETA el día 24 de abril de 2023, un día antes (25 de abril de 2023), de que éste ciudadano radicada la solicitud de rendición de pena ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, y se insiste el vínculo se usó correctamente a las 12:28 de esa misma fecha por la doctora Ana Isabel Daza Rendón, quien fuera para la fecha empleada del mencionado Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, conforme lo confirmara el Asistente Administrativo de dicho Despacho Ceferino Córdoba, cuya constancia se anexa a la presente respuesta.

Con lo anterior, damos respuesta a la solicitud de tutela, considerando que este Despacho no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante"

Finalmente, **el Centro de Servicios Administrativos Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia**, en respuesta a esta acción constitucional indicó:

"Consultado el Sistema de Gestión de este Centro de Servicios Administrativo, se encontró el siguiente registro del sentenciado LUIS ALFREDO PATIÑO ZULETA identificado con C.C. N° 71.982.062.

Le solicito muy respetuosamente DESVINCULAR a este Centro de Servicios Administrativo de la presente acción constitucional; debido a que esta Judicatura no vulneró o violentó derecho fundamental alguno LUIS ALFREDO PATIÑO ZULETA; toda vez que no somos los competentes para decidir sobre la situación jurídica del sentenciado; y a quien le corresponde decidir de fondo es al Juzgado que actualmente vigila la pena."

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

La Sala es competente para resolver la acción, en términos del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y los decretos 2591 de 1991 artículo 37 y 1382 de 2000, numeral 2º, en atención a la calidad de la entidad accionada.

4.2 Problema Jurídico

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentran conculcados los derechos fundamentales invocados por el señor Luis Alfredo Patiño Zuleta, al no haberse resuelto la petición elevada ante Juzgado Primero de Ejecución de Penas y

Medidas de Seguridad de Apartadó - Antioquia, en la que requirió la redención de pena.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela ha sido instituida como mecanismo para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente de los particulares, en los casos específicamente previstos en la ley.

Así, el Juez Constitucional está llamado no sólo a verificar si se vulneran los derechos fundamentales invocados por quien demanda la acción, sino que si advierte la trasgresión de cualquiera otro que tenga tal entidad, debe ampliar el marco de protección a esos otros derechos conculcados.

El derecho de petición está Consagrado en el Art. 23 de la C.N., en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas, a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.”

En el mismo sentido, se reitera que el derecho de petición previsto en el artículo 23 de la constitución tiene como finalidad:

“Suministrar al petente respuesta a propósito, sea positiva, sea negativa, pero en todo caso completa según ha advertido esta Corte de tiempo atrás, destacando el contenido o núcleo esencial de este derecho, el cual, ‘no sólo implica la potestad de elevar peticiones respetuosas a las autoridades; envuelve además la necesidad de que se brinde una respuesta adecuada y oportuna – que no formal ni necesariamente favorable- dentro del marco de imparcialidad, eficacia y publicidad que caracteriza al Estado Social de Derecho...” (CSJ STC, 16 abr. 2008, rad. 00042-01).

La Corte Constitucional en sentencia T-350 de 2006 manifestó:

“...hace parte del núcleo esencial del derecho de petición:(i) la posibilidad cierta y efectiva de presentar, de manera respetuosa, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la facultad de obtener una respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos previstos en el ordenamiento jurídico; (iii) el derecho a recibir una respuesta de fondo o contestación material, lo que supone que la autoridad analice la materia propia de la solicitud y se pronuncie sobre la totalidad de los asuntos planteados, es decir, la correspondencia entre la petición y la respuesta, excluyendo fórmulas evasivas o elusivas y; (iv) la pronta comunicación al peticionario sobre la determinación adoptada, con independencia de que su contenido sea favorable o desfavorable. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho fundamental de petición...”

En lo que atañe al debido proceso en la etapa de la vigilancia de la pena, señaló la Corte constitucional en sentencia T-753 de 2005: lo siguiente:

(...)

Reglas que informan el debido proceso durante la etapa de ejecución de las sentencias penales.

3.1. La ejecución es la última parte del procedimiento judicial, que tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva del tribunal competente. En atención a esta definición, la Corte Constitucional ha entendido que las garantías del proceso penal se extienden a la etapa de la ejecución de la sentencia. En este sentido, fue dispuesto en el fallo T- 388 de 2004¹¹¹:

“(...) la ejecución de la pena no puede entenderse escindida del proceso penal que se siguió en contra de quien se encuentra privado de la libertad por existir una sentencia condenatoria en su contra, y cuyas garantías también se predicen del tiempo de la ejecución de la pena. La unidad del proceso presupone que los distintos actos que lo integran estén coordinados y concurren armoniosamente al fin del mismo, que es la efectividad de la ley sustancial, obviamente, mediante la observancia de los principios fundamentales del procedimiento¹²¹”.

En virtud de lo anterior, las reglas que informan el debido proceso establecidas en el artículo 29 de la Constitución Política, las disposiciones internacionales, los principios de la administración de justicia consagrados en la Ley 270 de 1996, "Ley Estatutaria de la Administración de Justicia" y aquellos que se encuentran vigentes en el procedimiento penal son parámetros a los cuales debe ceñirse la actuación de las autoridades judiciales durante el período de ejecución de las sentencias.

3.2. El derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política ha sido definido por la Corte Constitucional como "la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y crea las garantías de protección a los derechos de las personas, por lo que ninguna actuación de las autoridades públicas depende de su propio arbitrio"^[3]. En este orden de ideas, es deber de las autoridades sujetarse a los procedimientos previamente fijados y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la Ley.^[4]

Según fue explicado en la sentencia T-266 de 2005^[5], el derecho a un debido proceso comprende al menos las siguientes garantías:

" (...) las garantías mínimas que este derecho consagra son: i) el derecho de acceso a la administración de justicia ante el Juez natural de la causa; ii) el derecho a que se le comunique aquellas actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una multa o sanción; iii) el derecho a expresar en forma libre las opiniones; iv) el derecho a contradecir pretensiones o excepciones propuestas; **v) el derecho a que los procesos se efectúen en un plazo razonable** y, vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra" (subrayado no original).

Tanto el principio del juez natural como el derecho de los ciudadanos a que el proceso se efectúe en un plano razonable se encuentran vigentes en tratados internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento colombiano en virtud del artículo 93 de la Constitución Política especialmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 8 y 25) sobre garantías judiciales y protección judicial, respectivamente.

En primer lugar, el derecho de acceso a la administración de justicia implica que existe un juez competente para decidir cada caso de acuerdo con criterios legales predeterminados por la ley. Es decir, que el ciudadano goza de certidumbre sobre la autoridad judicial y las competencias que le son atribuidas a la misma, con el objeto de que se pronuncie sobre su causa^[6].

En segundo lugar, los procesos deben ser desarrollados en un término razonable y sin dilaciones injustificadas. En armonía con este postulado, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia consagra el principio de celeridad y el principio de eficiencia en virtud de los cuales la administración de justicia debe ser pronta y cumplida^[7]. Igualmente, la diligencia con arreglo a la cual deben obrar las autoridades judiciales en el impulso de sus actuaciones fue incorporada en las normas rectoras del código de procedimiento penal en especial, el artículo 9 sobre actuación procesal, en virtud de la cual, la actividad procesal se desarrollará teniendo en cuenta "(...) la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia" y la previsión legal sobre celeridad y eficiencia (Art. 15 C.P.P.).

Asimismo, esta Corporación ha sostenido que el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas procura garantizar a las personas que acuden a la administración de justicia una protección en el ámbito temporal del trámite, bajo la idea de que justicia tardía no es justicia^[31]. En consecuencia, una situación de procesamiento no puede ser indefinida so pena de afectar el derecho de acceso a la administración de justicia.

Considerando las directrices mencionadas, para la Sala es importante destacar que, en una sociedad democrática, la lentitud de la administración de justicia coloca al ciudadano en un estado de indefensión que amenaza el ejercicio de sus derechos y, por ende, aquellas acciones que extralimiten periodos de ejercicio procesal contradicen los propósitos del Estado de derecho..." NEGRILLAS NUETRAS

Ahora, cuando se impetra una petición al interior de un proceso judicial, corresponde a la autoridad judicial competente emitir respuesta de fondo conforme las reglas propias de cada juicio o procedimiento, de lo contrario, la afectación no solo irradia el derecho fundamental de petición, también el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, así lo explicó Corte Constitucional en sentencia T- 394-2018:

"El derecho de petición ante autoridades judiciales – Reiteración jurisprudencial

5.1. A partir de la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el núcleo y alcance del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, se ha establecido que este tiene dos dimensiones fundamentales: la primera implica la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas, y la segunda comprende el derecho a tener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo a las peticiones presentadas^[35].

De esta forma, dicha garantía fundamental refiere a la posibilidad de las personas de elevar peticiones respetuosas ante las autoridades, las cuales deben ser resueltas de manera pronta y oportuna. Este deber se extiende a las autoridades judiciales, quienes se encuentran obligadas a resolver las solicitudes de los peticionarios en los términos prescritos por la Ley y la Constitución para tal efecto.^[36]

5.2. Ahora bien, en lo que respecta al derecho de petición ante autoridades judiciales, esta Corporación ha precisado sus alcances al manifestar que si bien es cierto que el derecho de petición puede ejercerse ante los jueces y en consecuencia estos se encuentran en la obligación de tramitar y responder las solicitudes que se les presenten,^[37] también lo es que "el juez o magistrado que conduce un proceso judicial está sometido -como también las partes y los intervinientes- a las reglas del mismo, fijadas por la ley, lo que significa que las disposiciones legales contempladas para las actuaciones administrativas no son necesariamente las mismas que debe observar el juez

cuando le son presentadas peticiones relativas a puntos que habrán de ser resueltos en su oportunidad procesal y con arreglo a las normas propias de cada juicio".^[38]

En este sentido, la Corte ha sostenido que el alcance del derecho de petición encuentra limitaciones respecto de las peticiones presentadas frente a autoridades judiciales, toda vez que han de diferenciarse los tipos de solicitudes, las cuales pueden ser de dos clases: (i) las referidas a actuaciones estrictamente judiciales, que se encuentran reguladas en el procedimiento respectivo de cada juicio, debiéndose sujetar entonces la decisión a los términos y etapas procesales previstos para tal efecto; y (ii) aquellas peticiones que por ser ajenas al contenido mismo de la *litis* e impulsos procesales, deben ser atendidas por la autoridad judicial bajo las normas generales del derecho de petición que rigen la administración y,^[39] en especial, de la Ley 1755 de 2015^[40].

En este orden, la omisión del funcionario judicial en resolver las peticiones relacionadas a su actividad jurisdiccional según las formas propias del proceso respectivo, configura una violación del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia^[41]. Por otro lado, la omisión de la autoridad jurisdiccional en resolver las peticiones formuladas en relación con los asuntos administrativos constituye una vulneración al derecho de petición^[42]." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del accionante está encaminada a que se resuelva la petición de redención de pena, elevada el 25 de abril de 2023, ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia.

Por su parte el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, informó que el proceso dentro del cual el accionante solicita se redima pena, no fue remitido a ese despacho, en vista de lo cual el pasado 10 de julio envió la citada solicitud al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, como quiera que, auscultado el sistema de gestión Siglo XXI el 24 de septiembre de 2018 el expediente fue devuelto a ese despacho.

De otro lado, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, informó que el día 24 de abril de 2023 remitió el expediente electrónico al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó para la vigilancia de la pena, cuyo link fue auscultado por la señora Ana Isabel Daza Rendón

empleada para ese momento del Juzgado executor. Lo anterior fue informado a ese despacho mediante oficio No. 0656 del 10 de julio, remitiéndose nuevamente el expediente electrónico en igual data, ante solicitud del asistente administrativo, dado que no lograron ubicarlo².

Verificado entonces los anexos allegados por las entidades accionadas y vinculadas, advierte esta Corporación en primer lugar que, efectivamente el 24 de abril del año que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia compartió una carpeta denominada "2015-00075-00 Ejecución Penas" con el Juzgado 01 Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, y si bien no se allegó constancia del recibo de tal actuación por parte de este último en esa data, se allegó la constancia automática de que el vínculo contentivo del expediente había sido abierto en la misma fecha por Ana Isabel Daza Rendon-adazar@cendoj.ramajudicial.gov.co, quien según se reporta, para ese momento era empleada del Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Apartadó.

Bajo este panorama, refulge con nitidez la vulneración no solo del derecho fundamental de petición invocado por el accionante, también se torna evidente la vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia —últimos que se protegerán de oficio—. La razón, desde el 25 de abril el accionante impetró ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, solicitud de redención de penas, y solo en virtud de este amparo constitucional— luego de dos meses— advirtió que el proceso cuya vigilancia se reclama no había sido remitido para tal efecto a ese despacho, sin embargo, de acuerdo a información allegada por el despacho fallador, se acreditó que el expediente si fue remitido a

² Ver archivo denominado: "033AnexoConstanciaEnvioNuevamente

ese despacho el 24 de abril del corriente. No desconoce esta Corporación que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, se encuentra recibiendo múltiples expedientes remitidos por competencia por parte de los homólogos de Antioquia y, que en su mayoría cuentan con solicitudes pendientes por resolver, sin embargo, tampoco se puede desconocer que la petición de redención de pena del accionante fue radicada hace más de dos meses, y no ha obtenido respuesta de fondo a la misma, pese a que el expediente fue enviado por el juzgado fallador desde el mes de abril.

En consecuencia, se **ORDENARÁ** al **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ, ANTIOQUIA** que en un término de diez (10) días hábiles siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, emita respuesta de fondo a la solicitud elevada por el accionante el 25 de abril de 2023, misma que deberá notificarse en debida forma.

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,

5. RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de petición, debido proceso y acceso a la administración de justicia del señor LUIS ALFREDO PATIÑO ZULETA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SE ORDENA al **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ**, que en un término de diez (10) días hábiles siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, emita respuesta de fondo a la solicitud elevada por el accionante el 25 de abril de 2023, misma que deberá notificarse en debida forma.

TERCERO: Infórmesele a las partes que esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. Una vez en firme esta providencia, se ordena la remisión del cuaderno original ante la Honorable Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión

NOTIFÍQUESE 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: **47318309218d0e8c9daa869154d682881f18774d3b7260980913cc48c08f53f4**

Documento generado en 19/07/2023 03:55:19 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 DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 056973104001202300055
Rdo. Interno: 2023-1092-2
Accionante: Wilton Darío Londoño Mejía
Afectado (a): Taliana Londoño Hernández
Accionado: NUEVA EPS
Actuación: Fallo tutela de 2ª Instancia No. 029
Decisión: Se modifica y confirma

Medellín, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta No. 073

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación interpuesta por el apoderado judicial de la NUEVA EPS, doctor Andrés Felipe Medina Ariza, frente al fallo de tutela proferido el día 13 de junio de 2023, por el Juzgado Penal del Circuito de Santuario, Antioquia, mediante el cual se concedió el amparo a los derechos fundamentales invocados por el señor

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.

Wilton Darío Londoño Mejía quien actúa en representación de su hija Taliana Londoño Hernández.

2. LA DEMANDA

Los hechos de la tutela fueron señalados por el Juez de primera Instancia de la siguiente forma:

“Relata el accionante, que su hija TALIANA LONDOÑO HERNANDEZ, tiene un diagnóstico de PARALISIS CEREBRAL ESPÁTICA, RETARDO PROFUNDO y TRANSTORNO DEL SUEÑO, motivo por el cual ha sido necesario que reciba varias atenciones especiales y cuidados diferentes. Que varios servicios fueron negados en su momento, por lo que debió acudir a la acción de tutela a través de la cual se le concedió el tratamiento integral.

Afirma que igualmente presentó acción de tutela para que se le autorizara el transporte para llevarla a los tratamientos fuera del municipio donde tiene fijada su residencia, porque en Cocorná – Antioquia, no cuentan con todos los servicios que requiere su hija, y que son necesarios para el manejo del diagnóstico.

Argumenta que su hija empezó a recibir servicios de terapias, consultas, medicamentos y ayudas ortopédicas; entre otras, que han sido vitales para su atención integral; sin embargo, ha habido otros servicios que no le han sido autorizados, sin justificación alguna, razón por la cual han tenido que asumir el pago de manera particular a pesar de la precaria situación, generándose nuevos hechos vulneratorios, al tener que asumir costos adicionales que no tiene la capacidad de cubrir, vulnerado así su mínimo vital.

Señala el actor que es cabeza de familia y debe cotizar a salud y pensión pensando en el bienestar de su hija, dice que sobrevive del empleo informal sin garantías que les permita tener un nivel de vida diferente, que no alcanza a percibir ni siquiera un salario mínimo. Que su esposa e hija son sus beneficiarias en la EPS, que él es cotizante, pero no tiene el mínimo vital garantizado, ni sus necesidades básicas;

razón por la que han debido hacer muchos esfuerzos para sostener a su hija con préstamos para sobrevivir y proporcionarle calidad de vida.

Que en enero de 2020 el especialista en Neuropediatría, le ordenó a su hija unas terapias de Hidroterapia, pero la IPS FUNDACION DIVERSIDAD, con la cual tiene convenio la NUEVA EPS, no tenía ese servicio, motivo por el cual la menor fue llevada a la FUNDACIÓN REINES (antes RIE), en el municipio de Rónegro – Antioquia, asumiendo el costo de las hidroterapias de manera particular. Que solicitó el reembolso del costo de las consultas y el dinero del transporte, gastos que no fueron reconocidos por la NUEVA EPS.

Menciona que nuevamente el médico tratante en julio de 2022 le ordenó servicios que no cubre la EPS; entre ellos las HIDROTERAPIAS por seis meses; que igualmente llevaron a la menor a la FUNDACIÓN REINES, que cuenta con dicho servicio, y nuevamente solicitaron a la NUEVA EPS el reembolso, el cual le fue negado.

Dice que, de acuerdo al criterio médico, las HIDROTERAPIAS influyen positivamente en la calidad de vida de su hija TALIANA, razón por la que han realizado las acciones tendientes a ofrecerle calidad de vida, y para acudir a las HIDROTERAPIAS, fue necesario endeudarse, toda vez que no percibe ni siquiera un salario mínimo y la situación con su hija les afecta su economía, alterando su subsistencia y sin poder continuar la menor con las HIDROTERAPIAS.

Señala que sólo pudo obtener 6 consultas asumiendo el costo de manera particular y el médico tratante le ordenó cuatro (4) terapias semanales por seis (6) meses; que los costos de las HIDROTERAPIAS Y EL TRANSPORTE, ascendieron a la suma de \$1.800.000, y desde diciembre de 2022, su hija no volvió a asistir a HIDROTERAPIAS, y que las otras terapias las recibe de manera virtual por la dificultad para trasladarla hasta la ciudad de Medellín, debido a sus condiciones, motivo por el cual el médico les indicó que las mismas deben ser realizar en un lugar cerca de su residencia, por el desgaste de su hija para viajar a la ciudad de Medellín.

Que solicito el reembolso del costo de las seis (6) HIDROTERAPIAS ante la NUEVA EPS, en forma separada; vale decir, seis formatos de

reembolso, las cuales fueron negadas. Aclara que acude a la acción de tutela porque existen nuevos y diferentes hechos a los inicialmente alegados para la atención integral de su hija, pero que igualmente afectan la calidad de vida y el mínimo vital del grupo familiar.

Menciona el actor que la NUEVA EPS en una de sus respuestas indicó que autorizó el servicio de HIDROTERAPIA para la FUNDACIÓN DIVERSIDAD el 9 de diciembre de 2022, hecho que dice no ser cierto, toda vez que la misma fundación emitió constancia el 13 de diciembre de 2022, donde se observa que las HIDROTERAPIAS nunca fueron autorizadas, que solo fueron autorizadas las terapias de FONOAUDIOLOGIA, FISIOTERAPIA Y TRERAPIA ACUPACIONAL, (ver fl 16 Escrito Tutela); que teniendo en cuenta que las HIDROTERAPIAS nunca fueron autorizadas, era imposible solicitar el transporte para las mismas, puesto que la EPS exige como requisito para dicho servicio tener las autorizaciones. Que el costo de las HIDROTERAPIAS fue cancelado de manera particular porque no fue posible obtener atención oportuna y eficaz por la NUEVA EPS, razón por la cual su hija no ha podido acceder a todas las sesiones ordenadas por el especialista tratante.

Solicita se tenga en cuenta la especial condición de su hija, quien es sujeto de especial protección constitucional, así como su situación económica, puesto que ha visto afectado el derecho fundamental al mínimo vital, al tener que asumir el costo de las HIDROTERAPIA y el transporte para acudir a las mismas de manera particular, porque la NUEVA EPS, no solo no le está autorizando los servicios de salud que requiere su hija, sino que además le niega el reembolso del costo que ha debido asumir de manera particular

Considera que la NUEVA EPS le está vulnerando los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, los derechos de los menores y al mínimo vital. Acude a la acción de tutela pretendiendo el amparo de los mismos, y se ordene a la NUEVA EPS, reembolsar la suma de UN MILLON OCHOSCIENTOS MIL PESOS \$1.800.000, oo de acuerdo a la facturación realizada por la FUNDACIÓN REINES, por concepto de atención médica y transporte. Igualmente se ordene a la NUEVA EPS, autorizar las HIDROTERAPIAS que requiere su hija para la FUNDACION REINES, ubicada en Rionegro

– Antioquia, donde cuentan con servicio integral y tienen TERAPIAS DE REHABILITACION INTEGRAL INFANTIL POR EQUIPO TECNICO EN SALUD MENTAL, TERAPIA OCUPACIONAL, FONOAUDIOLOGIA, HIDROTERAPIA Y TERAPIA FÍSICA, y así evitarle el desgaste de viajar hasta la ciudad de Medellín.”

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, concedió el amparo deprecado por el accionante al considerar que:

(...)

“De conformidad con la orden de servicios aportada al escrito de tutela, se observa que la niña TALIANA LONDOÑO HERNANDEZ, de 12 años de edad, presenta un diagnóstico de PARALISIS CEREBRAL INFANTIL, y la pediatra tratante le ordenó REHABILITACION INTEGRAL INFANTIL POR EQUIPO TECNICO EN SALUD MENTAL, TERAPIA OCUPACIONAL, FONOAUDIOLOGIA, HIDROTERAPIAS y TERÁPIA FISICA, (ver fl 15 escrito tutela), servicios que requiere la niña en aras de mantener en óptimas condiciones su estado de salud.

Cabe precisar que se trata de una menor de edad discapacitada y como tal es un sujeto de especial protección al que se le debe garantizar el amparo de sus derechos fundamentales y, prestársele de manera prioritaria el servicio de salud. En el presente caso, esta consideración resulta relevante toda vez que, TALIANA LONDOÑO HERNANDEZ se encuentra sometida a distintas terapias y tratamientos, así como a frecuentes controles médicos con pediatras, requiriendo de la adecuada prestación del servicio de salud (dentro y fuera de la ciudad de residencia). Aunado a lo anterior, las afirmaciones por parte del actor respecto a la situación económica, cuando manifiesta que no alcanza a percibir siquiera un salario mínimo, no fue desvirtuado por la accionada, teniendo tal sujeto

procesal la carga de la prueba, debiendo presumirse la buena fe del accionante, cuando enuncia no estar en capacidad de continuar asumiendo los gastos por el servicio de HIDROTERAPIAS y el transporte para acudir a las mismas.

(...)

Al respecto, considera el juzgado que, en esta oportunidad, además de resultar aplicables las disposiciones constitucionales anteriormente señaladas, concurren los presupuestos jurisprudenciales para que opere la solicitud de reembolso debido al estado de salud de la menor TALIANA LONDOÑO HERNANDEZ, quien requiere TERAPIAS DE REHABILITACIÓN INTEGRAL, y la NUEVA EPS, solo le autorizó las terapias de FONOAUDILOGIA, FISIOTERAPIA Y TERAPIA OCUPACIONAL, en la institución FUNDACION DIVERSIDAD, y que en vista de que las HIDROTERAPIAS no fueron autorizadas, porque en esa institución no cuentan con dicho servicio, su progenitor debió asumir el costo de seis (6) HIDROTERAPIAS de manera particular en la FUNDACION REINES, y el costo de las mismas ascendió a la suma de \$ 1.800.000, viendo afectado su mínimo vital, dado que su trabajo es informal y no alcanza a percibir ni siquiera un salario mínimo; ante dicha situación, el accionante solicitó a la NUEVA EPS el reembolso de dicha suma de dinero, el cual fue negado, afirmaciones que esta judicatura acoge atendiendo al principio de buena fe. Con base en lo anterior, se considera imperioso otorgar la protección constitucional a la niña TALIANA LONDOÑO HERNANDEZ, a quien el médico tratante le ordenó cuatro (4) HIDROTERAPIAS semanales por seis (6) meses.

En efecto la Corte Constitucional en Sentencia T- 513 de 2017 ha reconocido: "... hay circunstancias especiales que ameritan la intervención del juez constitucional, de manera excepcional y éste puede aplicar las reglas jurisprudenciales para determinar la procedencia del amparo solicitado, más aún cuando se vea conculcado el derecho fundamental al mínimo vital".

Ahora bien, teniendo en cuenta que el mínimo vital, también se halla reconocido como un derecho superior, pues afecta la vida digna y el derecho a la subsistencia cuando es afectado, como en este caso, en que por la desidia de la entidad accionada NUEVA EPS, el progenitor de la menor afiliada, comprometiera el mínimo vital en la

realización de seis (6) HIDROTERAPIAS, deviniendo así el amparo del derecho al mínimo vital y a la salud de la menor TALIANA LONDOÑO HERNANDEZ, debe ordenarse a la NUEVA EPS, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a hacer el reembolso de la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS M.L (\$1.800.00,00) cantidad asumida por el señor WILTON DARIO LONDOÑO MEJIA, en la realización de las seis (6) HIDROTERAPIAS, así como como la autorización de las HIDROTERAPAS que le hacen falta a la menor en una IPS cercana a su residencia".

EN VIRTUD DE LO ANTERIOR, RESOLVIÓ:

"PRIMERO. - AMPARAR los derechos fundamentales invocados por el señor WILTON DARIO LONDOÑO MEJIA, Representante Legal de la menor TALIANA LONDOÑO HERNANDEZ.

SEGUNDO. - Se ordena a la Representante Legal de la NUEVA EPS, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a hacer el reembolso de la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS M.L (\$1.800.00, 00) al señor WILSON DARIO LONDOÑO MEJIA, quien debió asumirla en la realización de seis (6) HIDROTERAPIAS, y dentro del mismo término autorice y materialice las HIDROTERAPAS que requiera la menor TALIANA LONDOÑO HERNANDEZ, en una IPS cercana a su residencia...".

4. DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La entidad accionada impugnó la sentencia de primera instancia al estar en desacuerdo con la protección de los derechos fundamentales en favor de la menor Taliana Londoño Hernández, al considerar que:

(...)

“Respetuosamente recordamos al Despacho que la entidad que represento tiene el deber de cuidar los limitados recursos de la salud, dineros de carácter público sujeto a investigación de los distintos entes de control, es por ello que cada una de nuestras accionantes deben ir encaminada al cumplimiento de los mandatos legales.

El propósito de la acción de tutela es la salvaguarda de los derechos fundamentales ante eventuales vulneraciones o amenazas ocasionadas por la acción u omisión de entidades, públicas o privadas, que tienen el deber constitucional y legal de prestar el servicio público de salud. Cuando la debida atención médica ya ha sido suministrada, garantizándose con ello la protección de los derechos en conflicto, en principio no es factible tutelar los derechos a la salud y a la seguridad social, en tanto que la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero.

El camino constitucional y legal adecuado para tramitar este tipo de controversia es la jurisdicción ordinaria, pues sin ser repetitivo, el Derecho fundamental a la salud ya ha desaparecido.

(...)

Por otro lado, para solicitud de reembolsos NUEVA EPS S.A., Sólo aprobará para pago las solicitudes de reembolsos por servicios médicos presentadas por, sus afiliados en los siguientes casos:

Cuando un usuario presenta una urgencia vital y por fuerza mayor no le es posible acceder a la Red de Instituciones de la NUEVA EPS SA., debiendo acceder al servicio de la IPS más cercana y que no pertenece a dicha red.

El artículo 14 de la Resolución N° 5261 de 1994, establece los requisitos necesarios para obtener el Reconocimiento del reembolso por gastos médicos efectuados por el afiliado, artículo que tiene plena aplicación en el caso que nos ocupa pues el demandante no cumplió a cabalidad con tales requisitos muy a pesar que NUEVA EPS S.A. nunca ha presentado negativa injustificada, ni negligencia para garantizar los beneficios del Plan Obligatorio de Salud, motivo por el cual no hay lugar al reembolso pretendido.

La mencionada norma establece:

ARTICULO 14 Resolución N° 5261 de 1994. Reconocimiento de reembolsos. La Entidad Promotora de Salud, a la que esté afiliado el usuario deberá reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta, por concepto de:

- Atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.
- Cuando de manera injustificada y comprobable la NUEVA EPS S.A. Emita una negación del servicio al afiliado.
- Cuando no exista IPS contratada o disponible, para la atención de urgencias en la ciudad en que el usuario requirió el servicio.

Es claro entonces, de la norma antes transcrita, que existen unos requisitos mínimos, para que las EPS, reconozcan y puedan cancelar los reembolsos solicitados por los usuarios y que se hayan generado por atenciones médicas.

Ahora bien, queremos dejar presente que no estamos frente a una vulneración de derechos fundamentales dado que la solicitud del (a) accionante, obedece exclusivamente a un REEMBOLSO ECONOMICO, la discusión no pasa por servicios de salud, la acción de tutela persigue un beneficio económico que no puede ser dirimido por esta vía constitucional.

(...)

"...la Corte Constitucional ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera, es claro que la improcedencia es una regla general para reclamar el reconocimiento del REMBOLSO."

(...)

la Resolución 205 de 2020 (Por la cual se establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de

Pago por Capitalización - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, y se adopta la metodología para definir el presupuesto máximo) que valga indicar, en la actualidad existe un presupuesto destinado a cubrir el Plan Básico de Salud (PBS), y que desde el Plan Nacional de Desarrollo (PND), en su artículo 240, estableció que "los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS, quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)"

(...)

"...resulta necesario se ordene a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), asumir el costo de los servicios que sobrepasen el presupuesto máximo asignado a la EPS para la cobertura de servicios no incluidos dentro del plan de Beneficios en Salud..."

En virtud de lo mencionado anteriormente, solicita: "...REVOCAR la orden de PAGO DE REMBOLSO por valores correspondientes a transportes, pues, de acuerdo al precedente constitucional la acción de tutela no ampara este tipo de eventos, además se deben tener en cuenta el carácter subsidiario de la misma, y el acceso a la justicia ordinaria es el camino idóneo para la reclamación de esta esta clase de pretensiones."

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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, al no superar el requisito de procedibilidad de subsidiariedad de cara a la solicitud de reembolso de los gastos médicos sufragados por parte del señor WILTON DARÍO LONDOÑO MEJÍA con ocasión del tratamiento médico—hidroterapias— requerido por su hija TALIANA LONDOÑO HERNÁNDEZ, al tratarse de una petición meramente económica.

En atención al problema jurídico planteado en precedencia, debe señalarse en primer lugar que, la menor TALIANA LONDOÑO HERNÁNDEZ cuenta con 12 años de edad y presenta entre otros, un diagnóstico de PARALISIS CEREBRAL ESPÁSTICA, luego, es claro que se está en presencia de un sujeto de especial protección cuya atención en salud debe prestarse de manera integral, priorizada, permanente y sin dilaciones, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en múltiples decisiones, para el efecto retómese lo esbozado sentencia T-446 de 2018:

(...)

“5. Protección constitucional reforzada de niñas, niños y adolescentes que se encuentren en situación de discapacidad o enfermedad. Reiteración jurisprudencial

5.1. Como ya se dijo, el orden constitucional y legal vigente ha sido claro en reconocer que la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela. Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niñas, niños y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política^[29], en el cual se establecen como derechos fundamentales de los niños “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social”, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”.

En lo que corresponde específicamente a las personas en situación de discapacidad o enfermedad, el artículo 13 Superior le ordena al Estado la protección especial de aquellas personas que por sus condiciones físicas o mentales se hallan en condiciones de debilidad manifiesta^[30]. Por su parte, el artículo 47 del mismo Texto Constitucional le impone al Estado el deber de adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para (...) [personas en situación de discapacidad o enfermedad], a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

A partir de la lectura de los referidos mandatos constitucionales, este Tribunal ha considerado que el propósito del Constituyente en esta materia estuvo orientado a implementar y fortalecer la recuperación y la protección especial de quienes padecen de algún tipo de patología que produce una disminución o pérdida física, sensorial o psíquica, incentivando así, el ejercicio real y efectivo de la igualdad^[31].

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño^[32] reitera expresamente el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su salud. De esta manera, prevé que “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”^[33]. Del mismo modo, el artículo 3.1 de dicha Convención se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Bajo la misma línea, el literal f) del artículo 6° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que el Estado está en la obligación de implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de los derechos consagrados en la Carta Política para las niñas, niños y adolescentes. Estas medidas deben encontrarse formuladas por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años. A su vez, el artículo 11 de la referida ley reconoce como sujetos de especial protección a las **niñas, niños y adolescentes**, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica. Esta disposición normativa

reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener las niñas, niños y adolescentes en los siguientes términos:

*“Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes [...] y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. **Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.** Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”. (Negrilla fuera del texto original).*

A propósito de lo último, esta Corporación^[34] ha precisado que el derecho a la salud implica, no sólo su reconocimiento sino la prestación continua, permanente y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación en salud. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que las entidades públicas y privadas que prestan el servicio público de salud deben “procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de sus usuarios, así como (...) el suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados”^[35].

5.2. Ahora bien, tratándose de la prestación del servicio de salud requerido por niñas, niños o adolescentes, o personas en situación de discapacidad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de manera dúctil, en aras de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de este tipo de sujetos^[36]. Esta Corporación ha sostenido que cualquier afectación a la salud de los menores de edad reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: “En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud”^[37].

En atención a lo expuesto, la acción de tutela resulta procedente cuando se trate de solicitudes de amparo relacionadas o que involucran los derechos de las niñas, niños o adolescentes, más aún si estos padecen alguna enfermedad o afección grave que les genere una condición de discapacidad. Lo anterior, por cuanto se evidencia la palmaria debilidad en que se encuentran y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita del acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares.”
NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

Ahora bien, en lo que atañe **al reembolso de la de dinero por servicios de salud no suministrados por las EPS**, la Corte Constitucional² ha indicado lo siguiente:

(...)

Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reembolso de gastos médicos

Este Tribunal Constitucional ha indicado que, en principio, la acción de tutela es improcedente para obtener el reembolso de gastos médicos, toda vez que la presunta afectación o amenaza del derecho fundamental a la salud (en la que pudo incurrir la entidad encargada del servicio de salud) se entiende ya superada con la prestación del mismo. Además, el ordenamiento jurídico tiene previstos otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir el usuario para obtener el pago de las sumas de dinero por ese concepto^[9].

Cuando el servicio de salud ya ha sido brindado, es decir, cuando la persona accede materialmente a la atención requerida, se entiende garantizado el derecho a la salud, luego, en principio, no es viable amparar el citado derecho cuando se trata de reembolsos, en tanto la petición se reduce a la reclamación de una suma de dinero. Como alternativas para dirimir esta clase de conflictos se encuentran la jurisdicción ordinaria laboral^[9] o el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud.

Frente al particular, la Corte, en Sentencia T-105 de 2014, señaló:

“En síntesis, por regla general, la acción de tutela que se dirige a obtener el reembolso del dinero de las atenciones en salud que tuvo que costear el paciente y su familia es improcedente cuando se prestó el servicio, porque la petición se concreta en reclamar una suma monetaria. Esta petición es contraria al propósito de la acción de tutela que se reduce a la protección de los derechos fundamentales ante la vulneración o amenazas derivadas de las acciones u omisiones de las entidades encargadas de prestar el servicio de salud. Aunado a lo anterior, el actor cuenta con medios judiciales ordinarios a los que puede acudir con miras a satisfacer su pretensión, situación que torna improcedente el amparo”.

Sin embargo, esta Corporación ha reconocido que hay circunstancias especiales que ameritan la intervención del juez constitucional, de manera excepcional y éste puede aplicar las reglas jurisprudenciales para determinar la procedencia del amparo solicitado, más aún cuando se vea conculcado el derecho fundamental al mínimo vital^[10].

² Sentencia T-513 DE 2017; Corte Constitucional; M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Según la jurisprudencia constitucional, la tutela procede para obtener el reembolso de dinero pagado por servicios de salud no suministrados por las EPS, además, en los siguientes casos^[11]:

- (i) Cuando los mecanismos judiciales consagrados para ello no son idóneos.
- (ii) Cuando se niegue la prestación de un servicio de salud incluido en el Plan Obligatorio de Salud, sin justificación legal

Al respecto es necesario reiterar que el acceso a cualquier servicio de salud cuya prestación se requiera y que se encuentre previsto en los Planes Obligatorios de Salud, es derecho fundamental autónomo. Bajo este entendido, su negación implica la vulneración del derecho a la salud, y, en esa medida, es posible acudir al juez de tutela, en procura de obtener su protección.

- (iii) Cuando dicho servicio haya sido ordenado por médico tratante adscrito a la EPS encargada de garantizar su prestación.

En principio, para que proceda la autorización de un servicio de salud es necesario que el mismo haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS encargada de garantizar su prestación. No obstante, excepcionalmente, es posible ordenar su suministro, incluso por vía de tutela, aun cuando aquel haya sido ordenado por un médico particular, cuando el concepto de este último no es controvertido por la EPS con base en criterios científicos o técnicos, y el servicio se requiera..."

Bajo este panorama, tenemos entonces que, en atención a las patologías que presenta la menor Taliana Londoño PARALISIS CEREBRAL ESPÁTICA, RETARDO PROFUNDO Y TRANSTORNO DEL SUEÑO le fue ordenado por su médico tratante: REHABILITACION INTEGRAL INFANTIL POR EQUIPO TÉCNICO EN SALUD MENTAL, TERAPIA OCUPACIONAL, FONOAUDIOLOGIA, HIDROTERAPIA Y TERAPIA FÍSICA, frente a las cuales la NUEVA EPS solo autorizó las terapias de fonología, fisioterapia y terapia ocupacional, dejando de la lado las **HIDROTERAPIAS**. En vista de ello, el progenitor de la menor debió asumir no solo el costo de las mismas, también debió asumir los gastos del transporte, sufragando en total \$1'800.000, que corresponden a los gastos ocasionados en virtud de 6 consultas, afectando con ello el mínimo vital de la familia pues el padre de la menor es trabajador informal, quien

aduce no alcanza a percibir un salario mínimo acudiendo incluso a préstamos para poder cubrir las necesidades básicas.

Por su parte la NUEVA EPS advierte que, dio respuesta a la solicitud de reembolso impetrada por el accionante informando las razones por las cuales ello no era posible, arguyendo para la mayoría de las solicitudes-5-, que el servicio(hidroterapia y transporte) no había sido solicitado ante esa entidad; dejando claro tanto en respuesta a este amparo constitucional como en la impugnación que, se trata de una prestación meramente económica, lo que de suyo implica su improcedencia del al no superar el requisito de procedibilidad de subsidiariedad, al existir otro medio de defensa judicial para satisfacer la pretensión del accionante.

En sede de primera instancia se concedió el amparo deprecado por el accionante ordenándose el reembolso pretendido por éste, además, de la autorización y materialización de las demás hidroterapias que requiera a la menor, ello al concluir que, ante la desidia de la Nueva EPS, el progenitor de la menor Taliana Londoño Hernández debió comprometer el mínimo vital para la realización de 6 hidroterapias.

Así las cosas, estudiados los anexos allegados advierte esta Corporación que, el servicio medicó frente al cual solicita el accionante se reembolse los dineros pagados corresponden a **6 HIDROTERAPIAS** realizadas a la menor Taliana Londoño Hernández los días 9,16,23,28 y 30 de noviembre y 14 de diciembre de 2022 por la “Fundación Reines” ubicada en el municipio de Rionegro, -Antioquia, más lo sufragado por concepto de transporte en esas fechas, como quiera que, debía trasladarse desde el municipio de Cocorná hasta el Municipio de Rionegro(2 personas ida y vuelta). Se advirtió igualmente que, el día 15 de julio de 2022 la pediatra Diana Lucia Vivas Arango adscrita a la IPS PROMEDAN renovó fórmula de terapia física y

rehabilitación integral³ ordenando: “rehabilitación integral infantil por equipo técnico en salud mental, terapia ocupacional, fonoaudiología, hidroterapia y terapia física 4 días a la semana (...) total 384 terapias por 6 meses”⁴. Asimismo, se allegó con el escrito tutelar 6 solicitudes de reembolso con Rdos. 11189458, 189459, 189486 189485, 189491, 189492 a través de las cuales el accionante requiere a la NUEVA EPS el pago del dinero asumido por concepto de 6 hidroterapias y el costo del transporte ida y regreso para 2 personas. En respuesta a las solicitudes de reembolso, específicamente aquellos relacionados con los gastos médicos sufragados con ocasión de las terapias realizadas en el mes de noviembre de 2022, indicó la Nueva Eps que: “no se evidenciaba solicitud de autorización” y al no presentarse negligencia ni negación del servicio no se aprobaba la solicitud⁵. Con relación a la hidroterapia realizada en el mes de diciembre la entidad accionada respondió que: “se evidencia solicitud de autorización del servicio el 07/12/2022 8...las cuales fueron autorizadas el 09/12/2022 para la Fundación Diversidad (...) por lo que se informa que no se presenta negligencia, ni negación del servicio por parte de Nueva EPS, por lo mencionado no se aprueba la solicitud mencionada”.

Corolario de lo anterior, tenemos entonces que, si bien existe una orden médica en la que se requiere, entre otros, la prestación del servicio de “**HIDROTERAPIA**” para la menor Taliana Londoño Hernández en virtud de la patología de “**PARALISIS CEREBRAL ESPÁSTICA**”, también es cierto que, no se acreditó por parte del accionante que tal servicio se hubiese negado por parte de la NUEVA EPS -por lo menos en los que atañe a las hidroterapias realizadas en el mes de noviembre de 2022-, en tanto no basta con afirmar que el procedimiento es de aquellos que no autoriza la NUEVA EPS, debe acreditarse mínimamente que este se solicitó para poder concluir que, pese a que

³ Ver página 18 y ss del archivo denominado: “002EscritoTutela.pdf” de la carpeta C01PrimeraInstancia contenida en el expediente electrónico.

⁴ Ver página 15 del archivo denominado: “002EscritoTutela.pdf” de la carpeta C01PrimeraInstancia contenida en el expediente electrónico.

⁵ Ver archivo denominado: “002EscritoTutela.pdf” de la carpeta C01PrimeraInstancia contenida en el expediente electrónico.

la EPS conocía del mismo, ésta fue negligente y no lo autorizó de manera oportuna o el mismo fue negado, debiéndose acudir a un particular para su prestación a efectos de salvaguardar la salud de quien lo requiere. En ese entendido, encontramos que, la razón de la negativa del reembolso de gastos médicos con ocasión de las 5 hidroterapias realizadas a la menor en el mes de noviembre de 2022, **es la no solicitud de autorización de este servicio ante la EPS accionada**, destacándose que, frente esta actuación lo único que se adujo en el escrito tutelar fue lo siguiente:

*“... el médico tratante en el mes de julio de 2022, **ordena procedimientos que no nos autoriza la NUEVA EPS**, en los que incluye HIDROTERAPIA por seis meses, **razón por la que decidimos actuar conforme al año 2020 y llevar a la niña a FUNDACIÓN REINES** que cuenta con el servicio de HIDROTERAPIA y por lo tanto el proceder fue igual de solicitar el reembolso a la NUEVA EPS, reembolso que fue negado”. NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO*

Es de anotar que, revisado el expediente no se avistó solicitud de autorización con relación a la prestación del servicio de hidroterapia previo al mes de diciembre de 2022, pues debe recordarse que, **para que el concepto de un médico tratante no adscrito a la EPS encargada de garantizar la prestación del servicio sea vinculante**, se debe entre otras situaciones, **darse a conocer a la EPS⁶**, a efectos de acreditar, tal como se señaló en precedencia, que pese a conocerlo, la entidad se niega autorizar el servicio o es negligente con su prestación. En ese sentido, si la EPS no conocía el servicio que le fue ordenado a la menor, no es posible concluir que el mismo no fue autorizado y, **al no acreditarse la negativa, no es posible acceder al reembolso del dinero**, en tanto la situación así planteada no encuadra en ninguno de los eventos en los que se torna procedente tal devolución.

⁶ T-508- de 2019

Ahora, situación diferente ocurre con el reembolso de los gastos médicos sufragados con ocasión de la hidroterapia realizada el 14 de diciembre de 2022 a la menor, en tanto para ese momento el accionante si solicitó la autorización ante la NUEVA EPS y de ello da cuenta la orden médica expedida por el Neurólogo Christian Gómez de fecha 5/12/2023⁷, médico que se encuentra adscrito a la red de prestación de servicios de la NUEVA EPS, entidad ésta que si bien autorizó el 09/12/222 algunos servicios en la Fundación Diversidad, dejó de lado la hidroterapia, informando en este amparo que se encuentra validado las razones de tal demora.

Bajo este entendido, es claro que se cumplen uno de los supuestos reseñados por la Corte Constitucional para la procedencia del reembolso de gastos médicos, y es que el servicio haya sido ordenado por médico tratante adscrito a la EPS encargado de su prestación, además, de acreditarse la vulneración al mínimo vital como quiera que, el accionante dejó claro que es un trabajador informal, quien no alcanza a percibir un salario mínimo, debiendo acudir a préstamos para costear las hidroterapias requeridas por su hija y así como el transporte, afirmación ésta que, tal como lo adujo el A quo, no fue desvirtuada por la entidad accionada.

Debe precisarse además que, tal como lo sugirió el médico tratante el 5 de diciembre de 2022, las terapias ordenadas a la menor deben realizarse en una IPS cercana a su domicilio, quien vive en el municipio de Cocorná, Antioquia. sin embargo, de no ser ello posible, debe recordarse que al ordenarse la prestación del servicio médico en un municipio diferente al del afiliado, la EPS debe asumir el servicio de transporte, en este caso para la menor y un acompañante. Así lo ha dejado claro el Alto Tribunal Constitucional⁸ , veamos:

⁷ Ver página 14 del archivo denominado: “002EscritoTutela.pdf” de la carpeta C01PrimeraInstancia contenida en el expediente electrónico

⁸ Corte Constitucional; Sentencia T-122 de 2021; M.P. Diana Fajardo Rivera

(...)

(...)

5.2 El derecho a la salud de los sujetos de especial protección constitucional tiene carácter prevalente

81. Dicho esto, como se lee en los apartes citados anteriormente, la garantía del derecho a la salud de sujetos de especial protección constitucional es reforzada. En los términos del Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015:

“La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán [sic] de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.”⁹

82. Esta previsión está también alineada con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la Sentencia T-760 de 2008, esta Corporación estableció:

“La Corte Constitucional ha reconocido y tutelado principalmente el derecho a la salud, de los sujetos de especial protección constitucional. En primer lugar, ha protegido a los niños y las niñas, cuyo derecho a la salud es expresamente reconocido como fundamental por la Carta Política (art. 44, CP). Pero también ha reconocido la protección especial que merecen, por ejemplo, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad y las personas con alguna discapacidad.”¹⁰

(...)

7. Reiteración de jurisprudencia: el servicio de transporte intermunicipal para un paciente ambulatorio debe ser cubierto por la EPS cuando el usuario lo requiere para acceder al servicio en el prestador autorizado por la entidad

99. De conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corte, una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella cuando se abstiene de pagar los gastos de transporte intermunicipal y de estadía (incluidos su alojamiento y alimentación) –estos últimos si la persona debe permanecer más de un día en el lugar donde recibirá la atención que necesita– que el usuario debe cubrir para acceder a un servicio o tecnología en salud ambulatorio (incluido en el plan de beneficios vigente) que requiere y que es prestado por fuera del municipio o ciudad donde está domiciliado. En la Sentencia SU-508 de 2020,¹¹ la Sala Plena unificó las reglas sobre el suministro del servicio de transporte intermunicipal para pacientes ambulatorios, es decir, que no requieren hospitalización. Dicha providencia reiteró la jurisprudencia que ha establecido que, aunque el transporte no es una prestación médica en sí misma, es necesario para garantizar la faceta de accesibilidad del derecho fundamental a la salud, a la que se hizo referencia

⁹ Ley 1751 de 2015, Artículo 11.

¹⁰ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ Sentencia SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

anteriormente, por lo que su falta de suministro se puede convertir en una barrera de acceso.

100. La Sala Plena enfatizó que, en el plan de beneficios vigente actualmente, no existe duda de que el transporte intermunicipal para paciente ambulatorio se encuentra *incluido*, pues no ha sido expresamente excluido y, de hecho –aunque este no es un factor determinante para concluir que un servicio de salud está incluido en el conjunto de servicios a los que tiene derecho un usuario del Sistema de Salud–, la reglamentación regula su provisión.¹² La Corte recordó que, de acuerdo con el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, las EPS están obligadas a conformar su red de prestadores de manera que aseguren que sus usuarios puedan acceder a los servicios que requieran en todo el territorio nacional y escoger un prestador entre las IPS con las que exista convenio en el área de influencia correspondiente.

101. De esta forma, la Sala Plena unificó su criterio en el sentido de que cuando un usuario del Sistema de Salud debe desplazarse de su municipio o ciudad de residencia para acceder a un servicio de salud ambulatorio que requiere y está incluido en el plan de beneficios vigente, pues la EPS autorizó la prestación de tal servicio en una institución prestadora por fuera de dicho municipio o ciudad, la EPS debe asumir el servicio de transporte, por cuanto no hacerlo podría equivaler a imponer una barrera de acceso al servicio. Este servicio de transporte intermunicipal para paciente ambulatorio no requiere prescripción médica porque es después de la autorización de la EPS (que sigue a la prescripción) que el usuario sabe en dónde exactamente le prestarán el servicio ordenado por su médico. Por eso, el cubrimiento del servicio de transporte intermunicipal es responsabilidad de la EPS desde el momento en que autoriza la prestación del servicio de salud en un municipio distinto a aquél donde vive el usuario. Adicionalmente, la Corte Constitucional aclaró, en la misma Sentencia SU-508 de 2020,¹³ que no es exigible que el usuario pruebe la falta de capacidad económica para que la EPS esté obligada a asumir el servicio de transporte intermunicipal, dado que este es un servicio financiado por el Sistema de Salud para asegurar el acceso a los servicios que requiere.

(...)

102. Ahora bien, adicionalmente a las reglas ya resumidas, con respecto a los *usuarios que requieren de un acompañante*, en la jurisprudencia reiterada sobre el tema, la Corte ha establecido que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella que debe salir del municipio o ciudad donde reside para acceder a un servicio o tecnología incluida en el plan de beneficios vigente, cuando no cubre los gastos de transporte y estadía *de su acompañante*, siempre y cuando se cumplan las siguientes tres condiciones:¹⁴ (i) que el usuario dependa

¹² Ver Artículo 122 de la Resolución 3512 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social.

¹³ Sentencia SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

¹⁴ Después de que la Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) recogiera las reglas que aquí se reiteran, estas han sido aplicadas continuamente por la Corte en providencias como las siguientes: T-346 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; T-481 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-388 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-116A de 2013. M.P. Nilson Pinilla P.; T-105 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-154 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-495 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-032 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-069 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo. S.P.V. Antonio José Lizarazo Ocampo; y T-010 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

de un tercero para desplazarse; (ii) que **“requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”**; ¹⁵ y (iii) que ni el usuario ni su familia tengan los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos mencionados. **NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO.**

Así las cosas, se **MODIFICARÁ** el numeral segundo de la parte resolutive del fallo de primera instancia, en el entendido que, **solo se reconoce el reembolso de dinero pagado con ocasión de la prestación del SERVICIO DE SALUD- HIDROTERAPIA realizada a la menor Taliana Londoño Hernández el 14 de diciembre de 2022**, lo cual incluye los gastos de la prestación del servicio y el transporte. Asimismo, en caso de no ser posible, que en lo sucesivo la prestación del servicio de Hidroterapias se ordene en una IPS cercana a la residencia de la menor, **la NUEVA EPS debe asumir los gastos del transporte intermunicipal para la menor y un acompañante.**

En mérito de lo anteriormente expuesto, y sin necesidad de más consideraciones al respecto, **LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA,**

3. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el entendido que, **solo se reconoce el reembolso de dinero pagado con ocasión de la prestación del SERVICIO DE SALUD- HIDROTERAPIA realizada a la menor Taliana Londoño Hernández el 14 de diciembre de 2022**, lo cual incluye los gastos de la prestación del servicio y el

¹⁵ Sentencia T-350 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Esta es la providencia que la Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) cita para recoger las reglas jurisprudenciales en comento. La providencia citada, a su vez, se basa en la Sentencia T-197 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

transporte. Asimismo, en caso de no ser posible, que en lo sucesivo la prestación del servicio de Hidroterapias se ordene en una IPS cercana a la residencia de la menor, **la NUEVA EPS debe asumir los gastos del transporte intermunicipal para la menor y un acompañante.**

SEGUNDO: En lo demás se **CONFIRMA** el fallo de primera instancia proferido Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia el 13 de junio de 2023.

TERCERO: 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**

**MARIA 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: **6b0273be44f055edaf16ccb7cd807a41267fe351f7ea065338779082430b13ad**

Documento generado en 19/07/2023 03:55:28 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

Medellín, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Radicado CUI	05 615 60 00344 2021 00600 01
Radicado Interno	(2023-0863-3)
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Procesado	HERNANDO VALDERRAMA CASTAÑEDA

De conformidad con la constancia que precede y con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija nueva fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VEINTISEIS (26) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (09:00 A.M.).**

Se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia.

CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Stella', written over a faint circular stamp.

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Radicado CUI	05284610010220220001401
Radicado Interno	(2023-0924-3)
Delito	Hurto calificado
Procesado	EDWIN ARGEMIRO DUQUE TOBÓN

De conformidad con la constancia que precede y con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VEINTISEIS (26) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS DIEZ DE LA MAÑANA (10:00 A.M.)**.

Se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia.

CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Stella', written over a faint circular stamp.

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA MIXTA DE DECISIÓN

Radicado	05440-31-04-001-2023-00118-00 (2023-1251-3)
Accionante	Jesús Aníbal Buriticá Suárez
Accionados	Juzgado Promiscuo Municipal de San Carlos, Antioquia.
Asunto	Impedimento
Decisión	Remite tutela al competente
Acta:	Nº 214 julio 18 de 2023

Medellín, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Sería el caso resolver el impedimento deprecado por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia, al amparo de la causal 6º del artículo 56 de la ley 906 de 2004, y no aceptado por el Juez Promiscuo de Familia de Marinilla, Antioquia, sino fuera por las razones que se expondrán a continuación:

La acción de tutela origen del impedimento fue interpuesta por el señor Jesús Aníbal Buriticá Suárez y como hechos que la sustentan refiere que había propuesto una acción de tutela la cual fue fallada, en primera instancia, por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Carlos, Antioquia, el dos de septiembre de 2022, la cual impugnó.

Dijo también, que el 24 de noviembre de 2022, el Juzgado Promiscuo Municipal de San Carlos, Antioquia le informó que *“el juzgado de segunda instancia el día 10 de octubre de los corrientes, le notificó a este despacho la decisión confirmando la sentencia de primera instancia proferida por este despacho”*.

En todo caso, refiere, no tuvo conocimiento del fallo de segunda instancia, por lo que el 24 de noviembre de 2022, solicitó al Juzgado Promiscuo Municipal de San Carlos, Antioquia, le diera traslado de tal decisión, pero no recibió respuesta.

Por lo anterior, demanda por vía de tutela se ordene al Juzgado Promiscuo Municipal de San Carlos, Antioquia, o a quien corresponda, notifique en debida forma la sentencia de tutela de segunda instancia con radicado 2022-00189.

Esta acción constitucional fue asignada al Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia. Leído por el funcionario el escrito de tutela advirtió que la decisión de segunda instancia en el asunto 05 649 40 89 001 2022 00189 01 había sido proferida por ese despacho y en ese orden de ideas a él se le atribuía la omisión de notificar el fallo de segunda instancia, por tanto debía ser vinculado; asimismo, y por esa misma razón, se declaró impedido para conocer del asunto con apoyo en el numeral 6 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, mediante providencia del cinco de julio de 2023.

Como consecuencia de lo anterior, remitió la actuación al Juzgado Promiscuo de Familia de Marinilla. Este Despacho, tras considerar infundado el impedimento expresado por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla remitió a este tribunal el asunto para que se resolviera lo que en derecho correspondía.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la posible acción u omisión que da lugar a la vulneración de derechos fundamentales en la acción de tutela origen de este asunto, está atribuida al Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia, por tanto la competencia para resolverla corresponde a la Sala de Decisión Penal del Distrito Judicial de Antioquia y no a los Juzgados Penal del Circuito y Promiscuo de Familia de Marinilla, Antioquia; es decir, como la acción constitucional involucra a un juzgado penal del circuito de este Distrito Judicial, según el Artículo 2.2.3.1.2.1., numeral 5 del Decreto 333 de 2021, la competencia corresponde a la Sala Penal de este Tribunal.

Así las cosas, erró el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla Antioquia al expresar un impedimentos respecto de un asunto constitucional respecto del cual no tiene competencia, yerro en el que también incurrió el Juzgado Promiscuo de familia de Marinilla, Antioquia, pues lo acertado era remitirlo al competente.

Así, tal como se anunció, se abstiene esta Sala de avocar conocimiento del impedimento y, en su lugar, se ordena remitir la acción de tutela al competente para resolver, que como ya se dijo es la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

En consecuencia, remítase la actuación a la oficina de reparto, por intermedio de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación.

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: **1a1818e4c85c82061a4d6aef926c685d1b577c8dac5e4b00df6d4361efac7cfb**

Documento generado en 18/07/2023 05:32:04 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: 11 001 60 99366 2023 00001-01 (2023-0967-3)
Delito: Contrabando
Procesado: **Yorman Yair Díaz Barón y otros**
Asunto: Apelación sentencia preacuerdo
Decisión: Decreta nulidad
Aprobada: Acta No. 213, julio 17 de 2023

Medellín, Ant., diecisiete (17) de julio de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Sería del caso resolver la apelación interpuesta por la Fiscalía contra la sentencia condenatoria proferida el diez (10) de mayo de dos mil veintitrés (2023), mediante la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, condenó anticipadamente a los señores **Yorman Yair Díaz Barón, Elmer Enrique Córdoba Terán, Eder Correa Herrera, Luis Alfredo Hoyos Martínez, Enrique Manjarrez Manchego y Keiner Torres Mercado**, por el delito de contrabando (artículo 319 del Código Penal), sino fuera porque se advierte una causal de nulidad que invalida lo actuado.

HECHOS

La sentencia de primera instancia relacionó los hechos como sigue:

“Los hechos ocurrieron el día 17 de enero de 2023, cuando funcionarios del Guardacostas de la Armada Nacional, realizando patrullaje, a bordo de la Unidad de Reacción Rápida URRBP763, luego de ser informados que el radar había detectado un objeto en el Golfo de Urabá a 10 millas náuticas que se desplazaba proveniente de Panamá con dirección a Puntarenas, hallan una lancha GO FAST propulsada por tres motores marca Yamaha de 75 HP. La que fue detenida a eso de las 05:00 am, encontrando que la misma iba tripulada por tres personas identificadas como Yorman Yair Díaz Barón, Luis Alfredo Hoyos Martínez y Keiner Torres Mercado, quienes transportaban cajas que contenían paquetes de cigarrillos, los que carecían de

documentación que amparara su ingreso al territorio nacional. Recogidos los tripulantes de esta embarcación GO FAST y la mercancía por ellos transportada, dirigiéndose la URRBP763 hacia puerto encontró a 9 millas náuticas de Puntarenas otra embarcación de similares características, es decir también GO FAST, tripulada por tres 03 personas y transportando cajas que contenían paquetes de cigarrillos, sin documentación que acreditara su ingreso al territorio nacional, los marineros de la segunda embarcación resultaron ser los señores: Elmer Enrique Córdoba Terán, Eder Correa Herrera, y Enrique Manjarres Manchego”.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 18 de enero de 2023, ante el Juez Tercero Promiscuo Municipal de Turbo Antioquia, la fiscalía imputó cargos los señores **Yorman Yair Díaz Barón, Elmer Enrique Córdoba Terán, Eder Correa Herrera, Luis Alfredo Hoyos Martínez, Enrique Manjarrez Manchego y Keiner Torres Mercado**, por el delito de contrabando, descrito y sancionado en el artículo 319 inciso 1 y 3 de la Ley 599 de 2000, bajo la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 10º del artículo 58 ibídem, cargo que no aceptaron. A los imputados se les impuso medida de aseguramiento de detención intramural.

La etapa de conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia. En audiencia del 19 de abril de 2023, la fiscalía expuso los términos del preacuerdo al que llegó con los procesados y su defensa técnica¹.

La negociación consistió en que los señores **Yorman Yair Díaz Barón, Elmer Enrique Córdoba Terán, Eder Correa Herrera, Luis Alfredo Hoyos Martínez, Enrique Manjarrez Manchego y Keiner Torres Mercado** aceptan su responsabilidad en el cargo tal como les fue imputado y a cambio la fiscalía degrada su participación de autores a cómplices como ficción jurídica, es decir, únicamente para efectos punitivos.

La pena se pactó en cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa de seiscientos seis millones quinientos noventa mil trescientos setenta y tres pesos (\$606'590.363), teniendo en cuenta que los procesados carecen de antecedentes penales y mostraron su voluntad de colaborar con la administración de justicia.

¹ Intervención desde el minuto 00:17:00 a 00:36:00, archivo 29 expediente digital.

Luego de verificada por parte de la *A quo* la renuncia expresada por los procesados, frente a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, de acuerdo con el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, el juzgado impartió aprobación al preacuerdo, tras considerarlo ajustado a la legalidad.

En desarrollo de la audiencia de individualización de la pena según el artículo 447 del C.P.P., la defensa pidió que se concediera a su representado la prisión domiciliaria de la ley 750 de 2002², luego de considerar demostrados los requisitos que para el efecto exige el artículo 1 de la referida ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para resolver la apelación de conformidad con el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, ya que la providencia confutada fue proferida por un juzgado penal del circuito.

El problema jurídico por resolver se contrae a determinar sí el juzgado al momento de verificar la renuncia de las garantías que le asisten a los procesados, dio cumplimiento estricto a lo previsto en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, esto es, si mediante entrevista personal verificó la validez de la aceptación de los cargos manifestada por los encartados **Yorman Yair Díaz Barón, Elmer Enrique Córdoba Terán, Eder Correa Herrera, Luis Alfredo Hoyos Martínez, Enrique Manjarrez Manchego y Keiner Torres Mercado** al momento de presentarse el preacuerdo, en la audiencia del diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023).

El artículo 457 de la Ley 906 de 2004 establece como causal de nulidad la violación a los derechos de defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales; por lo tanto, la aplicación de dicha sanción procesal exige la comprobación de circunstancias reales que permitan verificar el cumplimiento de los principios que la gobiernan. Al respecto, la sentencia SP931-2016 con radicado 43356, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, recordó el contenido de dichos principios que permiten establecer en un asunto concreto, si resulta indispensable o no, optar por la nulidad de lo actuado, describiéndolos conforme se cita a continuación:

“En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas

² Intervención desde el minuto 00:10:10 archivo 39 expediente digital.

*en la ley (**taxatividad**); no puede invocarse el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (**protección**); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (**convalidación**); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (**trascendencia**); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción -dado que las formas no son un fin en sí mismo-, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso (**instrumentalidad**) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (**residualidad**).*

El artículo 8 literal k de la Ley 906 de 2004, preceptúa que el procesado tiene derecho a “(...) un juicio público, oral, contradictorio, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aún por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate”.

El derecho a un juicio es renunciable, pero no de cualquier manera. El artículo 8 literal l de la Ley 906 de 2004 condiciona dicha renuncia a que “(...) se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada (...)”.

Y el garante de que la renuncia al juicio se encuentre exenta de vicios es el juez, pues, por mandato del artículo 1° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia: “La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”.

Ahora, la disposición del artículo 8 literal l de la Ley 906 de 2004 es complementada por el artículo 131 ibídem, cuando al referirse a la renuncia al derecho a un juicio, dispone:

“Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente,

voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.”

Al respecto se tiene que, si el allanamiento a cargos se realiza ante el juez de control de garantías, es a éste a quien compete llevar a cabo la verificación, mientras que ello será del resorte del juez de conocimiento cuando el procesado acepte cargos en alguna de las audiencias que atañen a su función.

La verdad es que, sea cual sea la diligencia concreta en la que se presente el allanamiento, el mandato es terminante: en todo caso el juez correspondiente deberá verificar que la aceptación de los cargos se haya manifestado sin vicios que afecten el consentimiento, y para ello es preciso que en persona interroge al procesado.

El control de legalidad aplicado por el juez de conocimiento recae, por un lado, sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, para verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad. Así, el artículo 131 del C.P.P. preceptúa que al funcionario judicial le corresponde verificar si el allanamiento es producto de una decisión, libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa. Por otra parte, el mencionado control comprende una labor de vigilancia sobre el acatamiento de las garantías fundamentales en cabeza del acusado. Sobre el particular, la jurisprudencia (CSJ SP 20 nov. 2013, rad. 39.834) tiene dicho que:

“(…) no es posible sustraerse de la aceptación de responsabilidad a menos que, como la propia norma lo prevé, concurra un vicio en el consentimiento del procesado o se transgredan sus garantías, según se extrae del párrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, insertado por la Ley 1453 de 2011, el cual debe interpretarse en armonía con el artículo 351 del mismo estatuto procedimental, que al regular lo concerniente a las modalidades de aceptación de cargos en su inciso cuarto, precisa que éstas imponen su aprobación por parte del juez de conocimiento, salvo que se desconozcan o quebranten garantías fundamentales. Dicho párrafo ya fue objeto de estudio por parte de esta Corporación, concluyendo que es posible deshacer la aceptación de responsabilidad en cualquier momento y solo en las dos hipótesis indicadas por la norma, esto es, consentimiento viciado o desconocimiento de garantías, con la carga para quien lo aduce de demostrar que efectivamente se configuró alguna de estas dos situaciones invalidantes, de modo que cada una de las cuales haya determinado por sí sola, la aceptación de los cargos y la consecuente renuncia al derecho a la no autoincriminación.”

Descendiendo al caso en particular tenemos que los señores **Yorman Yair Díaz Barón, Elmer Enrique Córdoba Terán, Eder Correa Herrera, Luis Alfredo Hoyos Martínez, Enrique Manjarrez Manchego y Keiner Torres Mercado**

aceptaron su responsabilidad en el cargo imputado y a cambio la fiscalía les modificó su participación de coautores a cómplices como ficción jurídica, es decir, sin base fáctica, solamente para efectos de la disminución punitiva. La pena se pactó en cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa de seiscientos seis millones quinientos noventa mil trescientos setenta y tres pesos (\$606'590.363).

Luego el *A quo* procedió a verificar la renuncia a las garantías de guardar silencio y al juicio oral expresada por los investigados durante la negociación, de acuerdo con el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, acto seguido impartió aprobación al preacuerdo, tras considerarlo ajustado a la legalidad.

Durante la entrevista personal, la directora de la audiencia se dirigió a los procesados, empezando en bloque de dos por **Eder Correa Herrera y Luis Alfredo Hoyos Martínez**, en los siguientes términos³:

“Juez: “Voy a proceder entonces a preguntarles si ustedes son conscientes del preacuerdo que acaba de manifestarse por la Fiscalía en esta oportunidad, señor Luis Alfredo”

Procesado: “Sí, señora”

Juez: “¿Eder?”

Procesado: “Sí, señora.”

Juez: ¿Son ustedes conscientes que se va emitir en su contra una sentencia de carácter condenatorio, señor Luis Alfredo?”

Procesado “Sí, señora.”

Juez: “¿Eder?”

Procesado: “Sí, señora.”

Juez: ¿Son ustedes conscientes que a futuro no pueden retractarse de la elaboración de este preacuerdo, señor Luis Alfredo?”

Procesado: “De acuerdo.”

Juez: “¿Eder?”

Procesado: “De acuerdo.”

Juez “¿También son conscientes que con este preacuerdo renuncian a una audiencia de juicio oral donde se practiquen pruebas a favor y en contra de ustedes, señor Luis Alfredo?”

Procesado: “Si, entiendo”

Juez: “¿Eder?”

Procesado: “Si, también entiendo”

Juez “¿Ustedes recibieron correspondiente asesoría jurídica por parte de su defensor, señor Luis Alfredo?”

Procesado: “Si, señora, si la recibí”

Juez: “¿señor Eder?”

Procesado: “Sí, señora.”

³ Récord 40:00 a 44:16 audiencia del 19 de abril de 2023.

La Juez realizó las mismas preguntas y manejó la misma dinámica con los procesados **Yorman Yair Díaz Barón, Elmer Enrique Córdoba Terán; Enrique Manjarrez Manchego y Keiner Torres Mercado.**

Como viene de verse, la actuación de la señora juez no permite establecer sí, en efecto, los procesados conocían correctamente de las consecuencias jurídicas que conllevaba la manifestación de responsabilidad penal, pues, si bien, la negociación había sido libre, consciente y voluntaria, concretamente la funcionaria judicial no les indagó sobre los cargos que aceptaron, tampoco respecto del beneficio otorgado a cambio y que este se reconocía únicamente para efecto de disminuir la pena; por lo que tampoco se refirió al monto de pena de prisión que en definitiva se les iba a imponer, lo cual era necesario en aras de materializar sus garantías de defensa; entonces, como concluir que el procesado había sido debidamente informado.

Adicionalmente, la juez no les puso de presente a los procesados sobre la posible improcedencia de otorgarles subrogados penales en la sentencia de condena anticipada, y si, a pesar de ello, mantenían la renuncia al juicio oral, situación que tampoco esbozó la Fiscalía durante la presentación del preacuerdo. El desconocimiento de este aspecto quedó en evidencia cuando la defensa solicitó en audiencia de individualización de pena (artículo 447 C.P.P.), en favor de **Terán, Eder Correa Herrera, Luis Alfredo Hoyos Martínez, Enrique Manjarrez Manchego y Keiner Torres Mercado** la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

En ese sentido, erró la *A quo* al reconocer tal beneficio consagrado en el artículo 38 y 38 b del estatuto penal, pues dicho mecanismo resultaba improcedente, al no reunir los requisitos para su concesión, particularmente del establecido en el numeral 1 del artículo 38 b ídem.

Lo anterior, sin duda alguna comprometió las garantías de debido proceso y defensa consagrados en los artículos 29 de la Constitución Nacional y 6 y 8 de la Ley 906 de 2004, situación que se adecua a la causal de nulidad prevista en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004. Ahora, de ninguna manera puede entenderse convalidado el yerro en el que incurrió la *A quo*, como tampoco que ese acto irregular cumplió con la finalidad que se proponen los artículos 8 literal l y el artículo 131 de la ley 906 de 2004.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala decretará la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia adelantada el diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023), concretamente desde el interrogatorio a los procesados por parte del juzgado en cumplimiento de lo señalado en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, inclusive, en razón a que no se les informó que la pena para determinar la procedencia de subrogados penales es la establecida en el delito imputado sin la rebaja por la complicidad; ello, entonces, para que se rehaga el procedimiento penal respetando las formas propias del juicio y el derecho a la defensa del cual, como se vio, es titular cada uno de los investigados.

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

RESUELVE

PRIMERO. DECRETAR la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de verificación de preacuerdo realizado por el *A quo* en diligencia del diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023), inclusive, para que se rehaga el procedimiento penal respetando las garantías de los señores **Yorman Yair Díaz Barón, Elmer Enrique Córdoba Terán, Eder Correa Herrera, Luis Alfredo Hoyos Martínez, Enrique Manjarrez Manchego y Keiner Torres Mercado.**

SEGUNDO. REMITIR copia de la decisión al juzgado de primera instancia.

Se notifica en estrados.

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: **102c7f766d6e5895e99048ed886f67ff7cc985d19eea99a1789172eb98bd3924**

Documento generado en 18/07/2023 05:25:28 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 05000-22-04-000-2023-00368-00 (2023-1183-3)
Accionante OSCAR ALONSO VILLA
Accionado Fiscalía Séptima Especializada de Medellín y otros
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Improcedente
Acta: N° 216 julio 18 de 2023

Medellín, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por OSCAR ALONSO VILLA, en contra de la Fiscalía Séptima Especializada de Medellín, Antioquia, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la libertad.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante que se encuentra recluso en el CPMS Puerto Triunfo y que junto con él 18 personas más se encuentra afectados con el proceso que se adelanta en la Fiscalía 07 Especializada de Medellín, pues, dice, se trata de un “falso positivo”, sin pruebas de su responsabilidad en los delitos que se investigan¹.

Adujo que se superaron los términos de la Ley 1786 de 2016 para obtener la libertad por vencimiento de términos, por tanto, asegura, no debe continuar privado de la libertad intramuralmente.

TRÁMITE

¹ PDF 004, expediente digital de tutela.

1. Mediante decisión del 04 de julio de 2023² el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín remitió la presente acción constitucional a esta Corporación por competencia, por lo que el 07 de julio de los corrientes³, se dispuso asumir la acción de tutela y se corrió traslado al despacho demandado⁴ y se vinculó al Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y a todos las partes e intervinientes del proceso penal con Código Único de Investigación (CUI) 05 001 60 00000 2021 01201 para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente.

2. En concreto la Fiscalía 10 Especializada de Antioquia, manifestó que el 16 de diciembre de 2021, radicó escrito de acusación contra el ciudadano OSCAR ALONSO VILLA, y 20 ciudadanos más, dentro del CUI 050016000000202101201 (matriz 050016000000202101201), que por reparto correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, quien señaló el 24 de febrero 2022 como fecha para realizar audiencia de acusación, sin embargo, “*por solicitud de la bancada*” fue aplazada la diligencia a fin estudiar temas de terminación anticipada.

Ante la creación de nuevos despachos judiciales, el proceso fue remitido al Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, donde se han agotada las siguientes diligencias:

3.1. El 11/03/2022, fueron acusados los 21 procesados.

3.2. El 23/06/2022. AUDIENCIA PREPARATORIA no se realizó por aplazamiento de la defensa.

3.3. El 3/11/2022. Se realiza preacuerdo con ADRIANA MARÍA HERNÁNDEZ, LUISA FERNANDA COLORADO ORTIZ, DANIELA SÁNCHEZ GARZÓN y GUILLERMO DE JESÚS RIVERA e inicia la preparatoria que se ve suspendida por solicitud de una defensora pública.

3.4. El 30/11/2022. AUDIENCIA PREPARATORIA, no se realizó por inasistencia de varios defensores.

3.5. El 9/02/2023. AUDIENCIA PREPARATORIA, no se realiza porque la titular del Juzgado de Conocimiento se encontraba incapacitada.

² PDF N° 003 Expediente Digital.

³ PDF N° 006 Expediente Digital.

⁴ Conforme la constancia que obra a folio 01 del PDF 007 se conoció que la Fiscalía Séptima Especializada de Medellín no existe.

3.6. El 14/02/2023, Auto notificado por correo 20/02/2023, por medio del cual cancela las fechas de audiencia programada para los días 29,30/05/2023, por solicitud de un defensor y fija como nueva fecha los días 4 y 13/07/2023, hora 9:00, manteniendo intacta la del 24/05/2023.

3.7. El 24/05/2023. AUDIENCIA PREPARATORIA, no se realiza por cuanto el defensor JUAN CAMILO GIL ZULUAGA, solicitó reprogramación por incapacidad médica.

3.8. El 4/07/2023. AUDIENCIA PREPARATORIA, no se realiza audiencia por cuanto no se hizo presente defensora Pública.

3.9. Estaba programada la audiencia para el 13/07/2023, pero Defensor público solicito reprogramación.

3.10. Están programadas las fechas del 3/11/2023, hora 8:00 am, 24/11/2023, hora 1:30-5:00 pm. 30/11/2023, hora 8:30 -12:00, 7/12/2023, hora 8:30 todo el día, para llevar a cabo la audiencia preparatoria.

Expresó que la acción constitucional no está llamada a prosperar en virtud de la subsidiaridad, pues se encuentra en curso el proceso penal, y dentro del procedimiento ordinario existe acciones para reclamar lo que hoy exige el actor por esta vía. Sin embargo, anota, los términos no se han cumplido al tenor de lo dispuesto en la ley 1908 de 2018, para la libertad provisional por vencimiento de términos, como tampoco para la vigencia de la medida de aseguramiento intramural.

3. La titular del Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia aseveró que, el 17 de enero de 2022, el Juzgado Tercero homólogo asumió conocimiento del proceso penal con CUI 0500160000002021-01201 contra de OSCAR ALONSO VILLA y otros 20 procesados; que para el 24 de febrero se tenía prevista audiencia de acusación y no se realizó por petición de aplazamiento de la defensa.

Expuso que en atención a lo dispuesto en los acuerdos PCSJA21-11853 de septiembre 20 de 2021 y PCSJA21-11869 de octubre 25 de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura el referido despacho remitió el asunto al Juzgado que regenta, por lo que mediante auto del siete de marzo de 2022 avocó conocimiento del proceso y el 11 de marzo de la misma anualidad realizó la audiencia de formulación de acusación.

Que la audiencia preparatoria se programó para el dos de junio de 2022, pero no se evacuó por aplazamiento ordenado a instancia de varios defensores, por

lo que la diligencia se reprogramó para los días tres y 30 de noviembre de 2022. En la primera data, cuatro procesado aceptaron cargos por la vía del preacuerdo e inició la audiencia preparatoria con el descubrimiento probatorio; sin embargo, la sesión del 30 de noviembre no se realizó por inasistencia de tres defensores; entonces, se programó la reanudación de su trámite para los días 24, 29 y 30 de mayo de 2023, oportunidad en la cual tampoco se adelantó, pues de nuevo por petitoria de los defensores se debió aplazar la vista pública. Lo mismo ocurrió el cuatro y 13 de julio de 2023.

Actualmente, dice, está prevista la continuación de la vista preparatoria para el 30 de noviembre y siete de diciembre de 2023, las cuales fueron concertadas con la totalidad de las partes e instó a la bancada de la defensa, en especial a los defensores adscritos a la defensoría pública no solicitaran aplazamientos.

Finalizó solicitando su desvinculación del presente trámite, en tanto el Despacho no ha vulnerado derecho alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para proferir fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la República, la protección inmediata, en cualquier tiempo y lugar, de sus derechos fundamentales, cuando considere que han sido violados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública siempre que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable. En un Estado social de derecho la protección de tales garantías debe ser real y material, a ello apunta la tutela.

El artículo 29 de la Constitución Política establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, preceptiva que determina: «*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*».

Este principio está definido como aquél que se despliega de acuerdo con las leyes preexistentes al acto, ante juez o tribunal competente y con observancia plena de las formas propias de cada juicio, comprendiendo los derechos a la defensa técnica y material durante la investigación y el juicio, al trámite sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen, a la presunción de inocencia, a impugnar la sentencia y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Ciertamente la garantía fundamental de toda persona a ser juzgada dentro de un plazo razonable involucra la duración del proceso seguido por la Ley 906 de 2004 y la permanencia del sujeto en detención preventiva mientras se adelanta la investigación. También que esa garantía se halla reconocida en el artículo 29 de la Constitución Nacional y los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶, que al ser instrumentos internacionales sobre derechos humanos debidamente ratificados por el Estado colombiano, integran el bloque de constitucionalidad⁷, disposiciones se refieren a plazo razonable y dilaciones injustificadas sin que señalen términos concretos.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia⁸ aclaró que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando está en juego la libertad de

⁵ Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución de fallo.

⁶ Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. –Resalta el Despacho-

⁷ CST STP, 20 Abril 2016, rad. 85216, STP4883-2016

⁸ Sentencia de tutela STP6017-2016 rad. 84957,

las personas, la indeterminación de los términos conduce a la violación de los principios y derechos constitucionales⁹.

Ahora, en caso de una presunta transgresión de ese derecho corresponde a los jueces constitucionales de control de garantías o de *habeas corpus*, evaluar si la dilación denunciada es injustificada y, por tanto, el tiempo de la detención preventiva resulta desproporcionada, conforme a la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el “plazo razonable” y de la Corte Constitucional en relación con el concepto “dilaciones injustificadas” contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Concretamente el Juez de Control de Garantías al momento de resolver la libertad por vencimiento de términos debe tener en cuenta los plazos previstos en el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, según el cual:

“Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1o del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

[...] 1. *Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.*

2. *Como consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad.*

3. *Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento.*

4. *Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.*

5. *Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio.*

6. *Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente.*

PARÁGRAFO 1o. Los términos dispuestos en los numerales 4, 5 y 6 del presente artículo se incrementarán por el mismo término inicial, cuando el proceso se surta

⁹ Sentencia C-390 de 2014.

ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los imputados o acusados, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal).

PARÁGRAFO 2o. En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad.

PARÁGRAFO 3o. Cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar o terminar por maniobras dilatorias del acusado o su defensor, no se contabilizarán dentro de los términos contenidos en los numerales 5 y 6 de este artículo, los días empleados en ellas.

Entonces, el mecanismo natural para solicitar la libertad por vencimiento de términos es agotar la audiencia correspondiente ante juez de control de garantías, sin embargo, verificado el caso particular, no se advierte que la defensa material o técnica hayan presentado una solicitud en ese sentido ante el juez de control de garantías.

Recuérdese que la medida de aseguramiento que cobija al actor se extiende hasta cuando se expida la sentencia condenatoria de primer grado, por lo que el objeto material de la privación de la libertad se modifica con la ocurrencia de aquel hito procesal. Ahora, vencido los plazos de que trata el citado artículo 317 de la Ley 906 de 2004, en el caso del accionante, podrá obtener la libertad siempre y cuando “... *la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar o terminar por maniobras dilatorias del acusado o su defensor, no se contabilizarán dentro de los términos contenidos en los numerales 5 y 6 de este artículo, los días empleados en ellas.*”¹⁰

Acorde con lo anterior, debe recordarse el carácter residual que reviste la acción de tutela, pues su improcedencia refulge clara cuando el afectado tiene a su disposición otros mecanismos de acceso a la jurisdicción con el fin de perseguir eficazmente sus pretensiones, porque es ante el juez natural, el escenario adecuado en el que el solicitante puede manifestar la transgresión a su derecho a la libertad personal como consecuencia de la medida de aseguramiento que pesa en su contra.

¹⁰ Ley 906 de 2004, parágrafo tercero del artículo 317.

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T-192-22 expuso:

Atendiendo al diseño constitucional previsto en el artículo 86 Superior, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, lo que significa que su procedencia se encuentra condicionada a que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”^[21]. En ese sentido, en principio, le corresponde al interesado agotar todos los medios judiciales ordinarios que tenga al alcance para procurar la defensa de sus derechos fundamentales, como requisito previo para acudir al mecanismo de amparo constitucional.

En el caso en particular, deviene clara la improcedencia de la acción de tutela, en atención a que, si a juicio del accionante como persona procesada penalmente se halla privado de su libertad preventivamente y se ha prolongado indebidamente esa situación jurídica, debe acudir en primer término ante el juez de control de garantías correspondiente, para postular la libertad por vencimiento de términos, de acuerdo con en el artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

Además, ante una eventual determinación adversa puede interponer los recursos de ley; inclusive y eventualmente, tendría a su alcance la acción constitucional de Habeas Corpus, consagrado en el artículo 30 de la Ley 1095 de 2006 así: *“Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.”*

Además, existiendo medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente solo si se logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

Ahora, la jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

La naturaleza de la tutela como mecanismo subsidiario exige que se adelanten las acciones judiciales o administrativas propias de cada proceso, y que por lo tanto, no se pretenda instituir a la acción de tutela como el medio principal e idóneo para solicitar la libertad provisional por vencimiento de términos. No es una elección del accionante acudir al mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico o interponer la acción de tutela, si así lo elige. De ser así, la acción de tutela respondería a un carácter opcional y no subsidiario como el que le es propio.

El actor, si considera que le asiste el derecho a la libertad por vencimiento de términos, debe elevar una petición de libertad provisional ante el juez de control de garantías, medio idóneo y eficaz para proteger su derecho a la libertad, si en verdad se halla conculcado por desconocimiento del debido proceso por extensión injustificada del plazo razonable para permanecer privado de la libertad preventivamente como persona procesada penalmente.

En consecuencia, esta Sala declara improcedente la acción de tutela propuesta por el señor OSCAR ALONSO VILLA, en tanto no acudió al medio judicial idóneo y eficaz para proteger el derecho a la libertad de las personas procesadas penalmente bajo la égida de la Ley 906 de 2004, pues no podía prescindir de la petición de libertad por vencimiento de términos al tenor del artículo 317 en cita y ante el juez de control de garantías, pues ello comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

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 IMPROCEDENTE la solicitud de amparo constitucional promovida por el señor OSCAR ALONSO VILLA.

SEGUNDO: INFORMAR que contra esta providencia procede su impugnación, dentro del término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de la misma. Si no fuere impugnado, ENVIAR la actuación a la 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: **0f5b70c9e4c0f00066d4a853113bb248c7f42a95f473e5ac64841fa949b42dca**

Documento generado en 19/07/2023 11:24:24 AM

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

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

Medellín, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-1266-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05 697 31 04 001 2016 00714 00
Incidentista : Laura Rosa Castaño Ramírez
Afectada : Sonia Paola Giraldo Castaño
Incidentado : Savia Salud EPS
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 217

M.P. ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Procede la Sala a resolver en grado de Consulta, respecto de la decisión adoptada por el Juzgado Penal del Circuito del Santuario (Ant.), mediante la cual se impuso sanción por desacato en contra de la Dr. EDWIN CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMIZAR representante legal de SAVIA SALUD EPS, en relación con el incumplimiento de la orden impartida mediante sentencia de tutela Nro. 556 del 24 de agosto de 2016, a favor de la menor SONIA PAOLA GIRALDO CASTAÑO, en la cual se concedió tratamiento integral en salud respecto de la patología que dio lugar a la acción de tutela.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Después de notificarse en debida forma la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Penal del Circuito del Santuario (Ant.), la señora Laura Rosa Castaño Ramírez obrando

N° Interno : 2023-1266-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05 697 31 04 001 2016 00714 00
Incidentista : Laura Rosa Castaño Ramírez
Afectada : Sonia Paola Giraldo Castaño
Incidentado : Savia Salud EPS

en representación de su hija allegó memorial al juzgado de origen en el que manifestó que no ha recibido una atención oportuna por parte de accionada frente a los servicios médicos denominados *“consulta de control y de seguimiento pos especialista en gastroenterología, ecografía de abdomen total, Consulta electrofisiología, consulta de control y seguimiento por especialista en cardiología, ecocardiograma de stress con prueba de esfuerzo o con prueba farmacológica”*.

Es así que procedió a efectuarse requerimiento previo a al accionada por medio del auto de fecha 04 de julio de 2023¹, decisión que les fue notificada vía correo electrónico el 06 de julio de 2023², no obstante, al no obtenerse respuesta alguna se dio apertura al trámite incidental por desacato mediante auto fechado el día 06 de julio de 2023³, con miras a que el Dr. EDWIN CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, en calidad de REPRESENTANTE LEGAL de SAVIA SALUD E.P.S, ejerciera sus derechos de contradicción y de defensa, y adujera o solicitara las probanzas que pretendiera hacer valer al interior del presente trámite incidental, decisión que fue notificada vía correo electrónico a la dirección electrónica notificacionestutelas@saviasaludeps.com⁴.

La incidentada Savia Salud EPS allega respuesta⁵ en la que reconoce que la joven Sonia Paola Giraldo Castaño tiene pendiente los siguientes servicios de salud denominados: *“(i) Programación de los servicios de ECOCARDIOGRAMA DE STRESS CON PRUEBA DE ESFUERZO O CON PRUEBA FARMACOLOGICA autorizado con NUA*

¹ PDF.002.C01

² PDF.003.C01

³ PDF.004.C01

⁴ PDF.005.C01

⁵ PDF.006.C01

N° Interno : 2023-1266-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05 697 31 04 001 2016 00714 00
Incidentista : Laura Rosa Castaño Ramírez
Afectada : Sonia Paola Giraldo Castaño
Incidentado : Savia Salud EPS

21647358 direccionado a la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS (RIONEGRO), institución a quien se envió correo solicitando apoyo con la programación (ii) CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CARDIOLOGIA autorizado con NUA 21647368 direccionado a la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS (RIONEGRO), institución a quien se envió correo solicitando apoyo con la programación (iii) CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN GASTROENTEROLOGIA autorizado con NUA 21788136 direccionado a la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS (RIONEGRO), institución a quien se envió correo solicitando apoyo con la programación, (iv) CONSULTA ELECTROFISIOLOGIA autorizado con NUA 19902807 direccionado a la IPS ANGIOSUR SAS, institución a quien se envió correo solicitando apoyo con la programación y (v) ECOGRAFIA DE ABDOMEN TOTAL autorizado con NUA 21788127 direccionado a la IPSPRODIAGNOSTICO RIONEGRO, institución a quien se envió correo solicitando apoyo con la programación". Y se recibe programación para el día 31 de julio de 2023, hora 2:40, informada a la Sra. Rosa Castaño (madre) en el número 3207625049

Detalla que el MONITOREO DE PH ESOFAGICO EN 24 HORAS [PHMETRIA] CON IMPEDANCIOMETRIA autorizado con NUA 21908205 fue direccionado a la IPS INTERGASTRO SA, institución a quien se envió correo solicitando apoyo con la programación, quienes asignaron cita para el día 13 de julio de 2023, hora 8:30 am información que fue comunicada la Sra. Rosa Castaño (madre) en el número 3207625049.

Fue así como solicitó suspender el trámite del incidente durante el tiempo que el juzgado lo considerara pertinente

N° Interno : 2023-1266-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05 697 31 04 001 2016 00714 00
Incidentista : Laura Rosa Castaño Ramírez
Afectada : Sonia Paola Giraldo Castaño
Incidentado : Savia Salud EPS

mientras se gestionaba las autorizaciones del servicio en las IPS

Sin embargo, tal solicitud de suspensión no fue de recibo para el fallador quien consideró que había un incumplimiento de la sentencia proferida y fue por ello que procedió a imponer como sanción a EDWIN CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, identificado con la cédula de ciudadanía 8.533.217, en calidad de REPRESENTANTE LEGAL de SAVIA SALUD E.P.S, “ARRESTO DE TRES (03) DIAS Y MULTA EQUIVALENTE A UN (01) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE PARA EL AÑO 2023, a razón de UN MILLON TRESCIENTOS MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS ML. (\$1.300.606.00)”, por medio de auto Nro.046 del 12 de julio de 2023⁶, lo cual fue comunicado a la incidentada por medio del oficio Nro.793⁷vía correo electrónico⁸; de manera posterior remitió el proceso a esta Corporación para surtir el grado de consulta⁹.

Previo a resolver el asunto de fondo, personal del Despacho, se comunicó con la incidentante en el abonado telefónico 3207625049, obteniéndose respuesta de la señora Laura Rosa Castaño Ramírez quien afirmó que el único servicio médico que ya se le había practicado a su hija era el “*ECOCARDIOGRAMA DE STRESS CON PRUEBA DE ESFUERZO O CON PRUEBA FARMACOLÓGICA*” que se le había llevado cabo la semana pasada y que los demás exámenes y consultas programación finalizando julio y agosto, fechas que consideraba muy lejanas debido a que su hija tenía una patología cardiaca y ya llevaba aproximadamente siete meses sin recibir el respectivo control por los especialistas¹⁰.

⁶ PDF. 007.C01

⁷ PDF.008 C01

⁸ PDF.009. C01

⁹ PDF. 010 Y 011.C01

¹⁰PDF. 003.C02

N° Interno : 2023-1266-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05 697 31 04 001 2016 00714 00
Incidentista : Laura Rosa Castaño Ramírez
Afectada : Sonia Paola Giraldo Castaño
Incidentado : Savia Salud EPS

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, quien incumpla una orden emitida por un Juez al interior de un trámite de tutela *“incurrirá en desacato sancionable con arresto de hasta seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales”*.

Al respecto, la *H. Corte Constitucional* ha señalado que el desacato *“no es otra cosa que el incumplimiento de una orden impartida por un juez y contenida ya sea en una sentencia o en cualquier providencia dictada en ejercicio de sus funciones y con ocasión de trámite de una acción de tutela”*¹¹, y que dicha figura se traduce en una *“medida de carácter coercitivo y sancionatorio con que cuenta el juez de conocimiento de la tutela para sancionar a quien desatienda sus órdenes expedidas para proteger de manera efectiva derechos fundamentales”*¹².

Ahora bien, en relación con los requisitos que se deben cumplir para que sea procedente la sanción por desacato a una orden judicial proferida al finalizar el trámite de una acción de tutela, es necesario analizar la ocurrencia de dos postulados, uno de carácter objetivo y otro subjetivo.

El primero de ellos relacionado con el incumplimiento del fallo, esto es, cuando de los elementos probatorios obrantes en la carpeta se evidencia que la orden ha sido inobservada; el segundo guarda relación con la persona que estaba llamada a cumplir la orden judicial, cuando se evidencia una

¹¹ Sentencia T-459 de 2003.

¹² Sentencia T-188 de 2002, retomada en la sentencia T-459 de 2003.

N° Interno : 2023-1266-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05 697 31 04 001 2016 00714 00
Incidentista : Laura Rosa Castaño Ramírez
Afectada : Sonia Paola Giraldo Castaño
Incidentado : Savia Salud EPS

actitud negligente u omisiva del funcionario encargado del cumplimiento; este último elemento se verifica con la identificación clara del sujeto pasivo de la orden y analizando cual ha sido la actitud de éste frente a la orden, si actuó de manera diligente a fin de garantizar los derechos del accionante protegidos en la sentencia de tutela.

Finalmente, una vez analizados los aspectos acabados de referenciar, el Juez de tutela debe tasar la sanción atendiendo al juicio de razonabilidad realizado en el caso, y aplicando las reglas de la experiencia, para que la sanción a imponer sea proporcionada a la actitud del funcionario incumplido.

Dado que dicho trámite incidental puede culminar con la imposición de una sanción de arresto y multa, éste debe hacerse respetando el debido proceso, cumpliendo con las etapas establecidas a fin de que se alleguen las pruebas del cumplimiento o incumplimiento de la sentencia constitucional, respetando sobre todo el derecho de defensa de los funcionarios que pueden resultar sancionados.

En el caso concreto, adviértase que el trámite incidental observó el debido proceso, en especial, el derecho de defensa del Dr. EDWIN CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, identificado con la cédula de ciudadanía 8.533.217, en calidad de REPRESENTANTE LEGAL de SAVIA SALUD E.P.S.

Nótese que, la orden de tutela cumplió con los derroteros referenciados por la Corte Constitucional en Sentencia T-226 del 2016¹³, ya que fue clara al señalar que se amparaba el

¹³ “41. En el ámbito del incidente de desacato, la labor del juez constitucional consiste en verificar: i) a quién se dirigió la orden; ii) en qué término debía ejecutarla; iii) y el alcance de la misma, para, entonces, determinar iv) si la orden fue cumplida o si hubo un incumplimiento total o parcial y v) las razones que

N° Interno : 2023-1266-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05 697 31 04 001 2016 00714 00
Incidentista : Laura Rosa Castaño Ramírez
Afectada : Sonia Paola Giraldo Castaño
Incidentado : Savia Salud EPS

derecho fundamental a la salud de la joven Sonia Paola Giraldo Castaño y como consecuencia de ello se le ordenó a Savia Salud EPS brindar un tratamiento integral en salud respecto de la patología que presenta y que dio lugar a la acción de tutela, esto es, *“defecto de tabique auricular”*.

Evidentemente el trámite incidental de desacato se adelantó con el irrestricto cumplimiento de lo establecido en la Sentencia C-367 de 2014 por la Corte Constitucional donde se precisó:

“De no cumplirse el fallo, entre otras consecuencias, la persona puede ser objeto del poder jurisdiccional disciplinario, que se concreta en el incidente de desacato. Este incidente sigue un procedimiento de cuatro etapas, a saber: (i) comunicar a la persona incumplida la apertura del incidente del desacato, para que pueda dar cuenta de la razón por la cual no ha cumplido y presente sus argumentos de defensa; (ii) practicar las pruebas solicitadas que sean conducentes y pertinentes para la decisión; (iii) notificar la providencia que resuelva el incidente; y (iv) en caso de haber lugar a ello, remitir el expediente en consulta al superior”. Para imponer la sanción se debe demostrar la responsabilidad subjetiva del sancionado en el incumplimiento del fallo, valga decir, que éste es atribuible, en virtud de un vínculo de causalidad, a su culpa o dolo”.

En ese orden de ideas, en el caso bajo estudio, el Juzgado Penal del Circuito del Santuario (Ant.), cumplió a cabalidad con todas y cada una de las etapas procesales, notificando en debida forma a la SAVIA SALUD EPS, entidad que petitionó inclusive suspensión del trámite, no obstante, no consolidó los

motivaron el incumplimiento. Resueltos esos interrogantes, deberá examinar la responsabilidad subjetiva del obligado, para, finalmente, imponer las sanciones del caso, si verifica un ánimo de evadir la orden impartida en el fallo de tutela”.

N° Interno : 2023-1266-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05 697 31 04 001 2016 00714 00
Incidentista : Laura Rosa Castaño Ramírez
Afectada : Sonia Paola Giraldo Castaño
Incidentado : Savia Salud EPS

servicios médicos que tenía pendientes la afectada.

No pasa desapercibido para esta Sala que, en el presente caso, se ampararon los derechos de una joven de 17 años que tiene una patología cardíaca, por tanto, de presentarse tardanza en su atención en salud, se pondría en riesgo su salud y eventualmente, la vida misma, resultando incomprensible que servicios médicos que se han ordenado, desde finales del año 2022, tales como, consulta con electrofisiología¹⁴, aun siga sin ser prestados a la fecha y tengan como fecha tentativa de práctica, finales de agosto de 2023, comportamiento a todas luces reprochable, pues la EPS justifica su demora solo con la fijación de la consulta sin llevar a cabo la misma, solicitando la suspensión del desacato, pretendiendo prologar un trámite expedito como el incidente de desacato so pretexto que se están adelantando las gestiones administrativas.

Ante este escenario, donde la EPS Savia Salud alega acatamiento de la sentencia solo por autorizar varios servicios sin practicar efectivamente los mismos, es relevante hacer relación a la Sentencia T- 808 de 2004 donde la Corte, saliendo al paso a estas rutinas malsanas adoptadas por los actores del sistema de salud que alegan la no vulneración con la mera prescripción de una autorización, señaló:

“No es posible entonces, que de manera irresponsable estas entidades tengan la perversa costumbre de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones con la simple expedición de la autorización de servicios, sin que la misma se concrete a través de las instituciones a las que son remitidos los pacientes para su prestación, por inexistencia o terminación de los

¹⁴ FI.15.PDF.001.C01

N° Interno : 2023-1266-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05 697 31 04 001 2016 00714 00
Incidentista : Laura Rosa Castaño Ramírez
Afectada : Sonia Paola Giraldo Castaño
Incidentado : Savia Salud EPS

contratos o en general por desórdenes administrativos en dichas entidades. De ésta forma, es evidente que tales autorizaciones en dichos términos resultan ineficaces, si no conllevan coetáneamente su práctica material. No cabe duda que las conductas descritas, ostentan la posibilidad de vulnerar los derechos a la salud y la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, por cuanto la demora en una efectiva prestación de los servicios requeridos por el usuario del SGSSS, puede agravar sus condiciones de salud y lo pone en una situación de indefensión frente a la parte fuerte de la relación, es decir, las entidades atrás consignadas (...) no basta con la mera expedición de la misma, sino que es necesaria su concreción, mediante su práctica material y oportuna. Sólo ello logra garantizar el disfrute efectivo de los derechos constitucionales del paciente.”

La conducta asumida por Savia Salud en el presente caso permite evidenciar un actuar doloso y, por ende, hasta tanto no se lleve a cabo la “(i) CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CARDIOLOGIA autorizado con NUA 21647368 (ii) CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN GASTROENTEROLOGIA autorizado con NUA 21788136 (iii) CONSULTA ELECTROFISIOLOGIA autorizado con NUA 19902807 y la (iv) ECOGRAFIA DE ABDOMEN TOTAL autorizado con NUA 21788127”, que fueron ordenadas por el galeno, no puede asumirse que, se ha dado cumplimiento a la orden de tutela.

Así las cosas, frente a la aludida persona, como servidora encargada de materializar la misión de la entidad, no queda otra alternativa para la Sala que la de confirmar la providencia bajo estudio, ante el incumplimiento de sus deberes como dignataria de la entidad promotora de salud.

Nº Interno : 2023-1266-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05 697 31 04 001 2016 00714 00
Incidentista : Laura Rosa Castaño Ramírez
Afectada : Sonia Paola Giraldo Castaño
Incidentado : Savia Salud EPS

La jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia¹⁵ ha insistido en que para establecer si existió o no desacato, es menester hacer una comparación entre lo resuelto en la sentencia y la supuesta omisión endilgada a su destinatario y en esta oportunidad, se encuentra acreditado que a la mencionada representante le han sido notificadas las diferentes decisiones adoptadas dentro de este trámite constitucional, tan es así, que se ha pronunciado, solicitando suspensión del trámite; sin embargo, hasta ahora solo existe cumplimiento frente al servicio denominado *“ECOCARDIOGRAMA DE STRESS CON PRUEBA DE ESFUERZO O CON PRUEBA FARMACOLOGICA autorizado con NUA 21647358”*; por lo que ha de confirmarse la sanción impuesta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMA la decisión objeto de consulta, proferida por el Juzgado Penal del Circuito del Santuario (Ant.), mediante la cual se sancionó por desacato Dr. EDWIN CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, identificado con la cédula de ciudadanía 8.533.217, en calidad de REPRESENTANTE LEGAL de SAVIA SALUD E.P.S, en relación con la sentencia de tutela proferida por ese Despacho Judicial, en favor de la joven Sonia Paola Giraldo Castaño; lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia T6600122130002017-00078-02, del 20 de agosto de 2019.

N° Interno : 2023-1266-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05 697 31 04 001 2016 00714 00
Incidentista : Laura Rosa Castaño Ramírez
Afectada : Sonia Paola Giraldo Castaño
Incidentado : Savia Salud EPS

SEGUNDO: SE DISPONE que por Secretaría de la Sala se retornen las diligencias ante el Juzgado de origen, para los fines pertinentes.

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: **e985393e851437549bcab671ea9f2cde48d9bb9a89ea44bdfdfb8baf938a637**

Documento generado en 18/07/2023 04:31:55 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 056153104003202300055

NI: 2023-1077-6

Accionante: Rosmara Usura Manco

Accionada: Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas

Decisión: Confirma

Aprobado Acta No.:105 de julio 18 del 2023

Sala

No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, julio dieciocho del año dos mil veintitrés

V I S T O S

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en providencia del día 24 de mayo de 2023, declaró la improcedencia por hecho superado la solicitud de amparo incoada por la señora Rosmara Usura Manco en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la 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:

“Sostuvo la accionante que, desde el 24 de octubre del año 2008 se presentó la declaración por el Homicidio de su hijo EDISON YAMID GOMEZ USUGA identificado con cedula de ciudadanía N° 15.437.952, bajo el radicado SIRAV 135549 en estado Incluido, donde teniendo en cuenta su condición de vulnerabilidad, de debilidad manifiesta y de especial protección constitucional, se deben de respetar y garantizar los principios generales establecidos en la Ley 1448 de 2011.

Que, la señora Yaneth Ríos Sepúlveda quedó registrada en el RUV bajo el radicado SIRAV 135549, faltando a la verdad al decir que era la compañera permanente de su hijo, lo cual es falso, por lo que, para el año 2019 interpuso denuncia ante la fiscalía bajo el SPOA 056156099153201901100 por el delito de Fraude Procesal. Además, en el momento de la muerte su hijo era casado desde el año de 1998 con la Señora Mildred Cecilia Muñoz Vallejo quien falleció en los mismos hechos, con quien tuvo tres hijos reconocidos, Mariana Gómez Muñoz, Daniela Andrea Gómez Usura y Jefferson Andrés Gómez Ríos.

Que, desde el año 2008 se ha entregado la documentación requerida y se realizó la solicitud de la indemnización administrativa en el Punto de atención de víctimas el año 2019 con los nuevos lineamientos, donde entregaron los radicados de cierre de dicha solicitud en la cual tenían máximo 120 días hábiles para brindar una respuesta de fondo, conforme a lo establecido en la Resolución 1049 de 2019 Artículo 11º, pero aún no han recibido pronunciamiento alguno, pese a que cumplen el requisito como padres de la víctima directa.

Que, pese a que han pasado 13 años de presentada la declaración, la unidad de víctimas no le ha notificado la Resolución que decidió su inclusión en el RUV. Que, este año, recibió la indemnización por Desplazamiento Forzado, donde debe de priorizarse igualmente su porcentaje según lo establecido en la Resolución 1049 de 2019.

Que, De manera generalizada por medio de una respuesta a un derecho de petición con radicado N° 2023-0014271-1 del 02 de Enero del año 2023 le informan que “Atendiendo su petición radicada con fecha 12/23/2022, donde solicita información sobre su estado en el Registro Único de Víctimas- RUV1 , la Unidad para la Víctimas le informa que realizada la consulta, Usted se encuentra INCLUIDO(A) desde el 19/01/2015 por el hecho victimizarte de DESPLAZAMIENTO FORZADO, bajo la Ley

1448 de 2011, marco normativo en el cual inició su actuación administrativa. Por otra parte, para la Entidad es importante tener actualizados sus datos de contacto, así como la información que reposa en el Registro Único de Víctimas – RUV, por esto le invitamos a informar cualquier modificación a través de nuestros canales de atención” donde en ningún momento su solicitud fue frente al hecho de Desplazamiento Forzado si no por el homicidio de su hijo.

Por lo anterior, el 22 de marzo de 2023 envió derecho de petición exponiendo su solicitud, no obstante, aún no recibe respuesta de fondo.

En esa medida, acude al Juez constitucional a fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales de petición y debido proceso y se ordene a la UNIDAD DE ATENCION Y REPARACION INTEGRAL DE LAS VICTIMAS responder de manera clara, concreta y de fondo su petición”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el pasado 11 de mayo del corriente año, se efectuó la notificación a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Por su parte la UARIV, señaló que para el caso de la señora Rosmara Usura, si bien radicó un derecho de petición, el mismo fue resuelto por medio de comunicación N 2023-0544274-1 del 13 de abril de 2023 y remitida a la dirección de correo electrónico establecida por la inciden ante para las notificaciones judiciales.

Añadió que respecto a la indemnización por el hecho victimizante de homicidio del señor Edison Yamid Gómez Usura, se le informó a la accionante que *“bajo el marco normativo por el cual fue declarado el hecho, en este caso Decreto 1290 de 2008, en los hechos de desaparición forzada u homicidio, basta con que la víctima directa del hecho estuviera incluida.*

En ese sentido se procedería a realizar el estudio para determinar la calidad de destinatarios de los familiares; en el caso de la accionante, como quiera que la víctima directa está incluida, solo queda verificar la calidad de destinatario de la Indemnización administrativa.

Por lo tanto, la Señora ROSMIRA USUGA MANCO, debe allegar la documentación solicitada en comunicación Les 7396447, para realizar las debidas gestiones y validaciones”.

De modo que la parte accionante debe aportar los documentos con los que acredite algún criterio de priorización en cualquier tiempo, para que la entidad proceda con el respectivo análisis en pleno goce del derecho a la igualdad con otras víctimas del conflicto armado.

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.

Asegura que la Unidad Para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, mediante comunicado 2023-0544274-1 del 13 de abril de 2023, emitió respuesta al derecho de petición presentado por la actora, enviado a la dirección de correo electrónico establecido para las notificaciones judiciales informándole no ser posible acceder a la petición ya que no se aportaron los debidos poderes, autorizaciones escritas de las personas relacionadas en el escrito, en la cual manifestaran encargar dicha representación.

Seguidamente, señala que *“El 16 de mayo de 2023 la unidad emite respuesta al correo electrónico aportado por la accionante donde se refiere que, como quiera que la víctima directa está incluida en el RUV, solo queda verificar la calidad de destinatario de la Indemnización administrativa, refiriéndole además la documentación que debe elevar a fin de que se proceda a validar su*

solicitud, dándole a conocer también cómo funciona la aplicación del método técnico de priorización. Finalmente, se le aclara que, los montos y orden de entrega de la medida de indemnización administrativa depende de las condiciones particulares de cada víctima, del análisis del caso en concreto y de la disponibilidad presupuestal anual con la que cuenta la entidad y que no se ha generado pago alguno por concepto de indemnización administrativa por el hecho victimizante de HOMICIDIO del señor EDISON YAMID GOMEZ USUGA”.

Considerando que el derecho de petición objeto del presente trámite fue resuelto de manera clara, completa y de fondo, cumpliendo con la protección del núcleo esencial del derecho de petición.

En consecuencia, declaró la improcedencia por presentarse la figura de carencia actual de objeto por hecho superado, dado que la unidad brindó una respuesta de fondo, clara y congruente al derecho de petición objeto del presente trámite.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, la demandante, impugnó la misma, pues señala que continua la vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, 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. En ese sentido, solicita revocar el fallo de tutela de primera instancia, y en su lugar se ordene a la UARIV materializar el desembolso de la indemnización administrativa.

Señala que, si bien recibió respuesta al derecho de petición, esta no fue de fondo, pues al “*verificar en VIVANTO, no se evidencia la actualización solicitada*”, asegurando que la unidad no está exenta de dar una fecha cierta a personas con derechos fundamentales prevalentes.

Así que solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar tutelar sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, igualdad y mínimo vital, ordenando a la unidad dar respuesta de fondo el derecho de petición enviado desde el 16 de enero de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicita la señora Rosmara Usura Manco la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por parte de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en este caso efectivamente se vulneran derechos fundamentales invocados por la señora Rosmara Usura Manco, por parte de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a la Víctimas, o conforme a la decisión de primera instancia, la unidad había resuelto de fondo la solicitud presentada por la actora.

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 la señora Rosmara Usura Manco elevó solicitud desde el pasado 22 de marzo de 2023 ante la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, pretendiendo el suministro de la copia de la resolución donde se decide sobre la inclusión en el RUV y su actualización, se le brinde una respuesta de fondo sobre el acceso a la indemnización administrativa, el cambio a ruta priorizada por edad para el desembolso de la misma.

Así mismo, se le suministre copia del acto administrativo por el homicidio de su hijo Edison Yamid Gómez Usura, así como la información detallada de los pagos que han realizado sobre la víctima directa, en la que conste fecha, montos y quienes han sido los destinatarios de dichas medidas de reparación económica. Nu obstante, a la fecha de interponer la presente acción constitucional no había recibido respuesta de fondo.

Fue así entonces como la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en réplica a lo peticionado por la demandante, manifestó que expidió la comunicación código ley 7396447 del 16 de mayo de 2023, por medio de la cual brindó respuesta al derecho de petición que demanda la actora, informándole que respecto a la solicitud de

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

indemnización por el hecho victimizante de homicidio del señor Edison Yamid Gómez Usura con radicado SIRAV 135549, debe allegar copia simple y legible de varios documentos para proceder a validar la solicitud. Una vez proporcione dichos documentos, se realizará la radicación de la solicitud de indemnización administrativa y a partir de este momento la Unidad contará con un término de 120 días hábiles para analizarla y tomar una decisión de fondo sobre si es procedente o no el reconocimiento del derecho a la medida indemnizatoria, asegurando que la Unidad, no ha generado pago alguno por concepto de indemnización administrativa por el hecho victimizante de homicidio del señor Edison Yamid Gómez Usura.

Así mismo, que los montos y orden de entrega de la medida de indemnización administrativa dependen de las condiciones particulares de cada víctima, del análisis del caso en concreto y de la disponibilidad presupuestal anual con la que cuenta la entidad.

Tal como lo ha puesto en evidencia la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, asegurando haber realizado la notificación de la respuesta al peticionario en debida forma, esto es, remitiendo la respuesta a los correos electrónicos personeria@rionegro.gov.co, victimasmisionegro2020@gmail.com, con constancia de entrega. Además, como bien lo señala la actora en el escrito de impugnación al afirmar que, si bien recibió respuesta, considera que la misma no fue de fondo.

En este punto se hace necesario resaltar que indiferente es si la respuesta es favorable o no a los intereses del peticionario, pues es competencia de la UARIV evaluar cada caso concreto, por ende, resultaría erróneo entorpecer el trámite interno de la unidad con una orden en tal sentido, 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 la demandante para las notificaciones judiciales, tal como lo manifestó la actora. Lo que desvanece vulneración al derecho de petición que demanda.

Por ende, dar una orden contraria a lo determinado por la UARIV, sería invadir competencias que no le corresponden al Juez Constitucional, recuérdese que este es un mecanismo de protección de derechos constitucionales fundamentales de orden subsidiario y residual, no apto para entrar a valorar situaciones que deben ser analizadas por la entidad competente, quien tiene el deber de hacerlo.

En consecuencia, nos encontramos ante un hecho superado, pues considera la Sala que, en el presente caso, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, resolvió de forma clara, precisa, congruente la solicitud extendida por la accionante desde el día 22 de marzo de 2023, efectuándose una eficaz comunicación a la demandante a través de correo electrónico.

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 **CONFIRMAR** la providencia objeto de impugnación.

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: CONFIRMAR el fallo de tutela del pasado 24 de mayo del año 2023, proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia),

dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Rosmara Usura Manco, en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **da5a03e544c1724e7f9826c927daeea079b43a4dc90dd4632918ca52861db2df**

Documento generado en 18/07/2023 01:50:23 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 050002204000202300359

NI: 2023-1169-6

Accionante: Personero Municipal de Hispania Dr. John Jairo Hernández Marroquín

Accionado: Dr. Carlos Ernesto Camargo Assis Defensor del Pueblo

Decisión: Concede

Aprobado Acta No.: 104 de julio 17 del 2023

Sala No.: 6

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, julio diecisiete del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Personero Municipal de Hispania Dr. John Jairo Hernández Marroquín, solicita la protección constitucional de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por parte del Defensor del Pueblo Dr. Carlos Ernesto Camargo Assis.

LA DEMANDA

Demanda el Personero Municipal de Hispania (Antioquia), que, desde el 2 de junio de la presente anualidad, presentó derecho de petición ante la Defensoría del Pueblo, por medio del cual instó para obtener información relacionada *“con la alerta temprana 019/2023, en consideración que el Municipio de Hispania fue clasificado en el nivel **EXTREMO**”*. No obstante, hasta la fecha de radicación de la presente acción de tutela no había obtenido respuesta alguna.

Como pretensión constitucional insta por la protección a sus derechos fundamentales, y en ese sentido se le ordene al Defensor del Pueblo Dr. Carlos Ernesto Camargo Assis, resuelva de fondo la petición presentada desde el pasado 2 de junio de 2023.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 4 de julio de la presente anualidad, se dispuso la notificación al Defensor del Pueblo Dr. Carlos Camargo Assis. Se deja constancia que pese a que la parte demandada fue debidamente enterada del inicio del presente trámite constitucional, pues según se evidencia en el expediente electrónico¹ la Secretaría de la Sala Penal realizó el traslado de la tutela el día 4 de julio de 2023 a la dirección de correo electrónico juridica@defensoria.gov.co², sobre la cual existe constancia de entrega efectiva, no se recibió dentro del término procesal concedido pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017 y el decreto 333 de 2021, que modificara el Decreto 1069 de 2015, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el Personero Municipal de Hispania (Antioquia), solicitó se ampare en su favor su derecho fundamental de petición invocado,

¹ Archivo 8 expediente digital.

² Correo electrónico dispuesto por la Defensoría del Pueblo para las notificaciones judiciales, según consta en la pagina web de la entidad (www.defensoria.gov.co)

presuntamente conculcado por parte del Defensor del Pueblo, al omitir brindarle respuesta a la solicitud presentada desde el pasado 2 de junio de 2023.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

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 ha venido señalando de manera precisa las situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición, esto es,

(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 petición³.

Así las cosas, y siendo la acción de tutela el mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho fundamental de petición, pues conexo a él se pueden derivar otros derechos fundamentales; de lo anterior se extracta que la respuesta debe ser de fondo, clara, oportuna, congruente con lo solicitado, sin evasivas y efectuando la debida notificación al peticionario.

Frente al derecho de petición, y su trámite la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“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 petición⁴.”

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad es que el Personero Municipal de Hispania, considera vulnerados sus derechos

³ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

⁴ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

fundamentales al omitir el Defensor del Pueblo, pronunciarse frente a la solicitud elevada desde el pasado 2 de junio de la presente anualidad.

Por otra parte, dentro del término procesal concedido, y a pesar de encontrarse debidamente notificada la Defensoría del Pueblo omitió pronunciarse respecto al derecho de petición que demanda el actor.

Por su parte, el artículo 20 del decreto 2591 de 1991, respecto al tema que nos convoca la atención, presunción de veracidad, preceptúa lo siguiente:

***“ARTICULO 120. PRESUNCION DE VERACIDAD.** Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”*

Dado lo anterior cuando la autoridad demandada no rinde informe pese haberse convocado en debida forma, no logrando desvirtuar lo afirmado por el actor en el escrito de tutela, y con el fin de garantizar derechos fundamentales, se entenderán cierto los hechos demandados, operando así la presunción de veracidad.

De lo anterior se colige entonces, no evidencia la Sala que lo solicitado por el actor hubiese sido resuelto de fondo por parte de la Defensoría del Pueblo, pues la parte encausada omitió dar razón al respecto. En consecuencia, se debe proteger el derecho fundamental de petición que demanda el Personero Municipal de Hispania (Antioquia), ante la eficacia de los derechos fundamentales comprometidos.

Así las cosas, es ostensible que el amparo incoado por el Dr. John Jairo Hernández Marroquín Personero Municipal de Hispania, deberá de concederse, ante la vulneración latente a sus derechos fundamentales.

Por lo anterior, esta Sala **ORDENA** al Dr. Carlos Ernesto Camargo Assis Defensor del Pueblo, que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la

notificación del presente fallo, proceda a emitir respuesta de fondo, clara y congruente con lo solicitado por medio del derecho de petición presentado desde el pasado 2 de junio de 2023, efectuando la debida notificación al demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales invocados por el Dr. John Jairo Hernández Marroquín Personero Municipal de Hispania (Antioquia), en contra del Dr. Carlos Ernesto Camargo Assis Defensor del Pueblo; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SE ORDENA al Dr. Carlos Ernesto Camargo Assis Defensor del Pueblo, que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a emitir respuesta de fondo, clara y congruente con lo solicitado por medio del derecho de petición presentado desde el día 2 de junio de 2023, efectuando la debida notificación al demandante.

TERCERO: La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

QUINTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **8a6b57c00eb4c3e15e9b395f45692f9b3908c91ef83e0a2919404285ca4550ed**

Documento generado en 17/07/2023 03:40:23 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050002204000202300373

NI: 2023-1198-6

Accionante: José Andrés Arredondo García y otros

Accionados: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia

Decisión: Declara improcedente por hecho superado

Aprobado Acta No: 105 de julio 18 del 2023

Sala

No: 6

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, julio dieciocho del año dos mil veintitrés

VISTOS

Procede esta Corporación a resolver la acción de tutela que interponen los señores José Andrés Arredondo García, Juan Fernando Castro Osorio, Jesús Daniel Castro Hurtado, Juan David Ruíz Arango, Nelson de Jesús Cardona Mejía, Frank Wilmar Ospina Yepes y Héctor Fabián Betancourt Granada en procura de la protección a los derechos fundamentales, que en su sentir le vienen siendo vulnerados por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

LA DEMANDA

Manifiestan los accionantes, quienes se encuentran detenidos en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Támesis (Antioquia), que elevaron derechos de petición ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia. No obstante, hasta la fecha de radicación de la presente acción de tutela no habían recibido respuesta alguna.

Como pretensión constitucional insta por la protección de los derechos fundamentales, y en ese sentido se le ordene al despacho judicial demandado, resuelva de fondo sus peticiones.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del día 7 de julio de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, en el mismo auto se dispuso la vinculación del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Támesis (Antioquia) y del Centro de servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia. Posteriormente se tornó necesario ordenar un prueba de oficio con destino al centro penitenciario para indagar sobre las labores de notificación al señor Juan Fernando Castro Osorio.

El director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Támesis (Antioquia), quien acompaña a los sentenciados en sus manifestaciones, relatando que remitió las solicitudes en nombre de los sentenciados con destino al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, pese a ello, no había recibido respuesta a las solicitudes referidas.

El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, asintió que ese despacho judicial vigila pena impuesta a los señores José Andrés Arredondo García, Juan Fernando Castro Osorio, Jesús Daniel Castro Hurtado, Juan David Ruíz Arango, Nelson de Jesús Cardona Mejía, Frank Wilmar Ospina Yepes y Héctor Fabián Betancourt Granada.

Si bien, efectivamente en los expedientes de los sentenciados reposaban solicitudes pendientes por tramitar, las mismas fueron resueltas. Adjuntando a la respuesta de tutela, copia del auto interlocutorio **N 1536, 1537 y 1538** del 11 de julio de 2023, por medio del cual al señor Frank Wilmar Ospina Yepes se

le redimió pena, y se le negó la libertad condicional como la prisión domiciliaria.

Auto N 1533 y 1534 del 11 de julio de 2023, en nombre del señor Nelson de Jesús Cardona Mejía, por medio del cual redimió pena y negó el sustituto de la prisión domiciliaria.

Auto N 1529, 1530 y 1535 del 11 de julio de 2023, por medio del cual redimió pena, negó la libertad condicional y concedió la prisión domiciliaria al señor Jesús Daniel Castro Hurtado.

Auto N 1524 y 1525 del 11 de julio de 2023, a nombre del señor Héctor Fabián Betancourt Granada, por medio del cual redimió pena y le concedió la libertad condicional al sentenciado.

Auto N 1522 y 1523 del 11 de julio de 2023 a nombre de Juan David Ruíz Arango, por medio del cual le redimió pena y le negó la libertad condicional al sentenciado.

Auto N 1515 y 1516 del 11 de julio de 2023 a nombre de José Andrés Arredondo García, por medio del cual redimió pena y negó la libertad condicional.

Auto N 1526, 1527 y 1528 del 10 de julio de 2023, a nombre de Juan Fernando Castro Osorio, por medio del cual redimió pena y negó la libertad condicional y la prisión domiciliaria al sentenciado.

Posteriormente, se recibió del juzgado executor 6 constancias de notificación de los autos referidos, correspondiente a los señores José Andrés Arredondo García, Héctor Fabián Betancourt Granada, Nelson de Jesús Cardona Mejía, Jesús Daniel Castro Hurtado, Frank Wilmar Ospina Yepes y Juan David Ruíz Arango.

En este punto, se tornó necesario realizar un requerimiento al Establecimiento Penitenciario de Támesis, por medio de auto calendado el día 13 de julio de 2023, con el fin de que suministrara la constancia de notificación de la decisión proferida por el juzgado executor al señor Juan Fernando Castro Osorio, recibiendo efectivamente de dicho penal la constancia requerida.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017 y decreto 333 de 2021, que modificara el Decreto 1069 de 2015, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio, los señores José Andrés Arredondo García, Juan Fernando Castro Osorio, Jesús Daniel Castro Hurtado, Juan David Ruíz Arango, Nelson de Jesús Cardona Mejía, Frank Wilmar Ospina Yepes y Héctor Fabián Betancourt Granada, solicitaron se amparen en su favor sus derechos fundamentales, presuntamente conculcados por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, al omitir brindarle respuesta de fondo a sus peticiones.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del caso en concreto

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

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

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad de los accionantes es que, consideran vulnerados sus derechos fundamentales al omitir el despacho judicial encausado, pronunciarse de fondo frente a las solicitudes elevadas.

Por su parte, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, asintió que, si bien recibió peticiones a nombre de los accionantes, las mismas fueron resueltas de la siguiente manera:

Respecto al señor **José Andrés Arredondo García**, por medio del auto N 1515 y 1516 del 10 de julio de la presente anualidad, redimió pena y negó la libertad condicional, existe constancia de notificación del día 11 de julio de 2023 por medio del Establecimiento Penitenciario de Támesis.

Al señor **Juan Fernando Castro Osorio** por medio de auto N 1526, 1527 y 1528 del 10 de julio de 2023 le redimió pena, y negó la libertad condicional y la prisión domiciliaria, evidenciándose acta de notificación al penado.

En relación al señor **Jesús Daniel Castro Hurtado** por medio de auto N 1529, 1530 y 1535 del 11 de julio de 2023 redimió pena en favor del penado, negó la libertad condicional y concedió la prisión domiciliaria. Sobre las labores de notificación, la misma se efectuó por intermedio del Establecimiento Penitenciario de Támesis.

Respecto al señor **Juan David Ruíz Arango** por medio de auto N 1522 y 1523 del 10 de julio de 2023, redimió pena y negó la libertad condicional, conforme a las labores de notificación existe acta firmada por el penado.

Conforme al señor **Nelson de Jesús Cardona Mejía** por medio de auto N 1533 y 1534 redimió pena y negó la prisión domiciliaria, existiendo constancia de notificación al sentenciado.

Relacionado al señor **Frank Wilmar Ospina Yepes**, por medio de auto N 1536, 1537 y 1538 del 11 de julio de 2023, el juzgado encausado redimió pena, negó la libertad condicional y la prisión domiciliaria. Existiendo constancia de notificación al sentenciado.

Respecto al señor **Héctor Fabián Betancourt Granada** en auto N 1524 y 1525 del 10 de julio de 2023, redimió pena y concedió la libertad condicional. Auto notificado por medio del Establecimiento Penitenciario existiendo acta firmada por el sentenciado.

Así que, una vez analizado el caso concreto, se avizora que si bien el Juzgado ejecutor, no había emitido respuesta a las solicitudes elevadas por los demandantes, en el curso del presente trámite constitucional procedió a proferir las providencias por medio de las cuales resolvió dichas peticiones.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que frente a la pretensión de los accionantes, de cara a que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia se pronunciara respecto a sus solicitudes, ya se agotó, esto es, conforme al material probatorio recolectado, Sobre las labores del notificación de los autos que resolvieron dichas solicitudes, fueron remitidos al Establecimiento Penitenciario de Támesis, para lo cual existe constancia de notificación a los sentenciados del día 11 de julio de 2023.

Así las cosas, debe indicarse que, del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que, frente a la solicitud extendida por los señores José Andrés Arredondo García, Juan Fernando Castro Osorio, Jesús Daniel Castro Hurtado, Juan David Ruíz Arango, Nelson de Jesús Cardona Mejía, Frank Wilmar Ospina Yepes y Héctor Fabián Betancourt Granada, nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, lo cual torna improcedente el amparo.

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.”

Se reitera entonces, en este caso nos encontramos frente al fenómeno denominado carencia actual de objeto por hecho superado, pues que para este momento ha variado la situación que originó la acción constitucional, toda vez que en el trámite de esta acción constitucional se ha gestionado lo necesario para conseguir se ejecute el objeto de esta solicitud de amparo, por lo que perdería entonces eficacia dar una orden en tal sentido.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados por los señores José Andrés Arredondo García, Juan Fernando Castro Osorio, Jesús Daniel Castro Hurtado, Juan David Ruíz Arango, Nelson de Jesús Cardona Mejía, Frank Wilmar Ospina Yepes y Héctor Fabián Betancourt Granada, en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, al 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 de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **690e7c5335d848c883068bb3df0e6b9aa2a6a2df74536e6611ea161f3779c4b6**

Documento generado en 18/07/2023 01:50:31 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: María Stella Jara Gutiérrez

Radicación: 058376000367 2018-00350-01 **(2021-0508-3)**
Procedencia: Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo
Procesado: ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA
Delito: Acceso carnal violento agravado
Objeto: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma parcialmente
Aprobado: Acta No. 196, junio 28 de 2023

Medellín, Antioquia, veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA contra la sentencia proferida el 15 de marzo de 2021 por la Juez Primera Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, mediante la cual condenó a aquel como autor del delito de Acceso carnal violento Agravado.

HECHOS

En esencia, se indica que pasadas las 20:00 horas del 14 de septiembre de 2018, en un establecimiento abierto al público ubicado en el corregimiento de Currulao de Turbo, Antioquia, el señor ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA coaccionó bajo amenazas a la señora Verlides del Carmen Echavarría Graciano para accederla vía oral con el miembro viril y a su vez lo besara en el cuerpo; posteriormente la direccionó hacia el lugar de domicilio de ella, en donde bajo intimidación la penetró analmente en el patio, obligándola nuevamente a introducir el aparato reproductivo en la boca. Finalmente, en la cama de la víctima la obligó a lamerle el pene y los testículos y posteriormente le ordenó que se subiera encima de él para penetrarla con el miembro viril vía anal y vaginal.

Situación fáctica que fue calificada por el ente acusador como acceso carnal violento (Art. 205 C.P.), agravado de conformidad con el artículo 211, numerales 2º

y 7° del Código Penal, bajo el entendido de que el acusado previo a la comisión de los hechos desplegó conductas tendientes a enamorar a la víctima y deslumbrarla debido a la vinculación laboral en la Marina, lo cual generó que la señora Verlides del Carmen Echavarría Graciano depositara en él su confianza, pese a que hacía pocos días lo había conocido con el falso nombre de Juan Carlos. Al mismo tiempo, se aprovechó de las condiciones de vulnerabilidad de la víctima, quien era ama de casa y madre de dos hijos.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 09 de mayo de 2019, en audiencia preliminar adelantada ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Turbo, Antioquia, la Fiscalía General de la Nación le imputó a ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA la comisión del delito de Acceso carnal violento – Agravado- de acuerdo con los artículos 205 y 211 numerales 2 y 7 del C.P., cargo que éste no aceptó. Acto seguido, a petición de la Fiscalía se impuso medida de aseguramiento de privación de la libertad en establecimiento carcelario.

El conocimiento de la actuación fue asignado por reparto ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, autoridad judicial que adelantó audiencia de formulación de acusación el 29 de julio de 2019. 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 25 de octubre, mientras que el juicio oral se desarrolló en sesiones del 5 de noviembre, 4 de diciembre de la misma anualidad y los días 4 y 11 de marzo; 1 de octubre, 18 de noviembre, 7 de diciembre de 2020 y 20 y 26 de enero de 2021, fecha última donde se emitió el sentido del fallo de carácter condenatorio. Enseguida se dio trámite a la individualización de la pena, tal como lo prevé el artículo 447 del C.P.P., y el 15 de marzo de 2021 se llevó a cabo la lectura de la sentencia. Contra esa decisión la defensa interpuso recurso de apelación que ahora resuelve la Sala.

SENTENCIA IMPUGNADA

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

ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA, como autor del delito de Acceso carnal violento agravado.

Al inicio del juicio oral quedó probado con las estipulaciones la plena identidad del acusado y la actividad laboral que desempeñaba como integrante de las Fuerzas Armadas para la época de los hechos.

Luego de realizar un resumen de las declaraciones practicadas en sede de juicio oral, el *A quo* determinó que la Fiscalía logró acreditar la materialidad de la conducta punible de Acceso carnal violento agravado cometida en contra de la señora Verlides del Carmen Echavarría Graciano, en la noche del 14 de septiembre de 2018, en el corregimiento de Currulao, así como la responsabilidad penal del procesado ARGEMIRO FARAEL PEREIRA RIVERA, pues prácticamente todos los testigos de cargo lo ubicaron en la residencia de la víctima en la mañana y noche de los hechos.

Para el fallador de primera instancia, la declaración rendida por la víctima amerita credibilidad, en tanto fue coherente no sólo en la declaración rendida en estrados, sino en todas las versiones suministradas a familiares, amigos, vecinos y profesionales del área de la medicina y psicología, en donde refería que pocos días antes de la ocurrencia de los hechos había conocido al acusado en la Clínica Panamericana de Apartadó, en donde este se le presentó con el nombre falso de Juan Carlos, ante la insistencia del hombre le suministró el número de celular, quedando en contacto vía WhatsApp y llamadas telefónicas.

Situación factual que consideró como indicio del comportamiento desviado por parte del agresor, quien bajo una falsa identidad y presentación como integrante de la Marina se ganó la confianza de la víctima, al punto de convencerla para que le permitiera visitarla en su domicilio en la mañana del 14 de septiembre de 2018, evento del que no descarta la posibilidad que entre Verlides del Carmen y Argemiro Rafael hubiera podido ocurrir algún encuentro sexual, tal y como lo aseveró el procesado en su declaración, lo cual de ninguna manera desacreditaba los hechos de violencia sexual que ejerció sobre la mujer en horas de la noche del mismo día.

Con relación a este punto, resaltó que la actitud asumida por el procesado al momento en que la víctima recibió una llamada en horas de la mañana denotaba ciertamente una personalidad posesiva sobre la mujer, pues, incluso, horas más tarde

vía telefónica le recriminó el hecho aduciendo que todas las mujeres eran iguales, no obstante, la invitó a salir con la intención de ejercer violencia sexual en su contra.

Profundizó indicando que, ciertamente del relato de la víctima se desprendía la violencia ejercida por ARGEMIRO RAFAEL en contra de ella, lo cual fue determinando para alcanzar su cometido, en tanto las amenazas de muerte en contra de ella y sus dos hijos, a quienes pretendía proteger bajo cualquier circunstancia, limitaron su capacidad de autodeterminación y decisión, impidiendo por demás que pudiera reaccionar repulsivamente.

Para el *A quo*, el acceso carnal violento quedó demostrado no sólo por el relato de la víctima, sino también por los hallazgos clínicos encontrados en su cuerpo, como lo eran edema en el tórax, equimosis en ambos brazos y dos fisuras en el recto anal hacia las 12:00 y 1:00 horas de las manecillas del reloj. Aunado a lo anterior, dio peso a la valoración psicológica, la cual dio cuenta que el estado anímico de la víctima obedecía a relaciones sexuales no consentidas, pues su comportamiento estaba atravesado por llanto, tristeza, insomnio, inapetencia, pensamientos suicidas y sentimientos de culpa por haber permitido que un desconocido llegara a su vida, lo cual era propio de víctimas de violencia sexual.

Además, encontró que no existía motivo alguno para que la víctima realizara tales aseveraciones en contra del acusado, pues no se demostró que hubiera ocurrido conflicto alguno entre estos dos y que, por el contrario, las pruebas de la defensa en nada desligan al justiciable ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA MENDOZA del lugar de ocurrencia de los hechos y, finalmente, concluyó que la confianza generada en la víctima fue determinante para la ejecución de la conducta, aunado a que previamente había conocido sus condiciones familiares y sociales que la ponían en un estado de vulnerabilidad manifiesta.

Por lo anterior, dictó sentencia condenatoria en contra de ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA, al hallarlo penalmente responsable en calidad de autor, del delito de Acceso carnal violento agravado, imponiendo la pena principal de ciento noventa y dos (192) meses de prisión y una accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena corporal. Sanción sobre la cual negó la suspensión condicional de su ejecución, así como la sustitución intramuros por la del domicilio, atendiendo a la prohibición legal descrita en el Artículo 68A del C.P.

DISENSO

La defensa inconforme con la decisión de primera instancia solicitó que se revoque y, en su lugar, se profiera sentencia absolutoria, aduciendo las siguientes razones:

En primer lugar, advierte que en el caso de marras existen hechos ciertos e irrefutables, como lo es que pasadas las 20:00 horas del 14 de septiembre de 2018, el señor ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA sostuvo relaciones sexuales con la señora Verlides del Carmen Echavarría Graciano, las cuales se dieron en un primer momento en un sitio abierto al público del corregimiento de Currulao de Turbo, Antioquia, consistente en sexo oral y besos en el cuerpo de su representado y posteriormente en el patio de la casa de Echavarría Graciano, donde la penetró vía anal y vaginal, pero, en estos dos eventos, bajo acuerdo de voluntades.

Dijo que la juez de instancia edificó la sentencia de condena con base en el ocultamiento del nombre real de su representado para con la víctima, lo cual interpretó como una personalidad agresiva; el lenguaje soez y amenazante del acusado durante la estadía en el bar; el golpe que recibió la víctima durante el traslado del bar hacia su domicilio y las valoraciones físicas y psicológicas.

Aspectos que habría valorado desde una perspectiva de género que le impidió hacer un raciocinio adecuado desde la sana crítica y las reglas de la experiencia, pues, si bien reconoció que probablemente en horas de la mañana del mismo día de los hechos la víctima había tenido relaciones sexuales consentidas con su representado, pasó por alto que ello no compaginaba con la violencia física y moral presuntamente ejercida por el acusado para continuar con los actos sexuales, tanto así que en horas de la noche salieron a un establecimiento público donde realizaron actividades de esa naturaleza y posteriormente, para mayor privacidad acudieron al domicilio de la presunta víctima, en donde se encontraba Lorena Margarita Duarte Echavarría, hija de aquella, en compañía joven Jerson Lemus González, los cuales en sus declaraciones no dieron cuenta sobre comportamientos extraños relacionados con miedo o desconfianza de Verlides del Carmen al momento de ingresar al inmueble con ARGEMIRO RAFAEL.

Señaló que fue sólo hasta después de haber sostenido relaciones sexuales en la cama de la mujer cuando esta cambió su comportamiento, en razón a que revisó los

documentos de identidad del acusado encontrando que no se llamaba tal y como se había presentado al momento de conocerla, lo cual desencadenó un pánico injustificado que la llevó a manifestar que ARGEMIRO se encontraba armado y quería matarlos, saliendo despavorida del inmueble con la hija y el joven que la acompañaba.

Asunto en donde el *A quo* debió valorar el comportamiento de su representado, pues no era lógico que hubiera pernoctado con total tranquilidad esa noche en el inmueble de la víctima, a sabiendas que esta había salido de allí con la intención de poner los hechos en conocimiento de las autoridades.

En segundo término, expuso que el fallo carecía de fundamentación probatoria frente a las circunstancias específicas de agravación punitiva descritas en los numerales 2º y 7º del artículo 211 C.P., pues, en primer lugar, si bien era cierto que su representado pertenecía a las Fuerzas Armadas de Colombia, ello no implicaba un estado de subordinación de la víctima, pues lo que se sanciona es el abuso de la posición y no la mera pertenencia a una institución, aunado a que Verlides del Carmen no refirió nada al respecto en su declaración.

Y, en segundo término, no se acreditó en sede de juicio oral cuál era la condición padecida por la víctima y de la que presuntamente se había aprovechado el procesado, pues la juez *a motu proprio* señaló que la ofendida era una madre cabeza de familia, sin aterrizar probatoriamente el conocimiento y voluntad de ARGEMIRO RAFAEL para sacar provecho de ello.

PRONUNCIAMIENTO DEL NO RECURRENTE

El Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Turbo, Antioquia, en calidad de sujeto procesal no recurrente, solicitó dejar incólume la decisión de primera instancia, pues los motivos del disenso expuestos por la Defensa no contradicen la valoración del *A quo*, en tanto están encaminados a generar confusión, a través de manifestaciones que no fueron aducidas en juicio.

Esto, por cuanto, en su criterio, nunca se probó que ARGEMIRO RAFAEL y Verlides del Carmen hubieran sostenido una relación sexual en horas de la mañana del 14 de septiembre de 2018, lo cual descarta el consentimiento de la víctima, pues en ese momento tan sólo compartieron un desayuno entre amigos, evento que se vio

interrumpido por una llamada recibida por la víctima, lo cual conllevó a la primera discusión entre estos, sin que pueda decirse que por algún grado de confianza se puede inferir el consentimiento por parte de la mujer para llevar a cabo los actos sexuales.

De otro lado, aseveró que el consentimiento de la víctima desde el inicio estaba viciado, atendiendo a que el acusado le había mentido sobre su verdadera identidad, lo cual genera un claro error sobre la persona. Mentira que habría sostenido hasta el momento de los hechos, pues había propendido por generar confianza en Verlides del Carmen aduciendo su vinculación a las Fuerzas Armadas, dejando ver su verdadera personalidad hasta los dos eventos en que la mujer recibió llamadas telefónicas, siendo esta última la ocasión en la que la forzó y degradó bajo claras manifestaciones de rechazo hacia la mujer, lo cual evidentemente debía valorarse desde una perspectiva de género.

Culminó indicando que para el caso de marras se adujo en juicio suficiente información respecto de la ocurrencia de los hechos, de los cuales no sólo da cuenta la víctima, sino también los testigos de corroboración periférica; la prueba pericial que daba cuenta de la violencia sexual padecida por la ofendida y datos referentes a las circunstancias anteriores y posteriores a estos acontecimientos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al tenor de 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.

La divergencia en el presente asunto gravita, sustancialmente, en estudiar si fue acreditada en el grado de conocimiento más allá de toda duda el elemento normativo de la violencia que exige el tipo de acto sexual violento, cometidos presuntamente por ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA en contra de la libertad, integridad y formación sexual de Verlides del Carmen Echavarría Graciano, pues la ocurrencia de ese encuentro sexual ocurrido en la noche del 14 de septiembre de 2018 entre víctima y victimario no es un tema que ofrezca controversia entre las partes.

De conformidad con lo reseñado, la Sala debe determinar: (i) si las pruebas practicadas y debatidas en juicio oral permiten establecer más allá de toda duda, como lo establece el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que el procesado ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA accedió carnalmente a la señora Verlides del Carmen Echavarría Graciano, sin que mediara su consentimiento y de manera violenta, al tiempo, habrá de analizar el Tribunal si se debe juzgar el caso con perspectiva de género, dado que se trata de un asunto de violencia sexual en contra de una mujer, especialmente si se vislumbraban escenarios de discriminación que exija elucidar la prueba y apreciarla de manera diferente con el fin de romper con la desigualdad.

Con miras a resolver el problema jurídico planteado, lo primero es indicar 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.

Teniendo en cuenta el tema en divergencia, 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 en juicio oral y si se debe juzgar el caso con criterios de género; 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.

Por su parte, el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 prevé el principio de libertad probatoria, de acuerdo con 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 mismo 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»¹.

En referencia a la descripción típica del delito de acceso carnal violento, el artículo 205 prevé: “*El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia*.”. Por su parte el artículo 212 define el concepto de acceso carnal en los siguientes términos: “*Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto*”.

En relación con el ingrediente normativo de la violencia, según la Corte Suprema de Justicia², puede ser física o moral, así lo expresó:

“...La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 29 de junio de 2009. Rad. 26909.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 23 de enero de 2008, radicación 20413.

disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

(...) “La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados” 1 . Igualmente, la Sala ha considerado que estas formas de violencia “[...] son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas)” 2 . Resaltando que “[...] lo importante no es especificar en todos y cada uno de los casos la modalidad de la violencia empleada por el agresor, sino la verificación desde un punto de vista objetivo y -ex ante- que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima”

A su vez, ha expresado la citada Corporación que el empleo de la violencia no debe ser concomitante a las acciones que configuran el acceso carnal o acto sexual ni exige para su comprobación manifestaciones externas de la víctima³, pues:

“Importa recabar y volver la atención una vez más hacia la violencia que, como bien lo señaló el procurador recurrente con apoyo en la doctrina española, no es la que se emplea en la realización del comportamiento sexual reprochado sino la utilizada para doblegar la voluntad de la víctima.

[...]

“Ciertamente, la violencia no necesariamente depende en todo caso de la prolongación en el tiempo de la ejecución de los actos reales o presuntos en virtud de los cuales una persona pretenda imponer su voluntad sobre la de otra, de manera que el factor temporal no es siempre determinante de su existencia...”, Pero sí es claro, se insiste, que [...] sólo puede tener esa connotación la fuerza o la coacción dirigida a vencer la resistencia”

4 . Por lo tanto, “la violencia (física o moral) [...] no puede identificarse con la que se emplea para consumar el acceso antijurídico, ni mucho menos con el tiempo que puedan durar los vejámenes”

Este elemento normativo del tipo, por lo demás, no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de ésta)⁴ , ni tampoco es indicio de un acceso no violento o consentido el que la persona agredida tenga relaciones pocas horas después de lo sucedido, por cuanto “[...] para la efectiva materialización del comportamiento sólo es menester la realización de ‘acceso carnal con otra persona mediante violencia’, esto es, que el sujeto agente quebrante la voluntad del sujeto pasivo a través de actos de fuerza física o moral, para obligarla a permitir la penetración anal, vaginal u oral del miembro viril, o de cualquier otro objeto o parte del cuerpo humano [...] “Y ello es así, porque lo tutelado en particular mediante ese delito es la libertad de la persona referida a la capacidad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea”⁵.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 17 de septiembre de 2008, radicación 21691.

⁴ Ibidem

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 4 de marzo de 2009, radicación 23909.

El artículo 211 agrava, entre otros delitos, al tipo penal de acto sexual violento según los numerales 2 y 7 cuando:

“El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.”

“Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio.

El deber de juzgamiento con perspectiva de género está a cargo de los funcionarios judiciales para que, durante la dirección del proceso, superen las situaciones de debilidad en que está la parte históricamente excluida, impidiendo de esa forma reproducir modelos discriminatorios que no permitan aproximar la justicia al caso concreto.

Según el ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, *“la violencia contra la mujer es quizás la más vergonzosa violación de los derechos humanos. No conoce límites geográficos, culturales o de riquezas [y] mientras continúe, no podremos afirmar que hemos realmente avanzado hacia la igualdad, el desarrollo y la paz”*⁶.

De otra parte, la discriminación de género cuenta con protección internacional siendo de mayor relevancia la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW (1981); la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993); y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Todos procedentes de algunas dependencias de la Organización de Naciones Unidas, ONU. A nivel regional proscribire este modelo de discriminación la Organización de Estados Americanos, OEA, en las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos e Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”(1995).

En el artículo 13 de la Carta Política se destacan varias condiciones que al ser ostentadas por determinados grupos poblacionales demandan un trato diferenciado a fin de robustecer a su favor la oportunidad de ejercer el derecho a la igualdad desde un enfoque material y no puramente formal. Uno de estos factores está relacionado con la

⁶ Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Introducción, página 1.

discriminación, el cual debe ser excluido a través de diferentes acciones por parte del Estado y sus agentes, acorde con su función, tal como lo ha hecho la Corte Constitucional al incluir en su línea jurisprudencial el criterio interseccional como una herramienta de hermenéutica jurídica, aplicable esencialmente a contextos de violencia de tipo sexual como la que se ventilado en el presente caso, el cual es expuesto entre otras, en la sentencia T-448 de 2018 y que en los apartes relevantes para nuestro estudio enuncia:

«Las víctimas de violencia sexual resultan expuestas a un mayor grado de vulnerabilidad y de afectación de sus garantías constitucionales y legales cuando se enfrentan a múltiples factores de discriminación simultáneamente. Ante la colisión de diversos componentes de desigualdad se ha implementado el concepto de interseccionalidad, el cual permite, por un lado, comprender la complejidad de la situación y, por otro, adoptar las medidas, adecuadas y necesarias para lograr el respeto, protección y garantía de sus derechos. Concepto que se ha ido desarrollando en los casos de violencia cometidos contra la mujer, respecto de las cuales por su género, per se están expuesta (sic) a factores estructurales de desequilibrio en la sociedad.»

En la sentencia T – 458 de 2007, la Corte Constitucional hace un recuento jurisprudencial en sede de tutela y de Casación Penal, patentizando una propensión progresiva a la protección de la dignidad e intimidad, en general de las víctimas de delitos sexuales dentro del proceso penal, independientemente del sexo o la edad, estableciendo los siguientes derechos a su favor:

*«1) El derecho a que se garantice su acceso a un recurso legal efectivo, de tal manera que se asegure la efectividad de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación; 2) El derecho a expresar sus opiniones y preocupaciones y a ser escuchadas, y a que se les comuniquen todas las decisiones que puedan afectar sus derechos; 3) El derecho a ser tratadas con respeto y consideración durante todo el proceso judicial y a que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a una segunda victimización, por ejemplo, reduciendo las molestias que puedan causarle las diligencias que se adelanten en el proceso, tales como contactos directos con el agresor, repetición innecesaria de exámenes o pruebas, etc.; 4) El derecho a ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación; 5) **El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima;** 6) El derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en su vida íntima. 7) El derecho a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad; 8) El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen; 9) El derecho a que la investigación penal se adelante con seriedad y objetividad y esté orientada al esclarecimiento de la verdad y al logro de la justicia...» (Negrillas fuera del texto).*

Más adelante agregó:

*«Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará: a) **El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;** b) **El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;** c) **El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;** d) **La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.**» (Negritas fuera del texto).*

Descendiendo al caso en concreto se tiene que ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA fue acusado y condenado en primera instancia, en calidad de autor del delito de actos sexual violento agravado (Arts. 205 y 211 numerales 2 y 7), por unos hechos ocurridos el 14 de septiembre de 2018, sobre las 8 de la noche, en el corregimiento de Currulao de Turbo, Antioquia, en varias oportunidades y en distinto lugares, mediante violencia moral y física penetró vía anal, vaginal y oral a la señora Verlides del Carmen Echavarría Graciano.

En la audiencia de juicio oral, a instancia de la Fiscalía, se practicaron los testimonio de Verlides del Carmen Echavarría Graciano, Luvis Díaz Mendoza, Yerson Lemos González, Lorena Margarita Duarte Echavarría, Kelly Jimena Ruiz Barboza, Yesenia Judith Vásquez Diaz, Fanny Yolanda Torres Ramírez, Juan Ramiro Rojas González, Oswaldo Andrés Ávila Sánchez, Gloria Cecilia Velazco Polo, Yacira Córdoba Mena y Pastor William Cano Ruiz. Por parte de la defensa rindieron declaración Arelis Benítez Vásquez, ARGEMIRO RAFAEL PERIRA RIVERA y el investigador Adalberto Córdoba Berrio.

El Juzgado, tras considerar que las anteriores pruebas acreditaban los requisitos de la condena consagrados en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, profirió en contra de ARGEMIRO RAFAEL PERIRA RIVERA sentencia de esa naturaleza en calidad de autor de delito de acceso carnal violento agravado, acorde con lo preceptuado en los artículo 205 y 211 numerales 2 y 7 del código penal. La defensa, interpuso en contra de esa decisión el recurso de apelación para que sea revocada y, en lugar, se absuelva a su representado. Para ello indicó que los encuentros sexuales entre el acusado y Verlides del Carmen Echavarría Graciano ocurridos en la mañana y en la noche del 17 de septiembre de 2018, fueron consentidos por ella, negando rotundamente haber ejercido violencia en su contra. Subsidiariamente, solicitó absolución por los agravantes imputados, con fundamento en los numerales 2 y 7 del artículo 211 del código penal, ante la falta de demostración.

Tal como se anticipó, debe expresar el Tribunal que de la intervención del recurrente y los no recurrentes e incluso de la versión jurada ofrecida por el acusado ARGEMIRO RAFAEL PERIRA RIVERA, en el juicio oral no se discutió que entre Verlides del Carmen Echavarría Graciano y el acusado haya ocurrido dos encuentros sexuales, en la noche del 17 de septiembre de 2018, uno en establecimiento público a donde acudieron a departir y el otro en la casa de la señora Echavarría Graciano. La discrepancia se ubica fundamentalmente en si ese contacto sexual entre los antes mencionados se llevó a cabo con el consentimiento de la señora Verlides del Carmen o si para ello fue sometida por ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA infiriéndole violencia moral y física. Es a partir de este planteamiento donde cobra importancia el juzgamiento del caso con criterios de género.

Para resolver la cuestión considera la Sala necesario reseñar lo dicho por los principales testigos, pues tanto la víctima como el acusado rindieron testimonio en el juicio oral y sobre ese aspecto relativo a la violencia como elemento normativo del tipo ofrecieron versiones discordantes. Entonces, se valorará individualmente cada versión y luego se estimarán en conjunto con los demás elementos de conocimiento con el objeto de establecer cuál de ellas ostenta credibilidad y de ese ejercicio deducir si las pruebas válidamente aportadas al proceso permiten llegar al nivel de conocimiento necesario para sostener la sentencia de condena por el delito que fue acusado el señor PEREIRA RIVERA.

Pues bien, Verlides del Carmen Echavarría Graciano comentó los hechos ocurridos el 14 de septiembre de 2018, en el corregimiento de Currulao de Turbo Antioquia, días después de conocer a ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA, el 11 de septiembre de 2018, en la cafetería de la Clínica Panamericana. Ese día fue abordada por este quien se presentó como Juan Carlos y como miembro de la Armada Nacional, le pidió el número telefónico y ella le dio uno equivocado; sin embargo, como el hombre alcanzó a escuchar cuando ella dijo cuál era el número durante la encuesta de atención, él tomó el número correcto, luego le realizó varias llamadas mostrando interés en conocerla.

El 14 de septiembre la llamó para decirle que se encontraba en la Estación de gasolina a donde ella acudió en compañía de su menor hijo, luego se dirigieron para la casa y el hombre le dio dinero al niño para que comprara lo del desayuno, entre tanto, ellos permanecieron en la vivienda y se besaron. Cuando desayunaban en

compañía de los dos hijos de Verlides del Carmen, esta recibió una llamada y ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA se disgustó y se retiró del lugar. Ella, momentos después, lo llamó y él no le contestó, pero le devolvió la llamada para recriminarle, diciéndole que todas las mujeres eran iguales. Más tarde le realizó varias marcaciones para invitarla a salir y ante la insistencia aceptó. Así se refirió la testigo:

“Yo denuncié a esta persona porque yo lo conocí el 14 de septiembre. El cual él se me acercó y lo conocí en la Panamericana. Esta persona se me acercó, se me presentó en prácticamente no sé, yo, me monté el ascensor, yo bajé él estaba como pendiente, como de mí, se me presentó cuando estaba en la cafetería y me dio su nombre, me dijo que se llamaba Juan Carlos. Y que era de la armada. Y me pidió mi número telefónico. Él, automáticamente, pues yo ahí no tuve sexo con él, yo me entré y me hice el examen que tenía que hacerme y me quedé en la panamericana, aún con mi hermano, que estaba allá. Después esta persona me llamó y me dijo que si me iba a recoger, le dije que tenía vueltas que hacer y que tenía que ir donde mi mamá. Cuando me vine para Apartadó me hizo muchísimas llamadas. Dios tanto fue hasta patología donde yo estaba con mi mamá, yo cuando lo vi me llamó y estaba afuera. Después me esperó en ese semáforo y hasta a mi mamá le dije mamá ese tipo porque me está llamando tanto. Bueno, las cosas quedaron así, tuvimos unas llamadas telefónicas, el señor se presentó, pues me hablaba una persona como muy honesta, muy seria y pues muy, pues era muy educado. Bueno, pasaron esos días, tuvimos comunicación por por, pues el más me llamaba que lo que me hablaba por el WhatsApp. Eh. Pasado ese tiempo, el día, pues el día que, el 14, él me llamó y me dijo que estaba en la en la bomba de de de currulao que sim Podía ir a mi casa. Yo le dije que no porque pues yo apenas tenía como 20 días de estar viviendo en esa casa. Y que eso por allá era peligroso, pues por lo que él me dijo que era la armada, insistió e insistió en ir, yo lo vine a recoger con mi niño afuera de donde vivo, de mi casa, y él fue hasta mi casa. Entró en mi casa, pues yo se lo presenté al niño, el niño dijo que no había desayunado y esto le dio diez mil pesos al niño y el niño fue y compró cerdo, yo les hice el cerdo cocinado pues y le di comida entonces se levantó pues mi niña, se la presente estuvieron hablando, ellos más hablaron porque yo me la pasé fue pues cocinando, le serví la comida y yo recibí una llamada telefónica, yo me fui para afuera a hablar por teléfono. Cuando yo me fui para hablar por teléfono, el señor ese se paró y se fue como como enojado, después yo, como a la una, no, más, cuando yo le llamé le dije que porque había sido así, pero a mí no me contestó, sino que él me devolvió la llamada y me dijo que yo tenía, pues tenía otras personas, y yo le dije, pues yo no tengo nada con usted. Entonces, de ahí empezamos a hablar, me dijo que no, que él me volvía a llamar, de ahí me volvió a llamar y me dijo que saliéramos, yo le dije que no. Después vuelve y me llamó y me insistió en lo mismo y después me volvió a llamar y yo le dije a mi hija, entonces mi hija me dijo, mamá, pero salga con el señor que me cayó bien.”

A eso de las ocho de la noche Verlides del Carmen se encontró con el acusado y se dirigieron a departir en un establecimiento ubicado en inmediaciones de la trilladora, pidieron cerveza y dialogaron, 20 minutos después el hombre se tornó agresivo y grosero con Verlides del Carmen, insultándola y amenazándola con hacerle daño a ella y a sus dos hijos, entonces le ordenó que le practicara sexo oral, ella con la mirada buscó el tendero, pero no lo vio, entonces se vio obligada a hacer lo que este le pedía, entre tanto la insultaba y le recriminaba porque le estaba “poniendo

cachos”, cuando “termina” él le quitó el celular y se dirigió a pagar la cuenta, se devolvió y continuó lanzándole improperios, le ordenó que se parara de la silla porque debían irse. Yendo en la moto, en el puente de la trilladora, detuvo la marcha y le pidió que se bajara de la motocicleta y con el casco la golpeó en el pecho, le exigió la clave del celular porque él ya sabía que le era infiel y le dañó el teléfono, ella le suplicaba que no le hiciera daño por los hijos y por la mamá. Luego le ordenó que se subiera a la motocicleta para ir a la casa, ella le pidió que mejor fueran a un hotel y le insistía en que no hiciera daño a sus hijos y le advirtió que ella no se merecía ese trato. Así refirió estos hechos la testigo:

“El señor me vino a recoger más o menos como tipo ocho de la noche. Lo más impresionante es que nunca había conocido, supuestamente no, y llegó derecho a mi casa, a mi casa que era retirada en ese momento. Eso era de ahí. Cuando nosotros íbamos saliendo, el venía ya entrando, mi hija se fue a comer una salchipapa con el niño que estaba en la casa. Bueno, yo me fui con él, nos sentamos, pedimos dos cervezas y estábamos hablando de la mamá, yo le estaba preguntando por ella porque me dijo que su mamá tenía cáncer y que esto y estas cosas. Y, de repente, se me quedó mirando así y me dijo que yo era una perra hijueputa malparida que no me había matado en la mañana porque, porque no sé, o sea, no. No sé qué le había dado, pero que yo lo que merecía eran diez tiros porque le estaba pegando, pues pegando los cachos. Y automáticamente empezó a manejar así esa situación. Así, y ahí ya me amenazó. Me dijo que si hacía o algo o algo por el estilo mataba a los HP de mis hijos. Yo, siempre me tuvo sobre debajo de esa amenaza que tenía que... (la víctima respira profundo y empieza a hablar con voz quebradiza) pero que tenía que chupárselo, ahí estábamos. Y siempre me decía eso, entonces yo le dije que nos fuéramos para un hotel, que yo le hacía todo lo que él quería, pero que a los hijos míos no les hiciera daño. Él me decía que si hacía algo así corría que él sabía dónde vivía mis hijos y que iba y los mataba. Había estado una vez bajo amenaza y juré que, que nunca iba a permitir que a mi...que me volviera a pasar algo así, pero el temor de que llegara primero que yo y matara a mi hija... él se paró a pagar las cervezas, o sea ahí me dijo que ya sabía lo que me iba a pasar, que tenía, pues... entonces él, él, yo me subía a la moto y la arrancaba, en la moto me obligó a ponerme el casco ya dijo, pues que me iba, pues me dijo que ya sabía lo que me iba a pasar.

Cuando llegamos a la calle, porque donde el establecimiento donde estaba queda en la calle central, cerquita se metió y casi nos cogió un carro. Yo pensé que iba a coger derecho para los lados de turbo, pues yo dije, me voy a morir, cierto? Fue lo que pensé. Cuando cruzamos él cogió por la calle que eso lo llamaban ahí La trilladora, cuando pasamos hacia adelante, es oscuro, ahí paro la moto. Y me dijo que me bajara de la moto cuando yo me bajé de la moto me metió un golpe en el pecho y yo caí sentada en el suelo, cuando yo me intenté parar me golpeó con el casco en la cabeza y siempre me decía cosas horribles, hijueputa perra malparida y me trataba como si yo fuera la mujer de él y yo le tenía que decir que sí era la mujer de él y que yo sí iba a vivir con él. O sea era una cantidad de cosas horrible. Yo traía una cadena acá en el cuello, me la partió. Y ahí me volvió a mandar otro golpe y me lo pegó en la cabeza y ahí me cogió el celular, me obligó a que le diera la contraseña del celular y cuando yo le di la contraseña del celular me dijo Viste o sea porque él me quitó el celular, él me quitó el celular antes de que saliera molesto y ya yo había llamado a mi hija, pero mi hija no me contestó mientras el pagaba la cerveza no me contestó, ya él me quitó el celular ya yo no pude, pues hacer nada. De ahí me reventó el celular contra el pavimento lo cogió y se lo echó en el bolsillo ya partido, o sea,

me obligó que diera la contraseña y me dijo vio que eres una malparida, una perra hijueputa no sé qué y entonces yo le decía que... yo en ese momento me acordé algo que yo había visto en un caso de eso, entonces yo le decía que yo lo amaba, que por favor no me pegara, que yo yo cambiaba el celular que yo hacía lo que él quisiera. Y de ahí me dijo que me volviera a montar en la moto. Ya yo iba por ya, no pude, porque el golpe que me dio no me dejaba como respirar bien. Me obligó a ponerme el casco, siempre me obligaba que me tenía que poner el casco y agarre y agarró el camino derecho, derecho para mi casa”.

Llegaron a la casa de Verlides, ARGEMIRO PEREIRA le ordenó seguir hasta el fondo, es decir, hasta el patio. En ese lugar diciéndole expresiones vulgares y amenazantes la accedió con el miembro viril por el ano, por la boca y la sometió a otros vejámenes. En un instante le pidió que la dejara ir a tomar agua, se cubrió el cuerpo con una toalla y se dirigió a donde estaba la hija y un joven amigo de ella, angustiada les indicó que debían huir porque estaban en riesgo de morir, al comienzo no le creyeron y luego salieron despavoridos a la casa de una amiga llevándose el bolso de ARGEMIRO RAFAEL, al revisar los documentos que tenía se enteró que no se llamaba Juan Carlos, como éste se lo había dicho.

Así comentó la testigo estos hechos:

“Llegamos a mi casa y me dijo que tenía que caminar por delante, porque si yo no caminaba por delante, ya sabía lo que iba a pasar, mataba a la HP de mi hija y el HP del amigo, o sea, a Yerson. Llegamos y pasamos derecho y me obligó en la parte de atrás, cuando llegamos a la parte de atrás me dijo que no hiciera nada porque ya sabía lo que iba a pasar, que nos iba a levantar a puñaladas y que nos iba a matar. Yo pensé en correr, pensé defenderme pero mi hija tiene un problema y es operada del corazón. Y, debido a eso, pues ella no lo sabe, le dan ataques de epilepsia. Entonces yo... me daba miedo, que yo pudiera correr y mi niña no (la víctima comienza a llorar). Entonces yo le decía que por favor que me hiciera lo que quisiera, pero que no, pues que no le fuera a hacer daño a ella. De ahí me obligó a bajarme los pantalones (respira profundo) y me penetró anal. Y mientras lo hacía, me decía, Perra Hijueputa Malparida eso es lo que mereces por cachona. Tantas cosas. Después me obligó a meterme su pipi en la boca (la testigo llora profusamente) y ahí me llevó a la cama. Y me dijo que me quitara el pantalón, yo le decía que por favor que ya que por favor no me hiciera más nada, y me dijo que lo hiciera porque si no sabía lo que iba a pasar. Y ahí me obligó que tenía que lamerle las bolas, entonces a mí se me ocurrió una brillante idea de decirle que me dejara tomar agua, que por favor que yo lo amaba, que me dejara tomar agua, que yo tenía mucha sed, que tenía mucha sed. Y él a lo último accedió me dijo que estaba pendiente, que si hacía o alguna cosa, ya sabía lo que me pasaba a mí ya los HP pues de mis dé de lo de mí de la niña. Yo me paré y fui, o sea, yo iba apenas con la ropa interior. Me envolví en la toalla y caminé hasta allá cuando iba por el pasillo pensé todo. Yo tengo un hermano que lo matara pensé en que me ayudara, y que me diera el aliento si podía correr. Y miré a mi hija, que estaba en la silla con el amigo, riéndose. Y le dije que corrieran, que nos iban a matar. Corrimos a la casa de la vecina. Ellos corrieron por un lado de acá, por donde estaba la moto de él y yo corrí por este lado de acá y llegamos a la casa de la única señora que siempre me había brindado amistad y yo le toqué corriendo porque la casa de acá tenía reja y tenía de todo esto y yo decía pues que mientras la señora abría la reja y

*todo eso pues él nos alcanzaba, la señora nos abrió y allí nos encerramos.
Llamamos a la policía, hicimos de todo, pero la policía nunca fue...”*

Al día siguiente Verlides del Carmen fue al hospital por un fuerte dolor en la pierna y en el pecho debido a los golpes propinados por el señor PEREIRA RIVERA siendo hospitalizada tres días. Dijo que por estos hechos se encuentra en tratamiento psicológico, ya que siente temor por ella y por sus hijos, también culpable por haber dañado su vida y la de sus descendientes, al punto que decidió vender su casa.

El relato de Verlides del Carmen se ofrece creíble, es coherente y circunstanciado contó con respaldo emocional, pues mientras relataba esa cruel y devastadora historia de abuso sexual a la que la sometió el acusado, exhibió manifestaciones anímicas como angustia y un llanto desconsolador, lo cual permite afirmar que su dicho es veraz, pues denota que ella sí vivió esa lamentable experiencia, la cual le causó graves problemas de salud mental, tal como ella lo afirmó.

De otra parte, para la Sala, fortalece la credibilidad de la deponente la corroboración de su relato con las demás pruebas del proceso, excepto las practicada por solicitud de la defensa. Veamos:

Lorena Margarita Duarte Echavarría, hija de la víctima comenta, sobre lo ocurrido el 14 de septiembre de 2018, que ese día su progenitora sufrió un daño por parte de ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA, a quien hacia pocos días había conocido. Coincide con su progenitora al expresar que el día de marras, sobre las nueve de la mañana, llegó a su casa el procesado y mientras desayunaban timbró el teléfono del celular de la mamá y ella contestó, razón por la cual el hombre se enojó y se fue del lugar, pero a las seis de la tarde se enteró que la había llamado nuevamente para invitarla a salir y que su mamá había aceptado.

Estando en la casa con un amigo, siendo las nueve de la noche, vio que su mamá regresó en compañía de ARGEMIRO, saludaron y se dirigieron al fondo, esto es, al patio de la vivienda, luego de un tiempo vio a su mamá salir con la blusa puesta y envuelta en una toalla, fue a la cocina a tomar agua y les pidió angustiada que corrieran porque estaban en peligro, por lo que se dirigieron todos a la casa de una vecina y amiga de Verlides del Carmen. Comenta que en la mañana mientras estuvo de visita el procesado y el niño salió a comprar lo del desayuno, permaneció en la casa y no escuchó ruidos ni nada fuera de lo normal.

Yesenia Judith Vásquez Díaz, quien, tal como lo mencionó Verlides del Carmen, vivían en el mismo sector del barrio El Progreso de Currulao. Respecto de los hechos, ocurridos en la noche del 14 de septiembre de 2018, comentó que a eso de la 11 o 12 de la noche llegaron a su casa Verlides del Carmen y su hija llorando y pidiendo ayuda debido que en su casa se encontraba alguien, les brindó refugio y a las seis de la mañana del día siguiente se fueron. Escuchó decir esa noche que a Verlides la había abusado sexualmente Juan Carlos Rivera Pereira.

Los médicos que al día siguiente atendieron en el hospital a Verlides del Carmen, también son contestes al sostener que la mujer llegó al servicio de urgencias por un dolor en el estómago y por un presunto abuso sexual, por lo que desde ese instante se activó el Código Fucsia, un protocolo previsto por el sistema de salud para atender casos de pacientes presuntamente víctimas de abuso sexual. También refirieron que Verlides del Carmen presentaba trauma torácico y tres desgarros en el ano, lo cual coincide con las manifestaciones de la víctima en juicio oral.

El Doctor Oswaldo Andrés Ávila Sánchez, quien desde el año 2013 laboraba para el Hospital Francisco Valderrama, recordó que la señora Verlides del Carmen acudió al servicio de urgencias del hospital, el 15 de septiembre de 2018, a eso de las dos de la tarde. Del examen corporal evidenció tres fisuras en la región anal y un golpe en la zona de las costillas, por lo que ordenó la hospitalización para evitar daño futuro y garantizar la atención psicológica, con trabajo social y el acompañamiento médico, tal como lo recomienda el Código Fucsia.

La Doctora Fanny Yolanda Torres Ramírez atendió a Verlides del Carmen en urgencias del Hospital y activó el Código Fucsia o protocolo para atender casos por violencia sexual. Recordó que la paciente ingresó con dolor abdominal y por haber sido abusada sexualmente por un miembro de la fuerza pública. Del tacto rectal halló tres fisuras.

La Doctora Kely Jimena Ruiz Barbosa también atendió a la víctima en el hospital después de haber ingresado por urgencias. Dijo que no le preguntó cuál había sido el motivo de consulta para no revictimizarla, pues en la historia clínica decía que ingresaba por abuso sexual. Según anotación en ese documento la paciente presentaba trauma torácico y desgarró anal, además, recomendó seguimiento y tratamiento por

trabajo social y psicología; por último, dijo haber emitido una incapacidad por un lapso de dieciocho (18) días.

De otra parte, el dictamen sexológico practicado por el forense, Doctor Juan Ramiro Rojas González, quien acudió al juicio oral como perito en reemplazo del galeno Carlos Oquendo, también permite corroborar lo afirmado por la víctima en tanto halló señales de violencia en el cuerpo de la examinada, para lo cual rindió concepto en el caso de la señora Verlides del Carmen, el 20 de septiembre de 2018. Como resultado del examen, dijo, su homólogo halló un edema de 3X4 cm en el tórax en la parte alta y en el brazo y antebrazo del lado derecho parte interna una equimosis, lesión causada por traumatismo contundente y refirió una incapacidad médico legal de doce días, sin secuelas. Dijo que las lesiones muestran que la víctima fue tomada por la fuerza de los brazos y golpeada.

Algo más, la psicóloga de la Comisaria de Familia de Turbo, Yacira Córdoba Mena, realizó valoración a la señora Verlides del Carmen, por un presunto abuso sexual, del cual rindió un informe donde consignó que presentaba depresión presuntamente por violación sexual, también síntomas de baja autoestima, culpa, desesperanza, irritabilidad, insomnio, ira; señales normales en pacientes que sufren violencia sexual. Señaló también que la paciente presentó un comportamiento irregular, confusión a nivel mental y distorsión a nivel cognitivo por evento catastrófico que perturbaba su entorno, con indicios de mucha desesperanza, sentimiento que combina con culpa por la alteración que generó en el ambiente familiar con sus hijos.

Como si fuera poco, se cuenta con la declaración de ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA, la cual coincide en varios aspectos como las circunstancias en que conoció a la víctima; el trato que sostuvo con ella desde el 11 hasta el 14 de septiembre de 2018; el encuentro ocurrido ese 14 de septiembre en casa de la señora Verlides del Carmen en horas de la mañana, como también de la visita que juntos hicieron a establecimiento público para departir en horas de la noche; la hora en que regresaron a la casa de ella, a eso de las nueve de la noche; que después de saludar a la hija de Verlides del Carmen se dirigieron al fondo, es decir, al patio de la casa, donde sostuvieron relaciones sexuales anales y orales, las que continuaron en la habitación, que Verlides le pidió que suspendiera la actividad sexual y le permitiera ir a la cocina a tomar agua, para lo cual se cubrió con una toalla, salió y no regresó a la habitación y más tarde se dio cuenta que se encontraba solo en la casa.

Lo anterior, por cuanto en su relato el encartado comentó que conoció a la señora Verlides del Carmen el 11 de septiembre de 2018, en la cafetería de la Clínica Panamericana, cuando esperaba turno para una cita. Dialogaron durante un largo rato y ella preguntó si tenía cuenta en la red social Facebook, a lo que respondió que sí y con el nombre de Juan Carlos, además, se compartieron números telefónicos y por este medio y a través de WhatsApp se comunicaron.

El 14 de septiembre de 2018, se comunicó con Verlides del Carmen y le dijo que se encontraba en Currulao y ella le pidió que la visitara, fue así como, momentos después, fue a su residencia. Estando allí se sentó en la sala y hablaron por espacio de cinco a diez minutos y como no había desayunado, le dio dinero al hijo de Verlides del Carmen para que comprara comida, en esa actividad el menor se demoró. En ese lapso dialogaron sobre la familia, la ex pareja de ella, además, Verlides le expresó la preocupación que tenía porque había descompletado un dinero que tenía para reparar la nevera, le pidió que le ayudara y él le prometió hacerlo a final del mes. Luego, le enseñó el patio de la casa, regresaron a la sala, se besaron y en la habitación sostuvieron relaciones sexuales, sin que ella se quitara el jeans y, tal vez, dijo, eso le ocasionó el maltrato.

De nuevo regresaron a la Sala y el menor llegó con la comida, mientras ella cocinaba, él dialogó con el menor y al momento salió la hija de Carmen que estaba en la habitación contigua de la sala, ella se la presentó y Lorena se quedó en la cocina con su madre. A continuación, Verlides del Carmen recibió una llamada y salió de la vivienda para atenderla, actitud que le pareció descortés, por eso se fue del lugar sin expresar malas palabras; entonces, ella lo llamó en varias ocasiones y al final dejó una nota de voz donde le indicaba que él no respondía porque ya había conseguido lo que quería, por lo que le devolvió la llamada y él hizo el reclamo. Verlides del Carmen le pidió que regresara a su casa en horas de la tarde, pero le dijo que solo podía en la noche, entonces ella aceptó la invitación.

En la hora acordada, él llegó a la bomba en Currulao, la llamó y ella llegó a ese lugar, se montó en la motocicleta y lo abrazó, de ahí Verlides le indicó la dirección para llegar al establecimiento donde conversaron y tomaron unas cervezas, en ese lugar había tres parejas más, se sentaron en un mueble y comenzaron a hablar y ella le manifestó que lo sucedido en la mañana había sido una imprudencia de su parte.

En ese establecimiento además de la ingerir licor y dialogar, se besaron y se realizaron tocamientos eróticos, posteriormente él le dijo que iba a ver la moto y al regresar la observó hablando por celular y le reprochó. Decidieron salir del lugar y le pidió ponerse el casco, al pasar por un charco la moto se fue de lado y cayeron y ambos se golpearon; así, al llegar a la casa, le pidió prestado el baño para limpiarse.

En la vivienda, dijo, se encontraba la hija de Verlides del Carmen, de nombre Lorena, acompañada de un amigo; él llevaba un bolso con documentos que dejó en el patio y entró al baño, pero al salir no encontró sus pertenencias, él le reclamó por el bolso y ella le comentó no tenerlo. A continuación le indicó que él no se podía ir hasta cuando ella lo quisiera, en el patio se besaron y luego en la habitación sostuvieron relaciones sexuales vaginal y anal durante una hora.

En un instante Verlides del Carmen salió de la habitación para ver a los jóvenes, regresa y se quedaron acostados en la cama. A los diez (10) minutos ella vuelve a salir y no regresó. Entonces, salió del cuarto y notó que se encontraba solo en la casa, tampoco halló su motocicleta, tomó el casco y se fue en un mototaxi al establecimiento donde había departido y al llegar no vio a nadie. Quiso regresar a Apartadó, pero el moto taxista no lo transportó, entonces, se dirigió a la Estación de Policía de Currulao y puso en conocimiento lo sucedido con la motocicleta, pero el policía que lo atendió le recomendó volver al inmueble lo que efectivamente hizo, entrando otra vez a la casa donde pernoctó esa noche.

Insistentemente refirió que no sabía el motivo por el cual había sido denunciado penalmente por Verlides del Carmen y que el trato sexual que sostuvo con ella el 14 de septiembre de 2018 fue consentido; además, asume que al comienzo le dio un nombre distinto, pero se debió a las funciones que desempeña como integrante de la Armada Nacional en esa región.

Como viene de verse, las anteriores probanzas, incluso el testimonio del acusado, fortalecen la capacidad suasoria de la declaración jurada de la señora Verlides del Carmen. Entonces, es innegable la credibilidad de su dicho, pues, se reitera, analizado individualmente además de circunstanciado, está reforzado con las manifestaciones emocionales de la testigo mientras narraba ese cruel relato, pues la tristeza y la angustia la embargaron al punto de no poder controlar el llanto profuso y los sollozos de dolor; además, los médicos hallaron huellas de violencia en su

cuerpo que coinciden con lo dicho por ella y al unísono los deponentes relataron parte de lo vivido por ella y su familia durante la noche de marras.

Todo lo anterior, no pierde capacidad demostrativa por el hecho que la señora Verlides del Carmen, tal como lo insinuó el acusado, haya tenido la iniciativa de relacionarse con él, como tampoco porque en la mañana de ese 17 de septiembre haya aceptado sostener con el acusado relaciones sexuales, hechos únicamente referido por el procesado y poco creíble de cara a las manifestaciones de la víctima y de su hija.

De otra parte, se tiene que las pruebas muestran a ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA como una persona que despliega violencia de género y asume una actitud desdeñosa hacia la mujer propia de una persona que adopta una postura machista, controladora y posesiva, reprochable en el contexto de los derechos humanos y en instrumentos internacionales sobre la violencia de género, pues, como lo señaló el *A quo*, todo indica que la agresión física y sexual tuvo origen en los celos que al procesado le causó el que Verlides del Carmen recibiera una llamada, pues así se lo hacía saber de manera explícita cuando le recriminaba por ser infiel, cachona y “culiona” y por esa razón merecedora de ese violento e ignominioso trato.

En conclusión, tal como lo expresó el *A quo*, no hay resquicio de duda de que, el 17 de septiembre de 2018, ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA atacó a Verlides del Carmen Echavarría Graciano en su integridad sexual, pues sometiéndola a violencia moral y física doblegó su voluntad para accederla carnalmente introduciéndole su miembro viril a la fuerza en la boca, el ano y la vagina. La violencia moral la estructura los insultos y amenazas de matarla a ella y a sus hijos; la física representada en los golpes que le propinó en su humanidad que a la postre le dejaron secuela.

En ese orden de ideas, se descarta el argumento central de la defensa, referido a que desde la mañana del 14 de septiembre de 2018 se había establecido una confianza entre víctima y victimario en razón a un encuentro sexual de donde se deduce el consentimiento de la víctima respecto del trato sexual ocurrido en la noche, también indiscutible para la defensa. La relación afectiva y/o la convivencia que la víctima sostenga con el agresor no pueden suponer la existencia de un consentimiento presunto y continuado en materia de relaciones sexuales, así lo dijo la Corte Suprema de Justicia en la SP3274 de 2020, pues, por el contrario “*aquellas circunstancias, lejos de representar la manifestación de la voluntad en materia sexual (...)*”

configuran una agravación punitiva según lo establecido en el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal”.

Recuérdese que los principios de la prueba en casos de violencia sexual enseñan, entre otras cosas, que el consentimiento no podrá inferirse de lo expresado por la víctima o por lo que ella haga, como tampoco cuando la amenaza, la fuerza y la coacción haya disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario. En este caso el acusado accedió a la víctima sin su consentimiento, pues la despojó de esa posibilidad infiriendo en contra de ella violencia moral y física. Delito que se cometió en un escenario íntimo y de confianza para la víctima, esto es, en su lugar de residencia, y aprovechando la evidente vulnerabilidad de la mujer sometida a amenazas con acabar con su vida y la de sus hijos menores de edad y estando sola con ellos, sin contar con el apoyo de otro adulto que la ayudara.

La defensa olvida que todo proceso mental de valoración probatoria basado en preconcepciones machistas o prejuicios de género desemboca en un juicio incorrecto. El enfoque de género o perspectiva de género es un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público, según el cual, en el ejercicio de las funciones y competencias, actúen de tal manera que consigan identificar, debatir y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres.

Ahora, la aplicación del enfoque de género en el juzgamiento y valoración probatoria en modo alguno supone que el acusado pueda ser declarado responsable sin prueba que acredite, más allá de toda duda, la ocurrencia del ilícito y su responsabilidad, tampoco conduce a una modificación de los criterios de valoración probatoria respecto de los testimonios, especialmente el ofrecido por la víctima.

Así, contrario a lo planteado por el confutador, acertó el juez de primera instancia al analizar las pruebas con criterios de género y de acuerdo con las normas procesales que rigen la materia, también atinó en la valoración que hiciera del acopio probatorio y de ahí deducir la acreditación de la materialidad del delito de acto sexual violento y la responsabilidad atribuida a ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA, en calidad de autor, en el grado de conocimiento más allá de toda duda.

Por último y en punto de los agravantes imputados, como ya se dijo, la Fiscalía al momento de calificar el comportamiento ejecutado por ARGEMIRO RAFAEL

PEREIRA RIVERA, consideró que era típico de acceso carnal violento y que, de acuerdo con las circunstancias modales en que se desarrollaron los hechos, debía agravarse la conducta conforme a los numerales 2º y 7º del artículo 211 del C.P., referentes a *“el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”* y *“si se cometiera sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio”*, respectivamente.

Lo anterior, porque, en primer lugar, el encartado realizó actos tendientes a impresionar y enamorar a la víctima, en razón a una personalidad aparentemente amable, valiéndose de su pertenencia a las Fuerzas Armadas para impresionarla, con la única finalidad de ganar su confianza, a sabiendas de que la estaba engañando con relación a su verdadera identidad.

Y, en segundo término, atendiendo a que conocía que la víctima Verlides del Carmen Echavarría Graciano era ama de casa y madre de dos hijos, lo cual suponía un estado de vulnerabilidad. Supuestos factuales que el *A quo* dio por acreditados de acuerdo con la prueba practicada en sede de juicio oral y que consideró enmarcarse en estas dos causales de agravación específica, sin realizar mayores esfuerzos argumentativos.

Como bien lo expuso la defensa, ninguna de estas circunstancias modales configura los supuestos señalados expresamente en los numerales 2º y 7º del Artículo 211 C.P., pues, frente a la primera, de acuerdo al espíritu del legislador y la interpretación dada por la Honorable Corte de Justicia, entre otras, en la SP789 del 13 de marzo de 2019, dentro del radicado 50589 *“se configura cuando el agente ostenta una posición, carácter o cargo que le da una particular autoridad sobre la víctima, o bien, cuando ese mismo carácter, posición o cargo obliga a la víctima a depositar su confianza en el sujeto activo de la conducta”*.

Para el caso de marras, la situación factual imputada por la Fiscalía no revela cuál de estas circunstancias se podía aplicar al procesado, limitándose únicamente a decir que había realizado actos tendientes para que la víctima depositara en él su confianza, sin indicar cuál era el carácter, posición o cargo que ostentaba frente a esta.

De otro lado, la prueba practicada demuestra simplemente que el procesado pertenecía a las Fuerzas Armadas, más no que la víctima fuera una de sus subordinadas y de acuerdo a lo indicado en la acusación, tampoco se probó que Verlides del Carmen hubiera depositado en él su confianza, pues tanto ella como Lorena Duarte coinciden en indicar que se había dado la oportunidad de salir con ARGEMIRO RAFAEL porque deseaba conocerlo a fondo con pretensiones de establecer posteriormente una relación sentimental, lo que de suyo no se compadece con el supuesto de hecho descrito y sancionado por el legislador.

En cuanto a la agravante del numeral 7 ídem, tampoco se enmarcó debidamente la situación fáctica que lo configura, pues no se indicó por parte de la fiscalía cuál era la ocupación u oficio que la víctima desarrollaba para el procesado y la pusiera en algún estado de vulnerabilidad, como sucede, por ejemplo, en las relaciones de poder como ocurre, como entre empleador-trabajador y profesor-estudiante.

Las condiciones de desempleo y sostenimiento del hogar por parte de Verlides del Carmen no suponen, per se, un estado de vulnerabilidad frente al procesado, sino de desigualdad social que en nada limitaban su capacidad de decisión para sostener relaciones sexuales. Es más, en la declaración de la víctima se observa que hacía pocos días había construido una vivienda, la cual, de acuerdo con el álbum fotográfico introducido a través del investigador de la Defensa se observa en condiciones dignas y de otro lado, dejó entrever que propendía por el sostenimiento del hogar pagando facturas y comprando alimentos para el núcleo familiar. Aspectos sobre los cuales también dio cuenta su hija Lorena Duarte, quien refirió que, si bien su madre no laboraba, realizaba ventas independientes y recibía dinero del padrastro.

En ese orden de ideas, la Sala suprimirá los agravantes específicos de mayor punibilidad, al no haber sido debidamente descritas en la formulación de acusación y mucho menos probadas en sede de juicio oral y bajo ese entendido la pena deberá ser redosificada de cara a imponer la sanción prevista en el tipo básico y en su extremo mínimo, tal y como lo determinó el a quo, al no poderse agravar la situación del acusado, quedando entonces en **ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión.**

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 todo lo que fue objeto de impugnación, en tanto se condena a ARGEMIRO RAFAEL PEREIRA RIVERA, en calidad de autor del delito de Acceso carnal violento, pero suprimiendo los agravantes específicos de mayor punibilidad, conforme a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. Modificar la pena de prisión impuesta por el *A quo* 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 sanción corporal.

TERCERO: ADVERTIR que contra lo resuelto procede el recurso de casación, en los términos previstos en la Ley 906 de 2004.

Notifíquese y cúmplase.

Los magistrados,

(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: **638a456dde4db0991ad3face5dc19fcef8a2b0c2f04276efca9c5c6c3e167f**

Documento generado en 07/07/2023 08:57:38 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación: 05376 60 00287 2022 00153 **(2023-0655-3)**
Procedencia: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Ceja
Procesado: **José Alejandro González Silva y otros**
Delito(s): Hurto calificado y agravado tentado y otro
Asunto: Apelación sentencia allanamiento
Decisión: Confirma parcialmente
Aprobado: Acta No. 197, junio 29 de 2023

**Medellín, Ant., veintinueve (29) de junio de dos mil
veintitrés (2023)**

ASUNTO A TRATAR

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **José Alejandro González Silva**, contra la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con funciones de conocimiento de La Ceja, Antioquia, mediante la cual se condenó a los señores William José Bravo Rodríguez, Ramón Flórez Barbosa, Gregori Anyeli Landaeta Cedeño y **José Alejandro González Silva**, como autores del delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa, en concurso con el delito de daño en bien ajeno, de conformidad con el allanamiento a cargos.

HECHOS

Tuvieron su génesis el día 15 de septiembre de 2022, sobre las 12:00 del día aproximadamente, cuando el señor **José Alejandro González Silva**, y otras tres personas, ingresaron a la residencia de Sebastián Carmona Andrade, ubicada en la carrera 21 No. 11-49, sector conocido como Cuatro Esquinas, del municipio de la Ceja Antioquia, ejerciendo violencia sobre la puerta principal de esa vivienda, para finalmente sustraerle sus pertenencias, entre las que se encontraban joyas, dinero en efectivo, monedas de colección y una caja fuerte que fueron valuadas por la víctima en \$40.600.000.

Cuando los mencionados se retiraban con los elementos hurtados, fueron vistos por la víctima quien emprende una persecución logrando alcanzar con ayuda de la vecindad a uno de ellos quien llevaba una parte de sus pertenencias, mientras que los otros huyeron en un vehículo de marca Chevrolet de placas CPJ-580; sin embargo, por la reacción de la policía nacional estas personas fueron interceptadas rumbo vía el Retiro, lográndose recuperar las pertenencias del señor Carmona Andrade.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 16 de septiembre de 2022, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de La Ceja, Antioquia, se verificó la legalización del procedimiento de captura, se dio traslado al escrito de acusación, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1826 de 2017, por los cargos de hurto calificado en el grado de tentativa (art. 239, 240 numeral 3 del C.P.), en concurso con el delito de daño en bien ajeno (art. 265 inciso 2° del Código Penal). En dicha diligencia los procesados aceptaron los cargos. Finalmente, se les

impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad a cumplirse en el domicilio¹.

Se precisa que, aunque la Fiscalía señaló en el traslado del escrito de acusación y en la audiencia concentrada, que en la calificación jurídica se incluía el delito de hurto con circunstancias de agravación punitiva, nunca invocó causal específica de las que consigna el canon 241 del C. Penal.

El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Ceja, Antioquia, quien avocó conocimiento del proceso el día 20 de septiembre de 2022. La audiencia de verificación de allanamiento e individualización de la pena se llevó a cabo el primero de marzo de 2023. Y la sentencia condenatoria se profirió el 27 de marzo de 2023, surtiéndose la notificación de conformidad con lo establecido en el procedimiento especial abreviado.

Los procesados repararon integralmente a la víctima por los perjuicios ocasionados, de ello da cuenta el comprobante No. 0000029600, del 16 de febrero de 2023, respecto del depósito por la suma de \$1.000.000, abonados en la cuenta de ahorro a la mano No. 024-368595-65, administrada por Bancolombia, a nombre del señor Sebastián Carmona Andrade.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

Para lo que es objeto de alzada, en lo que tiene que ver con el apelante **José Alejandro González Silva**, consideró el *A quo* demostrada la responsabilidad penal del encartado como autor del concurso de delitos de hurto calificado y agravado en grado

¹ PDF010202200541ActaAudienciaPEA, carpeta preliminar.

de tentativa y daño en bien ajeno, condenándolo a la pena principal catorce (14) meses de prisión.

Para individualizar la pena partió del punible que contempla la pena más alta, esto es hurto calificado, para lo cual trazó los extremos punitivos de 72 a 168 meses de prisión, que se incrementó de 108 a 294 meses, en atención del numeral 10 del artículo 241 ibídem, es decir, por esa circunstancia de agravación.

Acto seguido, aplicó la rebaja que consagra la tentativa (artículo 27 C.P.), lo que dio como resultado que los extremos punitivos se modificaran de 54 a 73,5 meses de prisión.

Sostuvo que, al no presentarse circunstancias de mayor punibilidad, pero sí de menor punibilidad, como la carencia de antecedentes penales, fijaría la pena en el mínimo del primer cuarto, teniendo en cuenta que, aun cuando la conducta ofrece especial gravedad, ese aspecto se recoge en los agravantes y calificantes acusados, es decir, quedaría en cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.

Por tratarse de un concurso de conductas punibles, acudió al artículo 31 del Código Penal, por lo que frente al delito de daño en bien ajeno le incrementó dos meses más quedando como pena definitiva cincuenta y seis (56) meses de prisión.

Una vez establecida la pena, procedió a señalar que existe un fenómeno post-delictual relacionado con la rebaja por reparación de perjuicios a la víctima y otro por virtud del allanamiento a cargos. Fue así como, a la pena de 56 meses le hizo una rebaja del 50%, al tenor de lo dispuesto en el canon 539 inc. 2 del Código de Procedimiento Penal, quedando en 28 meses, que a su vez le

aplicó otro descuento del 50% por la reparación realizada a la víctima de conformidad con el art. 269 del Código Penal, tasando la pena definitiva en catorce (14) meses de prisión.

Frente a este último reconocimiento, adoptó como criterios el interés mostrado por el acusado en cumplir total o parcialmente con la reparación de los derechos vulnerados a la víctima, al ser resarcida por el monto total que la misma víctima tasó los perjuicios.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La defensa de **José Alejandro González Silva** apela la decisión, por presentar inconformidad con la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, aduce falta de motivación en la decisión, pues sin ningún fundamento se reconoció solo el 50% de rebaja punitiva por la reparación integral de perjuicios ocasionados y no el 75% de descuento como fue solicitado, desconociendo los parámetros para la individualización de la pena y los criterios de ponderación.

Igualmente, presentó descontento frente a la negación del subrogado penal de la suspensión de la ejecución de la pena al considerar que no se reúne el elemento objetivo, además, le negó a su representado la prisión domiciliaria sin motivar dicha negativa.

Por lo anterior, solicita modificar lo atinente al quantum de la pena por virtud del artículo 269 del C. Penal y como consecuencia de ello le otorgue al ciudadano **González Silva** la prisión domiciliaria, reglada en el Art. 38 B del Código Penal.

No hubo pronunciamientos de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión previa

La Sala Penal del Tribunal es competente para decidir el recurso de apelación promovido por la defensa contra la sentencia emitida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Ceja, Antioquia, de conformidad con los artículos 34 de la Ley 906 de 2004 y 179 de la misma obra, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, en concordancia con el artículo 31 de la Constitución Política.

Los cargos elevados por el opugnador demarcan el problema jurídico y el ámbito en el que la segunda instancia realizará el pronunciamiento, por lo que la Sala determinara si hay lugar a realizar una deducción punitiva mayor a la concedida por la juez de primera instancia, en virtud de la reparación integral por los perjuicios ocasionados a la víctima, y si, como consecuencia de ello, es procedente reconocer algún subrogado penal al sentenciado.

Sea lo primero indicar que la providencia objeto de análisis deviene de una aceptación anticipada de cargos que realizaran la totalidad de los encausados por los punibles que les endilgó la Fiscalía, dentro del procedimiento especial abreviado establecido en la Ley 1826 de 2017, artículo 539 del estatuto procesal penal.

Que el allanamiento a cargos se hizo dentro del marco de legalidad, en respeto de las garantías que le asisten a los procesados a quien se les indagó si tal determinación era tomada de manera libre, consciente y voluntaria, debidamente asesorados por su defensa, conocedores de las consecuencias

jurídicas que acarreaba dicha aceptación como lo dispone el artículo 131 del C.P.P., es decir, con la emisión de una sentencia condenatoria en su contra.

Así mismo, se le reconocieron los derechos a la víctima quien tuvo una participación activa durante el proceso y finalmente logró ser reparado como consecuencia de los perjuicios que le generó el injusto penal.

Del caso concreto

La inconformidad principal del recurrente radica en la falta de motivación por parte de la primera instancia al momento de establecer el porcentaje del descuento punitivo que le reconocería al procesado **José Alejandro González Silva** con ocasión de la reparación de los perjuicios que hiciera a la víctima, de conformidad con el precepto normativo del artículo 269 de la ley sustancial.

Según el defensor, el *A quo*, al momento de efectuar la tasación e individualización de la pena, no tuvo en cuenta los parámetros legales de los artículos 60 y 61 de la ley 599 de 2000; tampoco argumentó las razones que lo llevaron para conceder el 50% y no el 75% de rebaja punitiva en razón de la reparación, olvidando que su representado y los demás coacusados indemnizaron prontamente a la víctima y que con la aceptación temprana de responsabilidad se le evitó a la administración de justicia el agotamiento de la etapa de juzgamiento, por lo que terminó imponiéndole a su procurado una sanción desproporcionada.

Establece el artículo 269 del Código Penal que:

“El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado” (Subrayado fuera del texto legal)

Lo anterior, como fenómeno post delictual, que a la vez opera como un derecho que tiene el responsable penalmente cuando ha reparado integralmente a la víctima antes de dictarse la respectiva sentencia, en razón de los perjuicios ocasionados con el delito.

Sobre este particular, la Juzgadora de primera instancia consideró reconocer al señor **González Silva** el cincuenta por ciento (50%) sobre la pena definitiva a imponer, tras haber allegado vía correo electrónico el día 17 de febrero de 2023, una transferencia exitosa por la suma de \$1'000.000, comprobante No. 0000029600 de fecha 16 de febrero del año en curso, a la cuenta de ahorros 024-368595-65 de Bancolombia del señor Sebastián Carmona Andrade, monto en que tasó la víctima los perjuicios.

La jurisprudencia de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido a la reparación de perjuicios como evento post delito, en el sentido que: i) Procede cuando el procesado restituye el objeto material del delito, o su valor, e indemniza los perjuicios ocasionados a la víctima; ii) no es un instituto atenuante de responsabilidad; sino un mecanismo de reducción de pena; iii) es posterior al delito, y no tiene incidencia en el juicio de responsabilidad, por eso solo afecta la pena individualizada; iv) es afin con la dosificación de la pena, no con los límites punitivos de los tipos penales; v) no es facultativa, sino de carácter objetivo, pero con discrecionalidad sobre el monto,

conforme al ámbito especificado en la norma².

En relación con los criterios para la fijación o determinación del monto de rebaja ha considerado la Corte:

“Ahora bien, la norma sustantiva determina que el procesado tiene derecho a una disminución que va de la mitad a las tres cuartas partes (50% al 75%), descuento que, si bien es discrecional del juez, no es arbitrario, puesto que ha de tener en cuenta el interés mostrado por el acusado «en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas.

*(...) Lo anteriormente expuesto permite afirmar que, **el momento de la actuación procesal en que se materializa la reparación, es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo**, porque permitirá medir, a partir de la ocurrencia de los hechos y hasta antes de la emisión de la sentencia, **la voluntad del acusado en resarcir el daño causado a las víctimas** y así lo viene ratificando la Sala de manera consistente.”³*

Por consiguiente, le asiste razón al impugnante al precisar que, resulta necesario que los jueces motiven adecuadamente sus decisiones, no solo como un deber específico que la ley le impone, sino también como garantía constitucional de la persona investigada, de las víctimas y del proceso como tal.

Al analizar la decisión de primera instancia se observa que, en efecto, el fallador mencionó sin mayor detalle lo concerniente a la justificación frente al reconocimiento de la rebaja, otorgándole a los encartados la mitad de la pena mínima establecida para el delito de hurto calificado y agravado tentado, sin esbozar ninguno de los criterios advertidos para su valoración.

En el presente asunto, debe recordarse que los hechos acontecieron el 15 de septiembre de 2022, que al día siguiente, el 16 de septiembre, la fiscalía corrió traslado del escrito de

² CSJ, Sentencia de 13 de febrero del 2003, radicado 15.613.

³ SP11895-2015, radicado 44.618; reiterado en la SP4776-2018, radicado 51.100.

acusación a los acusados y a los demás sujetos procesales. En esa misma fecha, enterados de los cargos, los encausados manifestaron su aceptación de responsabilidad penal ante el Juez 1° Promiscuo Municipal de la Ceja, sin embargo, por causas no atribuibles al señor **José Alejandro González Silva** solo hasta el 1 de marzo de 2023 se pudo llevar a cabo audiencia de verificación de allanamiento e individualización de pena y sentencia, esta vez, ante el Juzgado 2 homólogo.

Por otro lado, se observa dentro de las actuaciones, obra comunicación suscrita el 10 de febrero de 2023 por el señor Sebastián Carmona Andrade, víctima, en la que fija los perjuicios en \$1.000.000, pago que se hizo efectivo por el acusado el día 16 de febrero de 2023 y de ello rindió informe a la judicatura el abogado defensor del señor **González Silva**.

En ese orden, la Sala considera que es posible reconocerle al procesado un mayor porcentaje de descuento en virtud de la reparación de perjuicios, pero no del 75% como lo reclama la defensa, por las siguientes razones:

Aunque el resarcimiento se produjo en un espacio relativamente cercano al acontecer fáctico, no fue en una etapa primigenia, es decir, no aconteció cuando se dio traslado del escrito de acusación, ni cuando se practicó la audiencia concentrada el 16 de septiembre de 2022, sino posteriormente, trascurriendo 5 meses al día que el encartado decidió realizar el pago por el monto total; lo anterior, quiere decir que no se cumple cabalmente con el criterio de materializar oportunamente la reparación.

En todo caso, si se efectuó antes de dictarse sentencia, que por tratarse de una sentencia anticipada los tiempos fueron cortos por lo que no hubo mayor desgaste a la administración de

justicia; de ahí que sea merecedor de la mayor rebaja por aceptación de cargos, pero no puede confundir la defensa este criterio con el momento de la reparación.

Desde el día siguiente a la comisión del hecho, el señor **González Silva** sabía los cargos por los cuales se le estaba investigando, y debía conocer por intermedio de la asesoría de su defensor, que si pretendía una rebaja punitiva adicional por reparación de perjuicios, era necesario proceder con la misma oportunamente, empero su inactividad en este sentido o falta de voluntad del acusado para desplegar los actos indemnizatorios repercutió en una demora injustificada para que la víctima pudiera ser reparada.

Bajo estos argumentos, se considera razonable y proporcional reconocer al implicado el 60% de descuento por virtud del artículo 269 del estatuto penal, razón por la cual lo procedente sería efectuar una redosificación de la pena, teniendo en cuenta los extremos punitivos y el ámbito de movilidad seguido por la primera instancia, de no ser porque se advierten falencias sustanciales en la calificación jurídica de la Fiscalía que no avisó la juzgadora de instancia y que deben ser subsanados por la Sala por tratarse de una transgresión al principio de *nom bis in ídem*.

Es cierto que no le es dable al operador jurídico efectuar un control material sobre las negociaciones realizadas entre la Fiscalía y los investigados, también es cierto que no es posible modificar en peor la decisión de primera instancia cuando existe un apelante único, bajo los postulados principalísimos de la *non reformatio in pejus*.

En este caso, los delitos por los cuales aceptó cargos **José Alejandro González Silva** fue por hurto calificado y agravado

tentado (art. 239, 240 numeral 3 del C.P.), en concurso con el delito de daño en bien ajeno (art. 265 inciso 2° del Código Penal).

Como se dijo en el acápite anterior, nunca se supo cuál fue el agravante del hurto que le enrostró la Fiscalía, pero tampoco fue motivo de disenso por la defensa, ni antes ni después del proferimiento de la sentencia, razón por la cual no será tema de discusión.

Por el contrario, lo que si se avizora fue que existió una errónea adecuación típica frente al calificante del hurto, pues de los hechos jurídicamente relevantes se extrae que la conducta se cometió con violencia sobre las cosas, numeral 1 del artículo 240 del C. Penal, y no bajo el supuesto del numeral 3 ídem, como lo consideró el ente investigador y que devino en una aceptación natural de cargos.

Lo anterior se desprende de la declaración de la víctima quien aseguró que la chapa de la puerta de su residencia, lugar donde se cometió el punible, se encontraba violentada. Igualmente, se establece a través de la fijación fotográfica del lugar de los hechos que fuese incorporado con el informe investigador de campo FPJ-11 del 15 de septiembre de 2022, allegado al cartulario, así como de demás actos investigativos.

Adicionalmente, se evidencia que no se estructuran los elementos para la configuración del tipo penal de daño en bien ajeno (art. 265 inciso 2° del Código Penal), por consiguiente, lo que existió fue concurso aparente de tipos penales, como pasa a verse.

Es menester precisar que, de los hechos que limitan la acusación, como del acopio probatorio aportado, no se logra establecer que el propósito del autor fuese ir hasta la residencia del señor

Sebastián Carmona para destruir la chapa de la puerta principal, sino que su voluntad fue apoderarse de unos elementos de valor que se encontraban al interior de esa residencia, que para lograr su objetivo tuvo que acudir a estrategias violentas que ocasionaron el daño al mencionado objeto, de ahí que se desprendan los elementos que estructuran la causal 1 el artículo 240 del estatuto sustantivo.

Es decir, que el reproche penal recae exclusivamente en la conducta fuente, sobre el hurto calificado, debiéndose tratar el otro comportamiento como hecho posterior copenado en virtud del concurso aparente. De entenderse de otro modo, terminaría transgrediéndose la garantía constitucional de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Con lo anterior se busca evitar un tratamiento equívoco de concurso material de conductas punibles a comportamientos que encajan en un solo tipo penal, de cara al ámbito de protección del bien jurídico tutelado del patrimonio económico.

Por lo tanto, en el presente asunto existe un concurso aparente de delitos, dado que el apoderamiento de los elementos hurtados a través de la violencia y el daño en bien ajeno provienen de la misma fuente, convergencia que debe resolverse a través del principio de subsunción. Sobre este principio ha dicho la jurisprudencia de la Corte lo siguiente:

*“(...) Finalmente, según el **principio de consunción**, el tipo penal consuntivo consume al simple. Y un tipo penal es consuntivo, cuando el contenido de injusto y culpabilidad de una acción típica incluye también otro tipo de menor relevancia jurídica, teniendo mayor riqueza descriptiva. En estos casos, el tipo penal de mayor riqueza descriptiva «contiene una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave, realiza*

*cumplidamente la función punitiva no solo por cuenta propia sino por cuenta de otro tipo».*⁴

En consecuencia, al encontrar mayor riqueza descriptiva en este tipo penal, y que la pena que apareja la ley para el hurto calificado es mayor que la del daño en bien ajeno, esta última conducta se subsume en la primera, por lo que deberá absolverse al sentenciado por el delito del artículo 265 ídem, para lo cual bajo estos nuevos parámetros se efectuará la correspondiente redosificación de la pena.

Partió la Juez del delito que contempla la pena más alta, esto es el hurto calificado y agravado tentado, luego de establecer los extremos punitivos concluyó que la pena quedaría en cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.

En este caso, no se incrementará la pena por ningún evento adicional, de tal manera que a dicho monto deberá restársele el 50% en virtud de la rebaja por allanamiento a cargos de conformidad con el artículo 16 de la ley 1826 de 2017, quedando la misma en veintisiete (27) meses.

A este monto de pena, le aplicamos el descuento punitivo de 60% por el derecho que le asiste al acusado dada la reparación de perjuicios que efectuó mediante pago por consignación a la cuenta de ahorro a la mano de la víctima, quedando como pena definitiva a imponer **diez (10) meses y veinticuatro (24) días** de prisión.

De otro lado, en cuanto a la forma de ejecutar la pena, pretende la defensa que se le conceda a su prohijado la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63 del C.P.), y

⁴ CSJ-SP2348-2021, radicado No.49546

subsidiariamente la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38b ibidem por cumplirse con los requisitos objetivos.

Nótese que ambas disposiciones contemplan en su numeral segundo (art. 38b y 63 C.P.), una prohibición de que la persona implicada no sea condenada por “... Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.”

A su turno, el canon 68 A, indica:

“No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado”

En consecuencia, no se le concederá al sentenciado la suspensión condicional de la pena, así como tampoco hay lugar al otorgamiento de la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria, toda vez que no se cumplen los presupuestos objetivos de los artículos 38B y 63 del estatuto penal, esto por la prohibición legal establecida en el art. 68A inc. 2 del C.P., norma que consagra un catálogo de delitos como conductas prohibidas por el legislador de cualquier beneficio, subrogado o sustituto penal, como el caso que nos ocupa del Hurto Calificado; razón por la cual deberá purgar la pena en el establecimiento carcelario que designe el INPEC.

Otras determinaciones

Como quiera que el sentenciado se encuentra privado de la libertad desde el 16 de septiembre de 2022, y que una vez redosificada la pena se advierte que se aproxima el cumplimiento de la misma, concretamente, el día 10 de agosto de 2023; se ordenará que por Secretaría, una vez se cumplan los términos de traslado para la postulación del recurso de casación, remita en el menor tiempo posible a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para lo de su competencia, con la anotación que antecede.

Como el proceso estará en Secretaría para los efectos de traslado y notificación, de allegarse solicitudes de libertad por esta causa, deberá ingresarse nuevamente al Despacho para resolver.

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 Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar parcialmente la sentencia condenatoria proferida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Ceja, Antioquia, contra **José Alejandro González Silva**, como autor del delito de hurto calificado y agravado (artículo 239, 240 numeral 1 y 241 del C.P.), en la modalidad de tentativa.

Modifíquese la pena principal privativa de la libertad, la cual quedará en **diez (10) meses y veinticuatro (24) días** de prisión.

SEGUNDO: Absolver a **José Alejandro González Silva** por el delito de daño en bien ajeno, por las consideraciones expuestas.

TERCERO: Declarar que, contra esta sentencia, que se notifica en estrados, procede el recurso extraordinario de casación en la forma y términos contemplados en los artículos 181 y siguientes de la Ley 906 de 2004, modificada por la ley 1395 de 2010.

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: **6b60128ae9b40e4e1f94f506bb8c9957167cb1dbf02306125b776d6ac3d5b60d**

Documento generado en 07/07/2023 08:58:00 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

CUI: 05615 60 00364 2022 00203 01 **(2023-0449-3)**
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego
Acusado: **CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ PALACIO**
Asunto: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Modifica pena
Aprobado: Acta No. 193, junio 29 de 2023

Medellín, veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Derrotada la ponencia presentada inicialmente en este asunto por la Magistrada Dra. Nancy Ávila de Miranda, a quien le correspondió este proceso por reparto, se resuelve por la Sala Mayoritaria el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia condenatoria que por vía de preacuerdo dictó, el 22 de febrero de 2023, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, a través de la cual se condenó a **Carlos Eduardo Álvarez Palacio** a la pena principal de 90 meses de prisión y se le negó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como el sustituto de prisión domiciliaria.

HECHOS

Fueron narrados en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

“En la fecha del 23 de mayo del año 2022, a eso de las 14:45 horas, policía de vigilancia, atendiendo llamado del Centro de Monitoreo y Control de este municipio, acuden al sector Alto Bonito, por información relacionada con alias “Melchor”. Ya estando en el lugar, los funcionarios observan una persona que trata de desembarazarse de un objeto, el cual arroja el piso, mismo que al ser

recogido por los agentes resulta ser una pistola con marca “Prieto Beretta”, calibre 7.65 mm, con numeración en la corredera 660110, y número 05380 en el cuerpo del arma y en el costado izquierdo numerada 053250, sin proveedor. Visto lo anterior, se da captura en el acto a la persona que arrojó el arma, quien resultó ser el ciudadano CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ PALACIO”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por los anteriores hechos, el señor **Carlos Eduardo Álvarez Palacio** fue presentado ante el Juez Primero Penal Municipal de Rionegro, Antioquia, ante quien se legalizó su captura en situación de flagrancia, se le formuló imputación por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (portar), previsto y sancionado en el artículo 365 del C.P., para finalmente a petición de la fiscalía imponérsele medida de aseguramiento en su lugar de residencia.

Seguidamente, el 22 de julio de 2022, la fiscalía seccional radicó escrito de acusación ante el Centro de Servicios Judiciales de Rionegro, cuyo trámite fue asignado para el conocimiento del Juzgado Tercero Penal del Circuito de ese municipio, en donde, el 18 de agosto de 2022, se adelantó la audiencia de formulación de acusación.

El 18 de enero de 2023, se realizó la audiencia preparatoria y el 22 de febrero de la misma anualidad, la fiscalía y la defensa informaron al juez de conocimiento que habían suscrito un preacuerdo de responsabilidad para dar por terminado anticipadamente el trámite, por lo que, se varió el curso de la audiencia para la verificación de los términos de la negociación, el cual fue aprobado; decisión respecto de la cual las partes e intervinientes no presentaron desacuerdo.

Los términos del preacuerdo consistían en que el precitado **Carlos Eduardo Álvarez Palacio** aceptaría haber incurrido en el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones de que trata el artículo 365 del código penal, cometido en forma dolosa. A cambio de la aceptación temprana de responsabilidad penal, con la renuncia al juicio oral y a guardar silencio, la fiscalía le reconocería como beneficio compensatorio único y sólo para efectos punitivos, la degradación de autor a cómplice.

DECISIÓN IMPUGNADA

En cuanto a la sentencia recurrida, el *a quo*, luego de recordar los hechos, individualizar e identificar al acusado y sentar los antecedentes respectivos, esbozó las consideraciones del caso.

En el punto, indicó que al despacho llegó la declaratoria de culpabilidad preacordada por parte del señor **Carlos Eduardo Álvarez Palacio**, quien asesorado por el profesional del derecho que ejerció su defensa técnica, verbalizó un preacuerdo, el cual sirve como escrito de acusación y es requisito de congruencia para el asunto a decidir.

Señaló que el preacuerdo tuvo fundamento en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida por la Fiscalía en el trámite de la investigación, y que en tal sentido se debe verificar si existe base probatoria para inferir la ocurrencia del tipo penal descrito en la norma, para lo cual, en sus palabras plasmó:

Para establecer la materialidad del punible por el que fue acusado el ciudadano **Álvarez Palacio**, esto es fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, se aportó por la fiscalía el reporte de iniciación, acta de incautación de elementos, informe de captura en flagrancia, todos documentos fechado el 23 de mayo de 2022, los cuales dan cuenta de las circunstancias fácticas de la conducta, informando que, los policiales James Tangarife y Cristian Andrade, estaban en el cuadrante tres de Rionegro, Antioquia, cuando recibieron un reporte de Cámaras de Monitoreo, donde indicaban que en el primer callejón del sector Alto Bonito, por la bodega, vía pública, había una persona conocida como “Melchor”, el cual estaba haciendo una actividad de venta de estupefacientes y allí, cuando ya los agentes están en el lugar, vislumbraron un ciudadano de sexo masculino, quien al ver la fuerza pública arrojó un arma de fuego y una bolsa; los policiales inmediatamente esposaron a esta persona, a quien se logró identificar como **Carlos Eduardo Álvarez Palacio** y acopiaron los elementos arrojados, que correspondían a un arma de fuego y a una sustancia estupefacientes con características similares a la cocaína. De este informe de captura en flagrancia no se advirtió la presencia de otra persona diferente al acusado en dicho lugar y es inequívocamente a esta persona a quien se observó arrojar estos elementos, de donde se desprende sin duda que era el aquí procesado quien esa fecha tenía en su poder el arma de fuego “Prieto

Beretta”, de fabricación panameña, calibre 7.65 mm, con numeración en la corredera 660110, y número 05380 en el cuerpo del arma y en el costado izquierdo numerada 053250, sin munición, elementó fijado fotográficamente.

Se allegó igualmente, en relación con la materialidad de la conducta, la experticia balística al arma de fuego incautada, marca “Prieto Beretta”, calibre 7.65, con fecha 23 de mayo de 2022, suscrita por el perito Manuel Vélez Correa, quien determinó que, según prueba de laboratorio, el arma resultó apta para disparar. Finalmente se presentó la certificación del CINAR25 de agosto de 2022, documento que da cuenta de la ausencia de permiso para porte o tenencia de arma de fuego del ciudadano **Álvarez Palacio**.

Estos elementos de conocimiento satisfacen el estándar mínimo exigido en el artículo 327 de la ley 906 de 2004, para dar por desvirtuada la presunción de inocencia de que goza el procesado y da cuenta del dolo en la comisión del ilícito.

Posteriormente, indicó de la antijuridicidad que efectivamente se ha vulnerado el bien jurídico amparado, de la “seguridad pública” y que no se ha probado que en su actuar el hoy sentenciado estuviere amparado por causal alguna de ausencia de responsabilidad que justifique su conducta, por lo cual su actuar resulta injusto y antijurídico.

Sobre la culpabilidad indicó que al hoy sentenciado se lo tiene como imputable, y que el mismo rodeado de todas las garantías otorgadas por la ley, exteriorizó declaración de culpabilidad, por lo que se satisface el requisito de prueba que tiende a demostrar su responsabilidad. Así las cosas, concluyó que se desvirtuó el principio de presunción de inocencia que acompaña al señor **Carlos Eduardo Álvarez Palacio**, por lo cual se encuentran satisfechos los requisitos establecidos para llevar al despacho al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del delito y su responsabilidad.

En el punto de la individualización de la pena, acogiéndose a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, concretamente radicado 52.227 de del 24 de junio de 2020 y radicado 54535 del 16 de febrero de 2022, expuso:

“Para el caso concreto, tenemos que la declaración de culpabilidad negociada se realiza luego de presentado el escrito de acusación, al momento de la instalación del juicio y además Carlos Eduardo Álvarez Palacio fue capturado en situación de flagrancia, de allí que, en principio solo podríamos aplicar una rebaja de pena del 4.66%.

La pena conforme el artículo 365 del Código Penal tiene como extremos punitivos respecto a la pena privativa de la libertad, 108 a 144 meses de prisión. La consecuencia resultante de la modalidad de negociación acogida entre la Fiscalía y el acusado no es otra que la modificación de estos extremos, conforme al inciso tercero del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, que disminuye el marco punitivo, de sexta parte a la mitad, quedando estos en 54 a 120 meses de prisión; De allí entonces que la pena que ha de imponerse en este caso deberá moverse dentro de estos extremos punitivos. Pero como se observa, el extremo punitivo máximo supera al mínimo de la pena prevista en la ley para el delito por el cual ha de dictarse sentencia de condena, lo que podría llevar a imponer una pena mayor a la que correspondería por el solo hecho de dictarse una sentencia de condena en el marco del proceso ordinario, lo que a toda luz sería contrario a la consecuente rebaja de pena en la negociación de culpabilidad, debemos por lo tanto realizar un ajuste en los extremos máximos en la pena de prisión.

Finalmente, resulta necesario precisar, que la CSJ en la sentencia con radicado 54535 del 16 de febrero de 2022, no establece una regla jurisprudencial distinta con respecto a los criterios a tener en cuenta para la rebaja de pena resultante de los acuerdos de culpabilidad sin base fáctica. Si bien es cierto el caso examinado por la corte en esta providencia, trató de la terminación de un proceso penal a través de preacuerdo, en el que la pena se tasa con las reglas de la complicidad en un porte de armas, señalando está en (5) años de prisión, acuerdo al que el juez a quo le imparte aprobación y el tribunal confirma en sede de segunda instancia, y en el que además la corte resuelve no casar; la rebaja de pena resultante no fue objeto de discusión en razón al principio de no reformatio in peius, como quiera que se presentaba el fenómeno del apelante único.

Así que, conforme la modalidad de negociación, la pena ha de fijar dentro del siguiente marco punitivo: a) prisión de 54 a 108 meses. Ahora bien, considerando el momento procesal de la declaración de culpabilidad negociada y la situación de captura en flagrancia del aquí procesado, sin que se haya ofrecido algún otro criterio a favor para considerar una mayor rebaja, tenemos entonces que la pena definitiva a imponer es de NOVENTA (90) MESES DE PRISIÓN.”

Frente a los subrogados penales, se pronunció indicando que en cuanto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena contemplado en el artículo 63 del código penal, no era procedente al no cumplir el requisito objetivo, en la medida que la pena impuesta supera los cuatro (4) años de prisión. Frente al sustituto de la prisión domiciliaria manifestó igualmente que no cumplía con el requisito objetivo, puesto que el delito de porte ilegal de armas partía de una pena mínima de nueve (9) años de prisión, superando dicho requisito.

Explicó, además, para el caso concreto se torna imperativo el tratamiento intracarcelario del procesado, las circunstancias de la conducta así lo demuestran, pues la antijuridicidad resulta marcada, visto que el porte de arma se lleva a cabo en vía pública de un sector que es reconocido por sabidos inconvenientes de orden público.

DE LA APELACIÓN Y TRASLADO DE NO RECURRENTES

La defensa interpone el recurso de apelación para que la sentencia sea modificada parcialmente, concretamente respecto del monto de la pena impuesta, en tanto presenta los siguientes errores:

Al dosificar la pena, *el A quo* desconoció el procedimiento que para tal fin se prevé en los artículos 60 y 61 del código penal, esto es, el sistema de cuartos, pues la negociación génesis de la decisión cuestionada no incluye la fijación de la pena. Advierte que la facultad de determinar el monto de la pena a imponer sin aplicar el sistema de cuartos está atribuida a las partes durante la celebración de un preacuerdo y no al juez, pues a este la ley le impone la obligación de dosificar la pena aplicando el sistema de cuartos.

Al definir el monto de la rebaja de la pena como único beneficio otorgado a su representado, teniendo en cuenta la clase de preacuerdo celebrado entre la defensa material y técnica y la fiscalía, no debió tenerse en cuenta el momento procesal de la negociación, en tanto este criterio aplica para otra clase de negociaciones pues el beneficio consistió en aplicar la rebaja para el cómplice previsto en el artículo 30 del código penal.

De la misma manera, porque según la modalidad de preacuerdo celebrado no era aplicable, a pesar de la flagrancia, lo previsto en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

Por último, solicita se tenga en cuenta los criterios esbozados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SP-349 de 2022 de la Corte Suprema de Justicia, donde se trató un caso similar, esto es, una sentencia por porte ilegal de armas como resultado de una negociación donde se concedió la rebaja del cómplice como ficción jurídica y se impuso una pena de cinco (5) años o sesenta (60) meses de prisión.

Los no recurrentes no hicieron pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 34 numeral 1, de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para desatar la alzada, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos por el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible a ellos.

Del planteamiento expresado por la defensa, para resolver la divergencia debe la Sala abordar los siguientes problemas jurídicos: (i) acertó el *A quo* al definir la rebaja punitiva aplicable, según la modalidad de preacuerdo celebrado entre las partes, (ii) debió el juzgado, al momento de determinar la pena a imponer, tener en cuenta de los criterios que para esos efectos prevén los artículo 60 y 61 del código penal y, (iii) atendiendo la clase de preacuerdo aplicaba al caso lo previsto en el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

El presente asunto está llamado a finiquitarse de manera abreviada a través de una negociación a la que han llegado la Fiscalía y la defensa del acusado, el cual fue presentado a consideración del juzgado de conocimiento después de realizada la audiencia preparatoria. El preacuerdo contiene los siguientes cláusulas: En primer lugar la fiscalía ratifica la imputación inicial en contra del señor **Carlos Eduardo Álvarez Palacio**, como coautor material del delito de porte ilegal de armas, descrito y sancionado en el artículo 365 del código penal; a cambio de la aceptación temprana de responsabilidad penal, con la renuncia al juicio oral y a guardar silencio, la fiscalía le reconocería al procesado como uno beneficio compensatorio y sólo para efectos punitivos la degradación de autor a cómplice como ficción jurídica.

Los preacuerdos son mecanismos para la terminación anticipada del proceso y constituyen auténticas formas de negociación entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y sus consecuencias punitivas. Son una vía judicial enfocada a la simplificación de los procesos mediante la supresión parcial o total del debate probatorio y argumentativo como producto del consenso entre las partes del

proceso¹. Así, la figura del preacuerdo constituye una de las principales manifestaciones de justicia premial, de conformidad con el artículo 350 de la ley 906 de 2004.

Encuentran su consagración en los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y establece como finalidad de los preacuerdos la humanización de la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, e impone al ente acusador la obligación de observar las directivas y pautas fijadas por la Fiscalía General de la Nación con el fin de aprestigar la administración de justicia.

Entonces, la fiscalía como titular de la acción penal ostenta la facultad de que tratan los artículos 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, de efectuar preacuerdos con el procesado, pero no es absoluta ni puede contrariar la ley sustantiva, en cuanto se trata de una discrecionalidad reglada.

De otro lado, en términos del inciso cuarto del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, los preacuerdos son vinculantes para el juez, excepto cuando se vulneren garantías fundamentales, único evento en el que tiene la facultad de improbarlos.

Desde los albores de la vigencia del sistema penal acusatorio la Corte Constitucional ha reiterado que la aplicación de los preacuerdos no puede desconocer o quebrantar las garantías fundamentales de las partes e intervinientes, como la víctima², en el mismo sentido, se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³.

En relación con el tema esbozado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia llevó a cabo un estudio de la sentencia SU – 479 de 2019, emitida por la Corte Constitucional en punto de los preacuerdos y como consecuencia de ello estableció unas reglas aplicables al verificar la legalidad de la negociación. Sobre

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

² Ver sentencias C-1260 de 2005, C-516 de 2007 y C-059 de 2010, entre otras

³ Sentencia del 15 de octubre de 2014, Radicado: 42.184, SP13939-2014; sentencia del 25 de mayo de 2016, Radicado: 43.837, SP6808-2016.

la materia indicó⁴:

“Segundo. Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales. Tercero. En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad (...)”

La postura jurisprudencial de antaño, de acuerdo con la cual para improbar los preacuerdos se tenía como fundamento exclusivo el momento procesal en que se realizaban⁵, en aplicación de la normatividad que regula la rebaja punitiva en el allanamiento a los cargos⁶, fue reexaminada por la Corte y como consecuencia de ello moduló la interpretación de la jurisprudencia teniendo en cuenta las diferentes modalidades de negociación.

Así, indicó, cuando se trata de la variación o readecuación típica con fines estrictamente punitivos, como la eliminación de un agravante o si se degrada la forma de participación, por ejemplo de autor a cómplice, no hay lugar a aplicar la normatividad que regula las rebajas punitivas contenida en los artículos 351 y 352, en cuanto se relaciona solamente al momento procesal en que se cumple la aceptación de cargos e incumbe al juez de conocimiento determinar si el beneficio concedido en el preacuerdo resulta desproporcionado.

Debido a lo cual, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la rebaja punitiva acordada partirá de los hechos jurídicamente relevantes y dependerá de la

⁴ Sentencia del 24 de junio de 2020, SP2073-2020, Radicación: 52.227

⁵ Auto del 30 de enero de 2022, radicado 50001 60 00 000 2021 00131 01.

⁶ De acuerdo con los artículos 351 y 352 de la ley 906 de 2004.

ponderación en cada caso concreto de varios parámetros, como el momento en que se realiza la negociación, es decir, si es pronta o tardía, el daño causado, su reparación, el arrepentimiento del acusado y la colaboración en el esclarecimiento de los hechos, entre otros, aspectos orientadores que hagan razonable los términos del acuerdo presentado y su consecuente aprobación.

Otro tema relacionado con las terminaciones anticipadas del proceso, también ya decantado, es el concerniente a la potestad que ostenta el funcionario judicial para la dosificación de la pena en materia de preacuerdos, cuestión que no merece dificultad cuando de allanamiento a cargos se trata, pues en todos los casos el fallador para efectos de determinar la pena a imponer debe acudir a los artículos 60 y 61 del código penal.

En materia de preacuerdos: (i) la pena puede ser objeto de convenio entre las partes, tal como lo prevé el artículo 351 en su inciso segundo del código de procedimiento penal de 2004, cuando indica que, también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. En estos eventos el juez, tras considerar legal la pena acordada y aprobado el preacuerdo debe imponer esa sanción, la negociada, pues le resultaría vinculante.

(ii) En otras ocasiones la forma de preacuerdo establecida por las partes no implica una definición de la pena, entonces el juez en su rol debe asumir tal función y determinar la pena a imponer para dicho evento. Es decir, si la negociación no comprende un arreglo sobre la pena a imponer, deberá dosificar la pena para lo cual deberá aplicar el procedimiento que para individualizar la pena establece los artículos 60 y 61 del código penal.

De otra parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que cuando se varía la calificación jurídica con el único objetivo de disminuir la pena, no se debe tener en cuenta la proporción de rebaja prevista en el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 200416, en caso de flagrancia. Sobre el particular, la citada Corporación en la sentencia SP16933 de 2016 con radicado 46732 expresó:

«Lo anterior significa que, pese a que el imputado haya sido capturado en flagrancia, si éste celebra con la Fiscalía un preacuerdo de la naturaleza recién mencionada –no sobre los hechos imputados y sus consecuencias–,

sino sobre los términos de la imputación, no está sometido al referido descuento de una cuarta parte sobre el porcentaje autorizado por la ley, según se trate de cada una de las fases en que puede llegarse al acuerdo, sino a la rebaja que resulte de la negociación de dicha imputación jurídica, en cualquiera de sus vertientes -la eliminación de «alguna causal de agravación punitiva» o de «algún cargo específico» (artículo 350, inciso segundo, numeral primero), la tipificación de la conducta «de una forma específica con miras a disminuir la pena» (artículo 350, inciso segundo, numeral segundo)-»

Criterio también analizado por la Alta Corporación en sentencia SP-2168-2016⁷ con radicado 45.736 así:

"Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que «obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales».

Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima... ”⁸(Subrayas fuera del texto original).

Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado.

La amplitud del ámbito propicio a una negociación podría explicarse en que lo pretendido por parte del imputado o acusado es una reducción de las condignas sanciones o consecuencias de su delito y como son múltiples los fenómenos condicionantes de las mismas, se torna complejo el tratamiento de este tema, aunque suele superarse tal obstáculo recordando el valor teleológico de la institución que no se inclina por un criterio restrictivo sino por uno de acentuada naturaleza extensiva.

⁷ Radicado 45.736.

⁸CSJ, sentencia del 20 de octubre de 2010, radicación No. 33478. En igual sentido, sentencias del 10 de mayo de 2006 y 22 de junio de 2006, bajo los radicados No. 25389 y No. 24817, respectivamente.

Ello es así, en razón a que uno de los objetivos perseguidos por el legislador con el nuevo sistema procesal, sin descuidar el respeto absoluto por la defensa y el debido proceso, fue el de procurar otorgar celeridad al proceso mediante la confluencia de voluntades y el consenso en la solución del conflicto, que obedece a los fines esenciales del Estado social de derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, según el artículo 2º de la Constitución Política.

5.3 Lo que parece incomodar al Tribunal es que, no obstante, la captura en flagrancia de los procesados se haya preacordado degradar su forma de participación y la consecuente imposición de una pena que conlleva una rebaja en monto superior al previsto en el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, según la modificación introducida por el 57 de la Ley 1453 de 2011.

Tal entendimiento es equivocado y si bien en algunas decisiones de tutela adoptadas por esta Corporación⁹, se ha llegado a similar conclusión, consistente en que en casos de flagrancia la mengua a convenir no puede ser superior a la contemplada en la última norma citada, es esta la oportunidad para hacer las precisiones correspondientes.

Dentro de las modalidades de preacuerdo, contempladas en el Libro III, Título II, Capítulo Único del Código de Procedimiento Penal de 2004, una es la que modula el delito imputado o por el cual se acusa, y otra la que ofrece al inculcado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada. Por consiguiente, si el pacto se hace sobre la base de la aceptación de los cargos formulados en la imputación y la negociación se concreta en la cantidad de pena a imponer, habrá de examinarse el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena, ya sea conforme a los parámetros del primer inciso del artículo 351 o del 352 ibidem. En estos eventos, si la captura fue en flagrancia, es claro que la rebaja deberá observar los límites allí previstos, de cara a lo demarcado en el párrafo del precepto 301 de la Ley 906 de 2004, con la modificación del 57 de la Ley 1453 de 2011.

Así se desprende con nitidez de la sentencia adoptada en sede de control abstracto por la Corte Constitucional CC C-645/12, en la que se declaró exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley indicada «en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.

En las conclusiones de esa decisión, se consignó:

La Corte Constitucional entonces declarará exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución del beneficio punitivo en una cuarta (1/4) parte allí consagrado, debe

⁹ STP17226-2014, STP3646-2015 y STP10043-2015, radicados 76549, 78742 y 80476.

extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos donde se permite la discrecionalidad por parte de los operadores judiciales.

Al respecto, es imperativo resaltar que la aplicación en sentido amplio de la norma demandada, respete los parámetros originalmente establecidos en la Ley 906 de 2004, cuando la terminación anticipada del proceso ocurra en una etapa distinta a la formulación de la imputación, y reconozca el margen que le es propio tanto a la Fiscalía para poder negociar, como al juez para fijar discrecional pero razonadamente la pena acorde con la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinde el imputado o acusado.

Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

*Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues –se insiste– una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del párrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. **Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia...**” (Negrillas fuera del texto).*

El convenio génesis de la decisión confutada, consistió en que el procesado **Carlos Eduardo Álvarez Palacio** aceptaba su responsabilidad por los cargos que le fueran enrostrados en la acusación y sería condenado en calidad de autor, pero para la fijación de la pena se le aplicará la sanción que correspondería para el cómplice, forma de intervención reconocida como ficción legal y como único beneficio a otorgar, dejando la determinación punitiva a la judicatura.

De otra parte, el juzgado impuso la sanción aduciendo: “Así que, conforme la modalidad de negociación, la pena ha de fijar dentro del siguiente marco punitivo: a) prisión de 54 a 108 meses. Ahora bien, **considerando el momento procesal de la declaración de culpabilidad negociada y la situación de *captura en flagrancia***

del aquí procesado, sin que se haya ofrecido algún otro criterio a favor para considerar una mayor rebaja, tenemos entonces que la pena definitiva a imponer es de NOVENTA (90) MESES DE PRISIÓN.”. (Negrillas fuera del texto).

Visto lo anterior, se partirá afirmando que desacertó el juez de primera instancia al individualizar la pena a imponer en noventa (90) meses de prisión, por las siguientes razones:

Primero, porque la negociación celebrada entre la fiscalía y la defensa se llevó a cabo respecto de la tipicidad, degradando la forma de participación de autor a la de cómplice, con todo, al momento de definir el monto de reducción punitiva tuvo en consideración el *A quo* el momento procesal en que se llevó la negociación.

Recuérdese que cuando se trata de preacuerdos con variación típica con fines estrictamente punitivos, *verbi gratia*, cuando se elimina un agravante o se degrada la forma de participación, por ejemplo de autor a cómplice, no aplican, con el fin de determinar la rebaja punitiva contenida en el acuerdo, los artículos 351 y 352, e incumbe al juez establecer si el beneficio concedido en el preacuerdo resulta desproporcionado, juicio de razonabilidad que se concreta en los hechos jurídicamente relevantes y pende de la ponderación de circunstancias como el momento procesal en que se efectúa la negociación, el daño ocasionado, su resarcimiento, el arrepentimiento del acusado y la colaboración en el esclarecimiento de los hechos, lo cual hacen moderado los términos del acuerdo presentado.

Segundo, porque a pesar de que la negociación hizo referencia a una degradación en la tipicidad, pues el beneficio consistió en variar la forma de participación de autor a cómplice no era aplicable lo previsto en el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, tal como lo enseña la jurisprudencia antes citada.

Tercero, en tanto, tal como lo expuso el recurrente, el *A quo* no individualizó la pena a imponer siguiendo los derroteros de los artículos 60 y 61 del código penal, pues era necesario hacerlo, ya que las partes no convinieron sobre la pena a imponer en la negociación.

Definido lo anterior, corresponde a la Sala corregir el proceso de individualización de la pena, para ello debemos partir de la pena prevista en el artículo 365 del código

penal para el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego partes o municiones la cual oscila entre nueve (9) a doce (12) años de prisión. A estos límites se le debe aplicar los montos de reducción punitiva previstos en el inciso tercero del artículo 30 que corresponde de 1/6 parte a la 1/2. Entonces, al tenor del numeral 4 del artículo 60 esos extremos punitivos quedan entre cincuenta y cuatro (54) meses a ciento veinte (120) meses de prisión.

Ahora, al tenor del artículo 61 del código penal se debe dividir el ámbito punitivo de movilidad - cincuenta y cuatro (54) meses a ciento veinte (120) meses- en cuartos, uno mínimo, dos medios y uno máximo. Efectuado el cálculo matemático los cuartos quedan comprendidos así: mínimo de 54 a 70,5 meses; el primer medio de 70,5 a 87 meses, el segundo medio de 87 a 103,5 meses y el máximo entre 103,5 a 120 meses. Como quiera que no concurren circunstancias de mayor punibilidad de las previstas en el artículo 58 del código penal, pero sí confluye la de menor punibilidad de que trata el numeral 1 ibidem del artículo 55 ibidem, la pena a imponer debe estar comprendida en los márgenes del cuarto mínimo, pues así lo describe el inciso segundo del artículo 61 ibidem; es decir, la pena de prisión a individualizar no debe ser menor a 54 meses ni mayor de 70,5 meses.

Ahora, en este punto corresponde establecer el monto del beneficio a conceder con el fin de hacerlo proporcionado y razonable, para ello se tendrá en cuenta el momento procesal en que se llevó a cabo la negociación y la colaboración del procesado para el esclarecimiento de los hechos, recuérdese que el preacuerdo se celebró antes de la instalación del juicio y gracias a que éste renunció al juicio oral y al derecho de guardar silencio; así, la pena a imponer se determina en sesenta (60) meses de prisión.

De esta forma la pena que deberá cumplir el señor **Carlos Eduardo Álvarez Palacio** será de sesenta (60) meses de prisión.

Por último, conforme a la solicitud de la defensa y el análisis realizado por la Sala mayoritaria se han considerado algunos los criterios tenidos en cuenta en la sentencia SP359 de 2022, especialmente en lo concerniente al monto de la pena, pues el togado reclamaba que, si en ese caso que guarda estrecha similitud con el que hoy se analiza, pues hace referencia al mismo delito e idéntica modalidad de negociación, se impuso una pena de cinco (5) años de prisión.

La modificación del monto de la pena principal de prisión trae como consecuencia el ajuste de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta en la sentencia confutada, por el mismo término de la pena principal de prisión, esto es, en sesenta (60) meses.

Corolario de lo anterior, la Sala confirmará parcialmente la sentencia condenatoria, pero, realizará la modificación en lo que tiene que ver con la pena a imponer, por las razones ya señaladas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar parcialmente la sentencia proferida, el 22 de febrero de 2023, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, mediante la cual, con ocasión a la celebración de un preacuerdo, condenó a **Carlos Eduardo Álvarez Palacio** como autor del delito de fabricación tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios partes o municiones.

SEGUNDO: Modificar el monto de la pena de prisión a impuesta a sesenta (60) meses.

TERCERO: Modificar el monto de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, es decir, a sesenta (60) meses.

CUARTO: Contra esta decisión 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)

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada
Con salvamento de voto

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez

Magistrada

Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - 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: **91e2dff36d4970f1514dd7b74bf728749c370da6e842d133fff4720ccca11cdf**

Documento generado en 07/07/2023 08:57:26 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 DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Radicado único	05 837 60 00367 2019 00206
Radicado Corporación	2022-1134-2
Procesado	JONAS ORLANDO GARCÍA LEZCANO
Delito	Actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo
Decisión	Confirma

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

Aprobado según acta Nro. 067

1. ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por la defensa técnica contra la sentencia ordinaria que profirió el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo (Antioquia) el 18 de julio de 2022, por la cual condenó a Jonás Orlando García Lezcano a 120 meses de prisión, al hallarlo penalmente responsable, en calidad de autor, del delito de Actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

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 sentencia interpuso el recurso de apelación el defensor, por lo que la Sala procede a pronunciarse al respecto.

2. HECHOS

Los mismos fueron rememorados por el a-quo, de conformidad con lo plasmado en el escrito de acusación, así:

“De acuerdo con los hechos jurídicamente relevantes se ha podido establecer mediante informe de policía judicial, e informe de captura y noticia criminal formulada por JENIFER PAOLA AGUDELO MANZANO, en su condición de madre de la menor SHAPA- -HOA de 7 años, para la época de los hechos, como el dictamen médico legal de presunta víctima, y evidencia física (entrevistas de familiares de la víctima, como también la de los profesionales de la comisaria de familia en el restablecimientos de derechos de la menor victima como la entrevista realizada por el investigador del CTI dela unidad de genero a la menor SHAPA HOA, se puede establecer como hecho jurídicamente relevante que el señor JONÁS ORLANDO GARCÍA LEZCANO venía realizando tocamientos a la partes íntimas de la menor SHAPA HOA en la casa de la tía de la menor ya que el agresor está viviendo en la residencia de la tía de la menor víctima y aprovechando que la menor va a la casa de su tía le coge las nalgas y la vagina por encima de la ropa, se tiene como segundo hecho relevante que el día 30 de abril la madre de la menor cuando la fue a bañar en sus partes intimas la menor hizo repulsa toda vez al tocarle la vagina por parte de su madre le dolió, por lo que la madre de la menor procedió a interrogarla si alguien o un amigo que va a su casa le había tocado o metido el dedo en la vagina y ella la menor respondió que no, pero no quiso en principio decir que la tocaba hasta que el dijo que si no decía quien le tocaba sus partes intimas se la llevaba el diablo y fue cuando dijo que el señor Jonás el que vive donde su tía le tocaba constantemente la vagina las tetas y las nalgas y que eso se lo hizo por más de 10 veces. Y como un tercer hecho relevante se tiene esta misma persona trato de hacer lo mismo con la hermana mayor de la víctima, pero como está ya tenía conocimiento de lo que le había pasado a su hermana lo evito y no pasó nada.”

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Realizada la captura, el día 01 de agosto de 2019 se legalizó la captura de JONÁS ORLANDO GARCÍA LEZCANO y se le formuló imputación contra el indiciado por el punible de “actos sexuales con menor de 14 años (Art. 209 C.P) en concurso homogéneo y sucesivo (Art. 31 C.P)”, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 09 de septiembre de 2019 la Fiscalía presentó escrito de acusación contra el detenido por el punible de “actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo”, llevándose acabo ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, la respectiva audiencia en sesión del 07 de octubre de 2019, la audiencia de preparatoria se llevó a cabo el día 31 de enero de 2020, dando ello paso a la audiencia de juicio oral instalada el día 12 de marzo de 2020, por lo que luego de varias sesiones, el día 10 de mayo del año 2021, previo a la continuación de la vista pública y encontrándose en la diligencia un nuevo defensor de confianza del procesado, este solicita la nulidad de la actuación procesal desde la audiencia preparatoria, decisión que fue negada por el a-quo, determinación que fue apelada y confirmada por esta Corporación.

Se continuo con los testigos de la defensa el 7 de octubre de 2021 y 25 de febrero de 2022. Concluida la práctica de pruebas y los alegatos finales, la Juez anunció sentido de fallo condenatorio el 21 de abril del año 2022, procediendo luego con la lectura de la sentencia.

4. LA DECISIÓN APELADA

Previa presentación de los hechos, la actuación relevante, las alegaciones finales, y lo estipulado, procede el juez a relacionar y detallar el contenido de la prueba de cargo practicada en juicio para destacar que después de haber sido sometida a la debida contradicción y confrontación, no logró ser impugnada, ofreciendo los testimonios coherencia y veracidad, ajenos a intención dañina contra el acusado. Se acreditó en el debate que existió la oportunidad de tiempo y espacio para ejecutar el comportamiento ilegal.

Reveló que se alcanzó a probar que en efecto el señor Jonás Orlando tenía contacto con la víctima, así como que por instantes permanecía solo con ella en la vivienda y en contacto, aun encontrándose más ocupantes en el inmueble y que durante algunos momentos el procesado aprovecho los espacios para realizar los tocamientos con ánimo libidinoso en la menor. Conclusión a la que se arriba, luego de escuchar todos los testigos presentados por la Fiscalía, quienes aportaron relatos coincidentes, coherentes, consistentes e hilados al acontecer fáctico que involucró la integridad sexual de la menor SHAPA HOA por el hecho objeto de investigación.

Explica los referidos tocamientos efectuados a la menor SHAPA HOA se conocieron el 17 de abril de 2019 cuando la señora Jenifer procedió a bañar a la menor y allí la infante efectuó manifestaciones de incomodidad, situación que alertó a su madre y que de manera lógica diera lugar a preguntar por su

origen y fue allí donde la menor de manera libre, así como lo refirió en juicio y antes las demás entidades, que fue el señor Jonás quien tocó su vagina con los dedos por encima de la ropa. Esta afirmación es recurrente en la menor, de quien no puede demandarse exactitud en el número de veces que ocurrió; pero sí que se dieron en diversas oportunidades, todas ellas en la casa de su tía la señora Luz Stella, persona que en su intervención refirió permanecer en su residencia al igual que su hijo Camilo, además que la menor no acudió a este lugar cuando la testigo allí no se encontraba, queriendo significar que el procesado siempre estaba en compañía de alguien en el inmueble, así como que era imposible el acto acusado pues la condición de soledad entre víctima y victimario no se presentó.

Esas premisas no fueron acogidas por la a-quo, al no ser lógicas, toda vez que se habla de dos testigos con condiciones especiales, es decir, la señora Luz Stella por un tiempo permaneció enferma en el hospital y Camilo realizaba algunas actividades laborales, situación que permite entender que efectivamente si existió la posibilidad que Jonás permaneciera solo en la vivienda; adicionalmente para efectuar los actos acusados solo bastaba con tener contacto por pequeños instantes cuando la infante ingresara en el hogar, sin que estas visitas las conociera su tía; además que el hecho no se presentó el diferentes días, sino un mismo día en reiteradas oportunidades.

Cierto es entonces que, si la señora Jenifer no hubiese estado al tanto de los cambios en su hija, no habría percibido por esa vez, el malestar en la menor en su zona genital, hecho que dio lugar

a conocer la afectación a la libertad, integridad y formación sexual de SHAPA HOA; sin que revista mayor relevancia la teoría exculpatoria del término empleado por la madre y víctima, pues tanto la palabra ardor como dolor simplemente conducen a brindar certeza del tocamiento que sufrió la menor y como bien se sabe, los actos sexuales no presentan huellas de traumatismos en el cuerpo, por lo que al examen médico legal no hay en la menor indicios de estos aspectos.

Resultó plausible acudir a la entrevista que efectuara el psicología adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación, donde SHAPA HOA reiteró que los tocamientos fueron en diversas oportunidades un mismo día, con su ropa puesta y si bien en la menor no se evidenció afectación psicológica, pues tanto los profesionales que la atendieron como en juicio oral se vislumbró una menor tranquila, colaboradora, siendo enfática en señalar a la misma persona como su agresor, esa vivencia de invasión en su libertad y desarrollo sexual ciertamente se constituye en el daño real que se ocasionó, lo que genera un despertar en su libido a temprana edad.

Esa situación, para la falladora primigenia importancia pues en su mente se encuentran diversos hechos de los que, por su edad, la menor no precisa día y mes pero que si se exteriorizaron en el comportamiento que asumió con los niños de su escuela y que generaron recomendaciones por parte de la docente que estaba al frente del proceso escolar de la niña.

Despuntó el a-quo que si bien la defensa trató de enfocar la atención en el mal comportamiento de la señora Jenifer, en

presuntos actos sexuales por parte del compañero de esta; lo cierto es que no se evidenció motivo diferente para la presentación de la denuncia en contra del por condenar, es que la acción recayó en la menor y no en su madre, además SHAPA HOA es clara en precisar de manera espontánea y coherente que fue Jonás quien toco su zona íntima y esto no se logró desdibujar pese al esfuerzo defensivo en querer ocupar la vivienda de manera irracional, olvidando que el señor Camilo si bien profesa una actividad laboral independiente, debía salir a cumplir con sus labores y su madre, en veces no estaba en el hogar.

Lo que, si alcanzó a percibirse es un ambiente de malestar y molestia por parte de los testigos defensivos en contra de la madre de la menor, quienes son enfáticos en hacer verla como una mala persona que ocasionó la idea en la menor de un abuso; pero no consideró que, en atención a la corroboración del testimonio de la menor en asuntos precisos, ese argumento defensivo malgastó fuerza en su aceptación.

Por lo anterior, concluye que se tiene conocimiento más allá de toda duda sobre la ocurrencia del delito y la responsabilidad del señor Jonás Orlando García Lezcano en su ejecución; por ende, lo declara penalmente responsable de la comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, imponiéndole una pena de 120 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso; le negó los sustitutos de la prisión intramuros por expresa prohibición legal.

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

La inconformidad expresada por el apelante tiene que ver con la valoración que la A quo hizo del caudal probatorio, pues en su sentir no fue apreciado de manera correcta en un contexto integral y dentro de la sana crítica a la luz de lo realmente sucedido en el juicio en la etapa probatoria, por cuanto las pruebas debatidas en el juicio no fueron contundentes ni dieron certeza más allá de toda duda razonable para condenar, por lo que solicitó que se revoque la sentencia condenatoria y en su defecto se absuelva al procesado.

Procedió en esa línea a criticar las razones aducidas por el juzgado de primer nivel para concederle total y absoluta credibilidad al testimonio de la víctima, porque de un análisis de lo declarado por la menor agraviada se observa la existencia de protuberantes inconsistencias en su relato que repercuten para que se pueda saber si los hechos endilgados en contra del acusado sucedieron o no.

Aduce, además, que el nombre de su defendido fue implantado por la madre quien, en aras de buscar un culpable, en su deponencia *“deja ver claramente que es ella y no la niña la que menciona inicialmente al señor Jonás y ella al insinuarle el nombre del señor JONÁS, sencillamente acomoda su mente fantasiosa, para darle gusto a su madre que necesitaba un nombre y no ser castigada por el diablo”*, lo que originó *“frente a un hecho no determinado ni manifestado por la menor, lo crea con manifestación irresponsable, insinuando la ocurrencia*

de un hecho y más grave aún, proponiéndole a la menor el nombre de una persona determinada, sin tenerse siquiera una leve manifestación por parte de la menor de que le estuvieran haciendo algo”.

Esgrime que “Es a partir de ahí que todos los testigos “de oídas”, comienzan a repetir lo que la madre sembró en el cerebro de la menor, y ahora queremos hacerlo aparecer como una verdad contada por muchos, cuando es solamente el productor de la imaginación de una madre irresponsable”.

Destaca que antes las distintas manifestaciones que hiciera la madre sobre lo que realmente había revelado la menor, reprocha la falta de diligencia del médico legista, cuando afirma que el relato de la menor es espontáneo, coherente, detallado, consciente, tiene aspectos sensoriales y emociones de cohesión, cuestionándose acerca de “¿Pero, ¿cuál relato de la menor? Se observa claramente que fue la madre la que hizo su narración a su amaño”.

Advierte que la -quo debió prestar más atención a la prueba arriada por la fiscalía, por ejemplo, en la deponencia de Jorge Luis Oviedo Arrieta, mostró una actitud bastante extraña, sudoroso, nervioso, debiéndosele llamar la atención por parte de la directora de la causa, hecho que pasó desapercibido en su análisis, a pesar de que dicho sujeto había sido denunciado ante la Fiscalía porque la madre lo había sorprendido tratando de abusar de SHAPA HOA, como lo hicieron ver los testigos de la defensa, quienes además manifestaron que la agraviada es mentirosa.

De otro lado, en su sentir la experiencia enseña que cuando una menor es víctima de actos sexuales abusivos, quedan secuelas, pero en esta no las evidencian ni la familia, ni los profesionales que la atendieron. Si se hubiera afectado se notaría de entrada en su comportamiento. Es una razón más para decir, no que la menor si fue víctima y no le importó el comportamiento de su agresor, sino que el hecho efectivamente no existió.

A final de su escrito pidió al Tribunal aborde como problema jurídico la sustitución de la detención preventiva por enfermedad, contemplada en el numeral 4° del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal. así, la Defensa considera que al sentenciador le faltó apreciar de manera integral los documentos que acreditan la enfermedad de su asistido, por lo que considera necesario realizar un análisis más exhaustivo sobre la situación que lo aqueja.

Explicó que al momento de su solicitud ante la a-quo La doctora Liliana de Jesús Domínguez Barandica – perito- señaló con claridad suficiente el diagnóstico médico de su prohijado, indicando específicamente las recomendaciones para evitar su posible fallecimiento, así como los riesgos que tiene el estar establecimiento penitenciario. Aquilata así: *“La Juez de instancia no hizo el más mínimo análisis de lo plasmado en el concepto médico, si lo hizo, fue mentalmente y exclusivamente para ella, pero no se pronuncia para nada con argumentos que efectivamente desvirtúen lo manifestado por la profesional de la medicina”*

Bajo reiterativos planteamientos pidió el defensor a esta Corporación la revocatoria de la decisión emitida en la sentencia recurrida *“con fundamento en los derechos constitucionales a la vida, a la salud, a la familia al trabajo y una vida digna, que se revoque lo referente a la no sustitución de la prisión intramural por domiciliaria. Sabemos del hacinamiento, la falta de infraestructura del Inpec, para el albergue la vigilancia y muy especialmente para la atención médica de la población carcelaria y esto pone en peligro la vida de los internos y en este caso especial la de mi defendido. Él tiene arraigo y se puede amparar en su familia quienes pueden cuidar de su salud y vigilar el cumplimiento de la pena en caso de mantenerse la decisión”*, con el fin de que su problema de salud no conlleve a un desenlace fatal.

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.

Se erige entonces como cuestionamiento jurídico establecer si con la prueba legalmente practicada en el juicio oral puede la Judicatura asumir la convicción más allá de la duda acerca de la ocurrencia de la conducta punible enrostrada y la responsabilidad penal del acusado, que permita la emisión en su contra de una sentencia de condena, como así de ese modo lo concibió la Juzgadora de primera instancia; o si en contraste se impone la absolución, como lo proclama el apelante.

En el evento que el ejercicio de valoración que deba hacerse persuada de la necesidad de confirmar el fallo confutado en cuanto a la responsabilidad penal de acusado atañe, se procederá a examinar si es viable reconocer la prisión domiciliaria por grave enfermedad, tal como fue también impetrado por el censor.

En ese orden, la revisión atenta de las carpetas que integran el proceso seguido al señor Jonás Orlando García Lezcano, contentivas de los registros de las diferentes audiencias preliminares y del juicio oral, llevadas a cabo en su contra por la probable autoría material de delito de Actos Sexuales Abusivos con menor de catorce (14) años, del cual supuestamente fuera víctima la niña SHAPA HOA, de siete (7) años de edad al momento de los hechos, de cara a los cuestionamientos esbozados por el apoderado defensor del procesado dentro de las argumentaciones de sustentación del recurso de apelación interpuestos en contra de la sentencia condenatoria proferida el

17 de mayo de 2019, nos advierte que el aspecto jurídico a considerar no es diferente a establecer si el acervo probatorio recopilado legalmente establece, con la suficiencia exigida por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal vigente (más allá de toda duda), la configuración del delito sexual por el cual se procede y la plena responsabilidad penal que le pudiera caber al acusado.

Como quiera que el recurrente reclama la revocatoria de la sentencia por la razón principal de que - en su sentir - los elementos de prueba allegados al proceso no fueron valorados de manera correcta, y que consecuentemente no existe el volumen probatorio exigido por la ley procesal penal para emitir condena, nos corresponde revisar profunda y desapasionadamente el asunto, en orden a establecer la veracidad de aquellas fundamentaciones.

La práctica jurisdiccional nos ha permitido conocer que la demostración de un acontecimiento sexual tiene importantes dificultades judiciales, por aquello que presenta la característica fundamental de constituir "actos de intimidad", motivo fundamental por lo que generalmente se observan encontradas las versiones inculpativas y de defensa, en la medida que la víctima tiende a afirmar la existencia del acto carnal en una modalidad concreta y el imputado a negarlos rotundamente o, en algunos casos, a afirmar que existió el acto sexual pero con consentimiento o voluntariedad de la víctima; esto último en los eventos que "el consentimiento" constituye causal de ausencia de responsabilidad al destruir la tipicidad de la conducta que se le atribuye, por ejemplo cuando se procesa por "violación"

frente a personas mayores de edad; o bien para ubicarse en una tipología penal más benigna, esto es para degradar la imputación de “acceso carnal violento” a la de “acceso carnal abusivo”, cuando el sujeto pasivo de la acción es un menor de 14 años de edad.

Precisamente por la característica de intimidad que comporta el acto sexual, en cualquiera de sus manifestaciones, generalmente no se encuentran pruebas directas que establezcan los pormenores de la relación carnal o de los actos lascivos que se investigan, ni los antecedentes o circunstancias concomitantes al caso en particular, diferentes a las versiones de los sujetos que como perpetradores o víctimas han interactuado en los hechos objeto de investigación, según hemos indicado.

Recordemos que las versiones orales de la víctima y del sindicado jurídicamente se encuentran en igualdad de condiciones, porque absolutamente nadie puede gozar del privilegio procesal que se le crea lo que dice por el simple hecho de la posición que ocupe dentro del proceso. En estas condiciones la credibilidad de cada uno de ellos depende del examen que se haga conforme a los parámetros de la sana crítica, criterio según el cual “Los testigos no se cuentan sino que se pesan”, siendo suficiente uno para probar los hechos base de incriminación y la responsabilidad del sindicado, siempre que se haga un juicioso estudio o valoración del contenido de las exposiciones, porque desde hace mucho tiempo abandonamos los añejos criterios de la tarifa legal.

En estas condiciones, las controversias o tensiones que se presentan entre acusación y defensa solo pueden resolverse analizando las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que rodean el hecho; también debe explorarse la espontaneidad de las declaraciones iniciales, los motivos determinantes que pudiera haber tenido la víctima para acudir a la justicia y, en lo posible, establecer otras pruebas diferentes a las manifestaciones de los sujetos activo y pasivo, para verificar cuál de las tendencias testimoniales se acerca a la verdad.

En la actualidad existe la plena admisión del medio probatorio, pero se recomienda un riguroso proceso de valoración después del cual se debe concluir si su dicho inspira o no confiabilidad. Sobre este aspecto el Alto Tribunal de Justicia ha señalado:

“Es igualmente equivocado calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad. Es cierto, que la psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables y quienes no disfrutan del pleno discernimiento para apreciar nítidamente y en su exacto sentido todos los aspectos del mundo que los rodea; pero, de allí no puede colegirse que todo testimonio del menor sea falso y deba desecharse. Corresponde al Juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o lo apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio”².

Últimamente los precedentes judiciales apuntan a que el testimonio del menor merece especial confiabilidad cuando es víctima de un delito sexual³, porque los relatos de los niños frente a acontecimientos que tienen importancia para sus vidas, por haberlos presenciado o experimentado, suelen ser bastante

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de marzo 19 de 1992. Radicación 7199.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicado 33010.

precisos y bien estructurados. Son las investigaciones científicas las que han permitido establecer la confiabilidad de sus testimonios, cuando son víctimas de agresiones sexuales; los estudios sobre el tema reportan que *“los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de pregunta sugestivas o tendenciosas, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido”*⁴. (subrayas de la Sala).

El relato vertido por la menor SHAPA OA durante la sesión de audiencia pública de juicio oral, celebrada ante el Juez de conocimiento el 12 de marzo de 2020, es en lo sustancial del siguiente tenor:

“Preguntado: ¿Conoces al señor Jonas Orlando García Lezcano?

Contestado: Si lo conozco

Preguntado: ¿Por qué lo conoces?

Contestado: porque él es primo de mi tía

Preguntado: ¿Haz tenido algún problema con el señor Jonás?

Contestado: si señor

Preguntado: ¿Qué clase de problema haz tenido con él?

Contestado: Me estaba tocando las partes íntimas

Preguntado: ¿Qué partes específicamente?

Contestado: la vagina y las nalgas

Preguntado: En qué lugar el señor Jonas te tocó?

Contestado: en la casa de mi tía Estela. Preguntado: Cuántas veces la tocó el señor Jonás?

Contestado: 10 veces

Preguntado: Donde estabas cuando sucedió eso?

Contestado: estábamos en la sala de la casa de mi tía

(...)

Preguntado: Nos vas a manifestar si alguien te dijo que dijeras estas cosas en contra de Jonás?

Contestado: Mi mamá me dijo que dijera toda la verdad

Preguntado: Pero nadie te dijo que dijeras estas cosas en contra de Jonás?

Contestado: nadie me dijo, solamente mi mamá.

Preguntado: ¿Lo que manifestaste de Jonás, es verdad o es mentira?

Contestado: Es verdad

Preguntado: Lo que dices es verdad, porque realmente sucedió o por qué alguien te ha dicho que lo digas? Todo lo que nos has contado es por qué realmente sucedió?

Contestado: alguien me dijo que lo dijera

Preguntado: ¿Quién te dijo que lo dijera?

Contestado: mi mamá

Preguntado: ¿Qué te dijo tu mamá?

Contestado: Que dijera toda la verdad sobre lo que paso

Preguntado: ¿y lo que pasó fue qué?

Contestado: Un día mi mamá me estaba bañando y a mi me dolía la vagina, y ella me dijo que quien me había tocado y yo le dije que nadie, cuando ella fue a buscar la toalla yo le dije que era Jonás.

Preguntado: ¿Qué te hizo Jonás?

Contestado: él me cargo, yo tenía ropa y encima de la ropa me tocó las partes íntimas.

Preguntado: ¿Después de que Jonás te tocó volviste donde tu tía estando Jonás en la casa?

Contestado: No volví

Preguntado: ¿Si tu vez a Jonás en este momento que sentirías?

Contestado: Me sentiría triste por lo que me hizo

Esta versión de la menor SHAPA HOA resulta fundamental en el presente caso, porque a partir de ella se puede discernir de manera amplia y precisa tanto sobre la materialidad de la infracción, como sobre el aspecto subjetivo necesario para fundamentar los cargos, porque lo que se ha venido investigando son unos, actos sexuales abusivos con menor de 14 años, del cual no han quedado evidencias físicas o materiales en el cuerpo de la víctima que permitan corroborar por sí solos sus asertos; con todo, se cuenta con un importante informe de entrevista forense realizado por el Psicólogo adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación, Carlos Santiago Restrepo Zapata, quien recepcionó personalmente a la menor el día 4 de julio de 2019 e indicó que, observado atentamente su relato de manera

individual y en conjunto con las piezas procesales que le fueron remitidas, advirtió que en la versión dada por la menor se mostró tranquila, sin sobresaltos y dispuesta a responder las preguntas, puntualizando además, la entrevista se realizó en presencia de la madre, desconociendo si ella ejerció alguna influencia en su hija, observándose por parte de la Magistratura, al mismo tiempo, coincidencia entre lo dicho por la agraviada en su deponencia como en lo verbalizado ante el profesional en psicología del CTI.

Dígase, además que, al escuchar detenidamente las distintas versiones rendidas por la agraviada, se evidencia uniformidad que mana del contenido de las diferentes declaraciones que las menores rindieron ante varias autoridades, las cuales, como muy bien lo adujo la A quo, en su esencia conservan el mismo hilo conductor. Tal uniformidad que caracteriza, como común denominador, los diferentes relatos que la menor ha ofrecido, generan lo que la doctrina ha denominado como indicio de perseverancia, el cual se presenta *“cuando el declarante se ha mantenido en firme en su imputación...”*⁵.

Ahora, la Sala encuentra que las tesis de incriminación y exculpación esbozadas por el ente de persecución penal y la bancada de la defensa respectivamente, guardan estrecha similitud o coincidencia en cuanto a algunos supuestos que integraron el escenario factual en el que se dice ocurrieron los hechos bajo juzgamiento, pues ambos pusieron de presente que la menor agraviada asistía a la casa de la tía Estela, lugar

⁵ MARCELO A SANCINETTI: De la insuficiencia del testimonio único, con especial referencia al abuso sexual. Página # 219. En Revista de Derecho Penal Contemporáneo # 41, octubre-diciembre 2.012. Legis Editores.

donde sucedieron los hechos, que el procesado para la fecha de los hechos residía en la mentada residencia, y que padecía de problemas de salud, lo que hacía, que al parecer permaneciera con oxígeno.

Pues bien, llegados a este punto habrá que decirse que el testimonio de la menor SHAPA HOA se vislumbra coherente, consistente, responsivo, desprevenido, vivencial en cuanto a su lenguaje, y sobre todo espontáneo, si en cuenta se tiene que tanto el relato vertido lacónicamente por ella, como las respuestas entregadas durante el interrogatorio cruzado, tienen la característica de haber sido entregados sin titubeo o vacilación alguna, haciendo traslucir una versión de los hechos marcadamente verosímil y plausible, que no se torna insólita, y que por tanto es creíble, pues contrario a lo planteado por la defensa, no se encuentra distorsionamiento alguno respecto de los ejes centrales o elementos nucleares de la relación abusiva sexual a la cual dice y repite fue sometida por el señor García Lezcano, persona que como ha quedado demostrado residía en la casa de su tía Estela, además de allegado y conocido de tiempo atrás por sus familiares.

En efecto, a pesar de que en cada oportunidad procesal el defensor se ha referido a contradicciones e inconsistencias en los testimonios de la menor víctima, se advierte que tales supuestas incongruencias, además de no hallarse evidenciadas en la prueba que obra en el plenario, no atañen a los elementos basilares de la estructuración del punible de marras, pues si la menor SHAPA HOA no tiene alguna consecuencia psicológica producto de esos tocamientos, o se evidencia tranquilidad en su

actuar, constituyen aspectos meramente circunstanciales que no concluyen a determinar que el hecho criminal no tuvo ocurrencia. De suerte que, para la Sala, en la declaración rendida por la menor no se avizoran exageraciones o perplejidades que pudieran enervar su capacidad suasoria o demostrativa frente a los hechos lascivos que le hicieron vivir como víctima.

De hecho, la defensa lo planteó como una regla de la experiencia, cuando una persona sufre un episodio de connotación sexual, debe quedar algún tipo de secuela, empero, esa línea de pensamiento es inaceptable porque se sustenta en una falsa regla de la experiencia que, en vez de explicar la manera en que siempre o casi siempre se generan consecuencias, refleja apenas un estereotipo sobre la afectación psicológica que supuestamente *deberían* padecer quienes sufren un episodio de violencia sexual.

Así, Olvida el opugnante que, lo que se reprocha en este tipo penal, no es específicamente una secuela que pueda ocasionar en la menor, o lo que pueda significar en su vida íntima para ella el suceso al que fue sometida, sino, que al ser un tipo penal de mera conducta, solo bastaría con la acción para la configuración del hecho; consecuentemente, el daño psíquico y emocional ocasionado al menor sujeto pasivo, sin dejar de ser uno de los hechos más relevantes dentro del proceso, pasa a un segundo plano a la hora de tomar la decisión, ya que lo que realmente se evalúa por esta Sala es el actuar doloso del señor García Lezcano, siendo así una consecuencia del hecho, la vulneración de la libertad,

integridad y formación sexual de la persona menor de edad, y claramente, como si se ha truncado el correcto desarrollo de la infante, esto es, a la hora de interactuar en sociedad o ejecutar simples acciones en su día a día.

De otro lado, la defensa ha tratado de menguar la credibilidad de la menor, así como el testimonio de su madre, la señora Jennifer Paola Agudelo Manzano, arguyendo que aquella le implantó el nombre del señor Jonás Orlando, desde los inicios, aseverando, además, que la progenitora ha sido insistente en mencionarles a los distintos profesionales que valoraron a la infante, sobre la persona del procesado, como aquella que abuso de su hija, realizándole tocamientos en la vagina. Para ello, el defensor acude a manifestaciones anteriores que la madre de la menor habría efectuado en una entrevista el día 19 de junio de 2019, ante el investigador Jaime Nova López.

Sin embargo, en el proceso no se cuenta con el contexto exacto en que se dieron esas afirmaciones ni la literalidad y forma en que se expresaron. Pero, además, las aseveraciones previas de la señora Agudelo Manzano, que el recurrente utiliza para fundar su reproche no pueden suplir lo manifestado tanto por la menor como por su madre al declarar en el juicio ni pueden servir para controvertir su contenido por cuanto no fueron incorporadas de acuerdo con las reglas del ordenamiento procesal penal, dado que no fueron usadas para impugnar su credibilidad en el debate público y tampoco incorporadas como testimonio adjunto o prueba de referencia admisible.

Recuérdese que el testimonio adjunto es una figura desarrollada por la jurisprudencia para aquellos eventos en que en el juicio el testigo se desdice de las aserciones efectuadas en entrevistas y declaraciones anteriores o cuando las modifica sustancialmente o rehúsa haberlas efectuado. En ese escenario, la parte interesada puede incorporar como testimonio adjunto, susceptible de plena valoración, sus manifestaciones anteriores al juicio, siempre que se garantice a la parte contra la cual se aducen, la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción.

Así lo ha enseñado el órgano de cierre de la justicia ordinaria:

Para cumplir esa exigencia, deben satisfacerse los siguientes requisitos: (i) el testigo debe estar disponible para declarar en el juicio y, de hecho, (ii) se ha retractado en la vista pública de sus aserciones antecedentes u ofrece una versión sustancialmente diferente de la contenida en las manifestaciones anteriores, (iii) La declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, de modo que el Juez cuente con las dos versiones y pueda valorarlas en su integridad a efectos de discernir, con apego a la sana crítica, cuál de ellas le merece credibilidad (CSJ SP 25/01/2017, rad. 44950).

La prueba de referencia, por su parte, es *«toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio»* -art. 437 C.P.P.-.

Como este tipo de pruebas entrañan una limitación del derecho de confrontación, la jurisprudencia de la Sala ha señalado su admisibilidad excepcional, de forma que procede únicamente en los eventos previstos en el artículo 438 *ibídem*, esto es, cuando la persona que ha producido la declaración (i) ha perdido la memoria, (ii) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, (iii) padece una enfermedad grave que le impide rendir testimonio, (iv) ha fallecido, o (v) *«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» (CSJ SP 30/01/2017, rad. 42656).

Y en casos excepcionales de menores víctimas de delitos sexuales, es posible usar sus declaraciones anteriores como prueba de referencia así concurren al juicio, en aplicación del principio *pro infans*, siempre que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido» o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada (CSJ SP 28/10/2015, rad. 44056), circunstancias que no fueron aducidas ni acreditadas en este caso.

Lo anterior, además, porque para la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia, la parte interesada debe haber solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última), y tal pretensión debe satisfacer la carga argumentativa correspondiente.

En este caso, esos procedimientos no fueron adelantados por la defensa y, por ello, las manifestaciones anteriores que refiere el recurrente no se pueden valorar, tal como lo advirtió la a-quo ante el insiste reclamo del apelante durante el contrainterrogatorio a la señora Jennifer Paola Agudelo Manzano⁶. Igual sucede respecto de las manifestaciones que SHAPA HOA habría realizado a su propia madre.

Ahora si en gracia de discusión se acepta la tan mentada situación de instrumentalización de la menor, por parte de su madre, olvida el censor que aquella fue enfática en su deponencia al recordar que cuando iba a bañar a su hija, aquella la esquivó, situación que le generó sorpresa, por lo que le revisó su vagina, pero al no observar nada anómalo, la indagó para ver que sucedía, y ante la negativa de su descendiente de indicarle lo que le pasaba, la amenazó

⁶ Diligencia de juicio oral de fecha 12 de marzo de 2020. Min. 2:07:15

diciéndole “si no me decía la verdad, le iba a decir al diablo que se la llevara”⁷, hecho que generó temor en aquella, por lo que decidió evocar lo sucedido con el señor Jonás⁸, rememorando ese hecho, así: “en el momento que yo la amenacé a ella, no me había dicho que era Jonás, y ella me dijo que era el señor Jonás, ya cuando le hice dicha amenaza, no tengo nada en contra de esa persona hasta el momento (...) en el momento de mi asombro como están las cosas debe de imaginarse que uno debe descartar cualquier cosa y por eso yo antes de juzgar yo lo primero que le pregunte fue eso, uno descarta, y ahí en la casa va mi papá, va mi hijo, van mis hermanos, esta mi marido, que antes pues no vivíamos juntos, sino que éramos novios, claro que yo descarte a ellos, solo le pregunte que si quien la tocaba, ella se iba a jugar donde un compañero, yo le decía, usted se va a jugar donde el niño para que la toque, me dijo, no mamá, y el papá del niño la toca, no mamá, ¿su abuelito la está tocando?, no mamá mi abuelito no, ¿tu hermanito? no mami, nadie mami, solo el señor Jonás, pero no me vaya a pegar, yo le decía no mami, no te voy a pegar”⁹, verbalización que se compadece con lo relatado ante el médico del Instituto Nacional de Medicina Legal.

Nótese además, que aquella fue enfática en su deponencia, al explicar que lo sucedido le generó asombro, porque en varias oportunidades auxilió al procesado ante su delicado de salud, explicando: “se me hacía muy difícil de creer, porque igual yo fui una de las que el señor se enfermaba y yo corría con él, tarde de la madrugada, a llevarlo al hospital a correr con el

⁷ Diligencia de juicio oral de fecha 12 de marzo de 2020. Min. 1:41:20

⁸ Diligencia de juicio oral de fecha 12 de marzo de 2020. Min. 1:41:54

⁹ Diligencia de juicio oral de fecha 12 de marzo de 2020. Min. 1:43:45

riesgo de devolverme para mi casa a esa hora, sola"¹⁰, recordando que ante el develamiento de su descendiente, guardo silencio, para seguidamente darle a conocer el hecho a su tía Estela y a sus hermanos, quienes le recomendaron que colocara en conocimiento de la fiscalía el evento.

En ese contexto, la declaración de la madre de la víctima es relevante y bien puede ser apreciada, al relatar aspectos coincidentes con varios de los episodios constitutivos del abuso sexual, y aportar aspectos de percepción directa, como la cercanía de la vivienda del acusado con el lugar donde éstos residían, que efectivamente la niña visitaba la casa de su tía Estela, así como el daño moral y psicológico que ésta sufrió, cuando le informaron que era mejor mantener a la niña alejada de los niños, tal como se lo indicó la abogada del colegio, cuando le manifestó "que ella había que apartarla mucho de los niños porque desgraciadamente por culpa del señor ella descubrió muy temprano, como se dice, vulgarmente una sensación que a ella le gustaba y que por eso había que mejor retirarla de los niños, para que ella no recordara y quisa no sintiera ese manoseo"¹¹

Y aunque es cierto, como aduce el defensor, que los niños son influenciables, en este caso no se demostró que la agraviada hubiese declarado bajo la guía de terceras personas ni que existiese un motivo para que inventara cargos tan graves, o se haya establecido la implantación o fabulación de los abusos.

¹⁰ Diligencia de juicio oral de fecha 12 de marzo de 2020. Min. 1:46:50

¹¹ Diligencia de juicio oral de fecha 12 de marzo de 2020. Min. 2:17:40

De otra parte, no se discute que, aunque ciertamente, el examen sexológico practicado a la menor por el médico Carlos Oquendo Moreno, no dio resultados positivos respecto de una lesión reciente al momento de la valoración, como quedó precisado en dicho documento y explicado además por el profesional de la salud que lo explicó, la no presencia de lesiones no descarta la ocurrencia de los hechos narrados por la víctima, pues las maniobras sexuales tipo tocamientos no necesariamente dejan huellas; no obstante, el relato de la menor sí podría corresponder a un abuso sexual.

De esta manera, la contradicción aducida carece de soporte probatorio legal y oportunamente aducido al proceso, en la medida que la declaración de SHAPA HOA vertida en juicio fue clara, espontánea y directa en señalar que Jonás Orlando le tocó la cola y su vagina en varias oportunidades por manera que no se trata de un invento sino de un suceso realmente vivido por la niña y fue por ese comportamiento que se dictó fallo de condena en su contra.

De otra lado, no encuentra la Corporación, cuál es la trascendencia de establecer si SHAPA HOA fue observada por el galeno de medicina legal por un enrojecimiento en su parte vaginal o por un ardor en la zona, o cual de los dos hallazgos observó, o que el testigo de cargo Jorge Luis Oviedo se observara sudoroso y nervioso, respecto de la acreditación de la materialidad del delito o la responsabilidad del procesado, cuando tal evento no es consustancial al punible por el que se acusó, ni su ausencia descarta la comisión de esa conducta.

En cuanto a los testigos de la defensa, en consonancia con lo planteado en la sentencia de primer grado, para esta Magistratura es evidente que las declaraciones de los familiares y amigos del procesado carecen de objetividad, pues a más de algunas contradicciones en que incurrieron, sus dichos revelaron un marcado interés en desprestigiar a la menor, todo con el propósito de crear un escenario ajeno a lo realmente acontecido, para hacer que se exonerara de responsabilidad al señor Jonás Orlando, lo cual no sucedió.

En suma, para la Sala no existe ningún tipo de dudas que puedan incidir para cuestionar sobre la credibilidad que mana de las atestaciones rendidas por la menor SHAPA HOA en las que incriminó al ahora procesado como la persona que perpetró un atentado en contra de sus derechos a la libertad, integridad y formación sexual.

Considera la Corporación que hasta aquí se ha ocupado de desarrollar en su integridad lo concerniente al principal problema jurídico al inicio de esta providencia planteado, y habida cuenta que al culmen se ha persuadido sobre el acierto de la condena que viene decidida desde la primera instancia, queda la Magistratura entonces habilitada para avanzar al abordaje de la segunda tensión anunciada, que desde luego aunque explícitamente no ha sido así calificada por el apelante, tiene una naturaleza subsidiaria.

Sobre la prisión domiciliaria por grave enfermedad

La Sala pasa entonces a verificar si deviene jurídicamente procedente conceder la prisión domiciliaria por grave enfermedad.

La finalidad principal de la alzada busca que se autorice al justiciado permanecer en su domicilio con ocasión de la condena impuesta.

Se tiene así, que el juez de conocimiento en la sentencia, además de definirse la responsabilidad penal del acusado, deben señalarse las consecuencias derivadas de la comisión de la conducta punible cuando ha quedado establecida. Por ello, para el juez es un imperativo adoptar todas las decisiones que conciernan con la libertad del procesado, entre las que está la determinación de la pena principal, su forma de cumplimiento y los mecanismos sustitutivos de la prisión¹². Al respecto de estos últimos, en su naturaleza está permitir que la pena privativa de la libertad sea purgada a través de medios distintos al de la reclusión carcelaria, por ejemplo, en libertad, en el domicilio o en un centro hospitalario, siempre que se satisfagan unos requisitos que el legislador ha establecido.

En efecto, como mecanismos sustitutivos, el Capítulo tercero del Título IV de la Ley 599 de 2000 consagra figuras tales como la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, prevista en el artículo 68 sustantivo, cuyo tenor literal dicta:

“ARTICULO 68. RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE. El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o

¹² CSJ AP, 24 jul. 2017, Rad. 46631.

centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta. Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado. Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38. (...)"

Entonces, de acuerdo con esa norma puede decirse que no basta con que en la persona del encartado concurren patologías o malas condiciones de salud, pues es necesario que aquellas revistan superlativa gravedad y que sean incompatibles con la vida en reclusión. Así, la figura supone la constatación de que la salud del procesado se halla de tal modo afectada que resulta irreconciliable con el internamiento intramuros, pues de continuar privado de la libertad en el establecimiento carcelario, se generarían verdaderos riesgos para su integridad física, su salud o su vida, por no recibir oportunamente los tratamientos requeridos¹³.

La gravedad entonces no es una característica de la enfermedad en sí misma, sino la derivada de la condición del procesado. Para eso, el médico debe evaluar la situación actual de salud del encausado y determinar qué tipo de tratamiento requiere y cuáles son las condiciones de manejo y cuidado que deben garantizarse para la recuperación o preservación de su salud. Tal valoración tiene la finalidad de que la autoridad judicial "tenga elementos de juicio a fin de establecer si el sitio de reclusión donde se encuentra la persona cumple, o no, las condiciones mencionadas por el perito

¹³ CSJ SP, 8 jul. 2020, rad. 57189.

médico o si su permanencia en el establecimiento puede comprometer la salud y la propia vida o dignidad del paciente”¹⁴.

En materia probatoria, la mencionada prescripción consagra que para la constatación de esas situaciones en la persona del encausado debe existir concepto de médico legista especializado. Por ello, no es suficiente que medie un concepto de un médico particular, sino que es imperativa la existencia de un dictamen concreto que deponga sobre la enfermedad padecida, su superlativa gravedad y su incompatibilidad con la reclusión intramural. Así lo tiene dicho la jurisprudencia:

“Encuentra la Sala que en ningún error de fundamentación incurrió el Tribunal. En efecto, el hecho de padecer una enfermedad grave no habilita automáticamente la procedencia de la reclusión domiciliaria, toda vez que el artículo 68 del Código Penal condiciona su procedencia a la existencia de un concepto médico especializado en el que se dictamine que el penado se encuentra aquejado de una enfermedad muy grave, la cual es incompatible con la vida en reclusión formal. **Por tanto, para su concesión no basta solo con la manifestación de la defensa ni el aporte de documentación médica y clínica en que se diga que el acusado padece una enfermedad, como lo entiende el impugnante, pues, para la procedencia del beneficio se demanda de un dictamen concreto, que debe diagnosticar ese estado de enfermedad y calificarlo con la gravedad que exige la disposición sustantiva.**”¹⁵ (Negrillas fuera del texto original).

A lo dicho cabe agregar que de acuerdo con la “Guía para la determinación médico legal de estado de salud de persona privada de libertad –Estado grave por enfermedad–”¹⁶ del Instituto Nacional de Medicina Legal, se entiende por médico

¹⁴ C-163 de 2019.

¹⁵ CSJ AP, 8 jul. 2020, rad. 57189

¹⁶Versión 02, julio de 2018. Dispone en <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/305310/RESOLUCI%C3%93N+001086-2018-DG+GU%C3%8DA+DETERMINACI%C3%93N+M%C3%89DICOLEGAL+DE+ESTADO+DE+SALUD+VERSI%C3%93N+02.pdf/5c44fbae-ba8c-e432-8d56-1e648e1d484a>

legista especializado “el(la) perito médico(a) forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o médico oficial debidamente capacitado, entrenado o certificado por esta entidad para realizar un dictamen pericial de determinación de estado de salud en una persona privada de la libertad, siguiendo los lineamientos establecidos en esta Guía, en los casos señalados por la ley colombiana.”

Por su parte, médico oficial se tiene al “médico(a) vinculado(a) con una entidad del Estado ya sea mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de prestación de servicios”. Si, por ejemplo, el estado de enfermedad hace relación a la salud mental del procesado o condenado deberá acudir a la especialidad de psiquiatría conforme la “Guía para la realización de pericias psiquiátricas forenses sobre estado de salud mental del privado de la libertad”¹⁷

Siendo entonces turno de hablar del caso concreto, se tiene que la A quo de cara a la solicitud presentada por la defensa bajo la perspectiva sustantiva del derecho, comprendió en buena medida que lo que debía materialmente estudiarse era la posibilidad de la sustitución de la prisión domiciliaria y sus argumentos estuvieron destinados a ese colofón. A partir de allí la defensa presentó la apelación que ahora nos convoca, regentada a la revocatoria de esa decisión.

¹⁷ Versión 01, diciembre de 2009. Disponible en <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/40473/Gu%C3%ADa+para+la+realizaci%C3%B3n+de+pericias+psiqui%C3%A1tricas+forenses+sobre+estado+de+salud+mental+del+privado+de+libertad....pdf/4a426a22-d00a-ba0d-b1bc-83311b9413f8>.

Sobre este particular, la reseña precedente nos instruye acerca de que la pretensión del censor no tiene opción distinta que la de ser evaluada a partir de los requisitos de los subrogados y sustitutos penales como formas de ejecución de la pena privativa de la libertad. Luego, lo que concierne examinar es si se satisfacen los requisitos previstos en el artículo 68 del Código Penal: la enfermedad muy grave, su incompatibilidad con la vida en reclusión formal y la existencia de concepto de médico legista especializado.

Para hablar del señor Jonás Orlando García Lezcano, es palmario que no puede asentirse la reclusión domiciliaria en comento, porque la parte interesada no allegó al plenario el concepto de médico legista especializado. Es cierto que el recurrente aportó un concepto sobre grave enfermedad suscrito por la médico perito Esp. En valoración del daño Corporal, Lilibian Domínguez Barandica de fecha 20 de mayo de 2022, el que plasma, luego de revisar la historia clínica del mentado, lo siguiente: *“Paciente de 57 años, procedente del área rural de turbo, con diagnósticos de Neumopatía crónica en estudio, sin antecedentes de tabaquismo, ni asma en su infancia y adolescencia, sin antecedentes de exposición a biomasas, ni químicos, además sin antecedentes de Hipertensión, Diabetes. Viene presentando desde el año 2018 cuadros de exacerbaciones agudas de su estado pulmonar con insuficiencias respiratorias, razón por la que estuvo hospitalizado en la unidad de cuidados intensivos de la clínica panamericana de apartado en agosto del 2019, se detecta que lleva un control de su patología, y con uso irregular de inhaladores. Además de este cuadro clínico ha venido presentando desde el año 2018, una pérdida de peso considerable de peso aproximadamente de 15 kilos, lo cual hasta ahora no ha sido estudiado, tiene exámenes realizados durante la primera hospitalización*

con baciloscopias negativas, VIH negativo, radiografía de tórax, sin infiltrados ni consolidaciones neumónicas, ni signos de derrame pleural, silueta cardiaca dentro de límites normales, creatinina 0.77, hemoglobina 15.7, leucocitos 7.370. Es valorado por medicina interna quien considera paciente con antecedentes de Asma del adulto, manejada con salbutamol inhalador y beclometasona de manera no periódica, dada la dificultad de que los medicamentos ingresaran a la institución penitenciaria. Asimismo, tiene valoración por medicina interna en agosto 2019, el cual se deja evidenciado que es un paciente con clase funcional 1 de NY, BHARTEL 100 puntos con antecedentes de ASMA del adulto, con NEUMOPATIA CRONICA en estudio, con insuficiencia respiratoria aguda hipercadnica, sin compromiso cerebral y cardiaco ni renal".

Ese documento no puede categorizarse como concepto de médico legista especializado que reclama el artículo 68 del Código Penal. En el sub examine obra solamente el dictamen de médico particular, lo que hace inviable asentir el sustituto.

Con todo, no puede pasar inadvertido para la Colegiatura una situación campante que se desprende de la lectura del referido dictamen. El informe suscrito tiene como referente o punto de partida exclusivamente su historia clínica, empero, no se encuentra en el contenido del peritaje ni en otros documentos que, por ejemplo, haya estado precedido de valoraciones a epicrisis o de otro tipo de datos que soporten lo afirmado en los documentos base para su análisis.

En este contexto, las conclusiones se cimientan a la larga en la información exclusivamente plasmada de las historias clínicas, las cuales valga decir, se desconoce cuál fue el seguimiento que se le hizo a las mismas. No se observa allí que se hubiere

escudriñado en las situaciones que se adujeron vividas por el procesado, precisamente después de que se vio inmerso en el proceso penal para que se tenga la existencia de una valoración concienzuda y certera sobre el punto. Por esas falencias la Corporación tampoco está convencida del mérito persuasivo de ese elemento de prueba, y eso refrenda que sea necesario materialmente que deba agotarse la exigencia probatoria del artículo 68 del Código Penal.

Dígase además, de conformidad con el contenido del dictamen en comento, esta Sala considera que no se ha acreditado que el acusado presente una patología que resulte incompatible con su lugar de reclusión, y esa circunstancia en particular le impedía a la funcionaria de primera instancia, acceder al beneficio solicitado a favor del procesado, como en efecto así, lo dilucidó.

Aunado a lo anterior, también resulta preciso acotar, conforme se analizó en precedencia, que en este caso se trata de una conducta bastante grave que no puede obviarse pues el sentenciado en varias oportunidades vulneró la libertad, integridad y formación sexual de una niña de 6 años para la fecha de ocurrencia de los hechos; siendo claro entonces que el sentenciado es un peligro para la comunidad en general.

Es importante en este punto para la Sala argüir que el estado de salud del procesado para el momento de la comisión de la conducta punible no constituyó limitante alguno, pues según lo evidenciado del plenario, las condiciones de salud invocadas

las padece por lo menos, desde el año 2018, mientras que los hechos aquí juzgados ocurrieron en el año 2019.

Es importante para esta Sala resaltar que lo que procura con este tipo de pronunciamientos es evitar que los percances en salud sean utilizados como una especie de patente de corso que impida la aplicación del merecido y necesario reproche penal, en eventos como el del sub examine en que la patología alegada, y en este caso preexistente, no sirvió de disuasor para la comisión de la conducta punible, que sin lugar a dudas debe calificarse como grave.

No obstante, lo anterior, teniendo en cuenta el estado de salud del señor García Lezcano, se requerirá al director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para que sea tenida en cuenta su situación, a efectos de que proceda a ubicar al condenado en un centro de reclusión adecuado a sus necesidades, a efectos de que su salud no se vea comprometida. Es importante además advertir que si en algún momento el estado de salud del sentenciado evoluciona negativamente y lleva a que un médico legista lo considere incompatible con la reclusión, este puede realizar la respectiva solicitud ante el Despacho de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que vigile la pena impuesta.

Por las razones expuestas por la a quo y las mencionadas en esta decisión, se confirmará la negativa en la concesión de la prisión domiciliaria por enfermedad grave como sustitutiva de la prisión intramuros que deprecó la defensa del encartado.

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 la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, el 18 de julio de 2022, por la cual condenó a Jonás Orlando García Lezcano a 120 meses de prisión por el punible de actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo y le negó los sustitutos penales.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

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: **2ee6d1094f8843d350c11cfa7f151d63fe668774e966182e5b41244d530397e0**

Documento generado en 10/07/2023 03:07:57 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	056156000334202000321
Radicado Corporación	2022-1192-2
Procesado	JHONATAN CARDONA ARBELAÉZ
Delito	Actos sexuales con menor de 14 años y otro
Decisión	Confirma decisión

Medellín, once (11) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 070

1. ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por la defensa técnica contra la sentencia ordinaria que profirió el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) el 04 de agosto de 2022, por la cual condenó a JHONATAN CARDONA ARBELAÉZ a 09 años de prisión, al hallarlo penalmente responsable, en calidad de autor, del delito de Actos sexuales con menor de 14

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

años y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

2. HECHOS

Según el escrito de acusación, los hechos ocurren el día 06 de septiembre de 2020, a horas del mediodía, en la residencia del procesado ubicada en la vereda El vergel, municipalidad de Rionegro, cuando la menor fue llamada por el señor JHONATAN CARDONA ARBELÁEZ, en ese entonces su vecino, para que le ayudara a buscar un gato que se le había perdido en su casa, lugar a donde ingresa la menor con esa finalidad. Una vez allí el sujeto le realiza con su mano tocamientos en la vagina, por dentro de su ropa, lo cual alertó a la menor para que saliera del mentado lugar, enterando de lo sucedido a su tía Martha, quien a su vez alertó a sus familiares y a las autoridades sobre lo acontecido.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Materializada la orden de captura solicitada por la Fiscalía contra Jhonatan Cardona Arbeláez, se concretan las audiencias preliminares de rigor ante el Juez de garantías el 07 de septiembre de 2020, formulándosele imputación como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, a título de autor, cargos que no fueron aceptados por el imputado. A pedido de la Fiscalía, la judicatura impuso medida de aseguramiento en centro carcelario.

Se radicó escrito de acusación ante el Centro de Servicios Administrativos en octubre 22 del año 2020, por orden verbal del día 27 del mismo mes y año se procedió a señalar fechas para audiencias de acusación y preparatoria. La audiencia de formulación acusación se celebró el día 30 de noviembre del mismo año, oportunidad en que la Fiscalía adicionó el escrito de acusación al incluir los testimonios de la profesora de la menor señora RUBIELA CANTILLO PINILLA, y el de la señora LEIDY CAROLINA GARCÍA ARANGO, psicóloga de la EPS SURA que la atendió. En la misma se reconoció la calidad de víctima de la menor y se previno al procesado par que no realizara acercamientos a través de sus familiares con la menor, ni con sus parientes buscando que estos desistan de la denuncia presentada.

El día 03 de marzo de 2021, se realizó la audiencia preparatoria, sin aceptación de cargos, se decretaron pruebas y se señalaron fechas para audiencias de juicio oral; este último inició en julio 15 del 2021, debido a los distintos aplazamientos y cambios de defensor, durante los días 08 y 30 de noviembre de 2021, 17 de enero, 07 de abril y 15 de junio de 2022, fecha última en la que las partes presentaron sus alegatos de cierre y se anunció el sentido del fallo como condenatorio.

4. LA DECISIÓN APELADA

Previa presentación de los hechos, la actuación relevante, las alegaciones finales, y lo estipulado, procede el juez a relacionar

y detallar el contenido de la prueba de cargo practicada en juicio para destacar que después de haber sido sometida a la debida contradicción y confrontación, no logró ser impugnada, ofreciendo los testimonios coherencia y veracidad, ajenos a intención dañina contra el acusado. Se acreditó en el debate que existió la oportunidad de tiempo y espacio para ejecutar el comportamiento ilegal.

Así, pasa a concluir que el procesado dio rienda suelta a su lúvido ejecutando actos sexuales contra la menor, ofreciendo el testimonio de la menor en juicio contundente tanto por su coherencia interna como externa, analizando el acervo probatorio con el que soporta esa conclusión.

Destacó como relevantes los testimonios de los testigos de cargos, quienes además reúnen condiciones de fiabilidad como quiera que no hay afectaciones de percepción ni de memoria, tampoco se observa interés para incriminar al señor Cardona Arbeláez, encontrándose relación entre las manifestaciones que aquellas realizan, con los cuales logra establecer la coherencia del relato de la menor E.A.O y de contera, el relato del primo de la menor, niño D.S.O.A, quien coincidió en parte del relato de la víctima y por ende, la ausencia de interés para hacer una falsa incriminación en contra del procesado.

En lo que respecta a los testimonios de ambos menores, el a-quo manifiesta que, ambas versiones más allá de solo existir, se complementan, no se contradicen y ofrecen la reconstrucción desde dos puntos de vista distintas de los actos previos a la agresión sexual, desde el momento en que el sujeto activo

decide ir en busca de la menor, hasta que se queda solo con ella en su residencia. Además de que en sede de juicio se pudo constatar que la versión que la niña rinde, no es falaz, y pese a su corta edad, puede dar claridad de los hechos de manera concisa y oportuna, generando plena credibilidad.

También, expresa se descartaría la teoría de una animadversión entre familias en este caso, además de ello, se relató que ambas familias se conocían, no habían tenido malas relaciones y por el contrario, las mismas se enmarcaban en la cordialidad y respeto, se informó por JEISON CARDONA que su mamá rezaba el rosario con la familia de la menor antes del ocurrido el hecho, por el señor ARCILA SOTO el conocer a JHONATAN desde tiempo atrás, haber jugado fútbol con él y recientemente como cliente de la tienda; se descarta también un reconocimiento forzado como lo planteó la defensa, JHONATAN era conocido en el sector, llevaba algún tiempo viviendo en este, su hijo social tenía cierta relación de amistad con otros niños de su edad, desde la captura fue señalado e individualizado, la menor desde un primer momento supo de quien se trataba, sabía dónde vivía, conocía su casa, esto último por haber sido ella propiedad de una de sus familiares.

Por lo anterior, concluye que se tiene conocimiento más allá de toda duda sobre la ocurrencia del delito y la responsabilidad del señor Jhonatan Cardona Arbeláez en su ejecución; por ende, lo declara penalmente responsable de la comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años, imponiéndole una pena de 9 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas por igual lapso; le negó los sustitutos de la prisión intramuros por expresa prohibición legal.

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

La defensa interpuso recurso de apelación alegando que el juez de primera instancia no valoró de forma racional la prueba presentada por el mismo, teniendo en cuenta únicamente el testimonio de la testigo-victima, la menor E.O.A, quien en su sentir, presentaría en su relato inconsistencias y contradicciones, además de la no existencia de otros testigos presenciales que corroboraran su versión, fallando mediante vagas suposiciones que dejarían en el aire y de forma inconclusa lo que realmente sucedió.

Manifiesta que las pruebas de la defensa, llegaron a demostrar mas allá de toda duda la inocencia del procesado, en primer lugar, porque con los testimonios presentados por sus testigos, se evidencia que la menor no habría presentado ningún daño o afectación física o psicológica, además de haberse llegado a comprobar que el posible bajo rendimiento académico de la menor, fue producto de la pandemia y no del suceso provocado figuradamente el 06 de septiembre de 2020 a eso del medio día en la residencia de Jhonatan Cardona Arbeláez. Adicional a ello, la actitud desinteresada de sus progenitores para que ella asistiese a terapia.

Por otro lado, refiere que su prohijado se encontraba en un alto estado de alicoramiento, por lo cual habría una posible disminución en su estado de conciencia y por ende, se desprecia por el fallador esta situación que afecta la estructuración del dolo, y aduciendo como elemento fundante en la sentencia que condenó al señor Cardona Arbeláez, que la familia del procesado busca a la menor víctima con el fin de arreglar económicamente lo ocurrido, trasladando esa acción como propia de Jhonatan sin tener elementos probatorios que respalden la veracidad de ello.

Se cita:

“La valoración probatoria empleada por Juez penal del circuito de Rionegro, Antioquia no fue correcta al extraer de las pruebas practicadas en el juicio un conocimiento más allá de toda duda razonable para inferir la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, exigencia que reclaman los artículos 7 inciso final 4, 372-5 y 381-6, todos del código de procedimiento penal. El Juez declaró la existencia de tal grado de conocimiento superior (posición avalada por el delegado de la fiscalía general de la Nación y delegado de víctimas).

4 “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

5 “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.

6 “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”.

Como apelante cuestiono: i) la idoneidad física o moral de las víctimas y de los testigos de cargo por las anotaciones expuestas en sus deposiciones que evidencian contradicciones. ii) interés en mentir de los testigos de la fiscalía, y iii) su divergencia con el resto del material probatorio, iv) idoneidad de los peritos, incluye la valoración de los de la defensa por parte del juez de instancia,

en varios puntos específicos, los cuales se analizaron en sus deposiciones anteriores.

En torno a lo primero criticó que el Juez otorgó credibilidad a las víctimas habiendo constatado los problemas de contradicción en sus deposiciones y ello dentro de la sana crítica es importante observar en el universo el comportamiento de, algunas con problemas de memoria-cognitivos que tenían y otras sospechosamente recordativas.

En todo caso, esas dificultades y contradicciones no fueron valoradas. No hay un desarrollo probatorio a nivel de pericia o técnica, porque adolece en estricto sentido de conocimiento técnico formal por parte de los peritos como la psicóloga, peritos o testigos de los cuales ataca la defensa su idoneidad.

Por lo anteriormente expuesto, la defensa solicita principalmente se revoque la sentencia condenatoria y consecuentemente dé absolución a su representado.

Los no recurrentes no hicieron pronunciamiento alguno.

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.

Acorde la posición asumida por el apelante, considera la Colegiatura que el problema jurídico a resolver en el sub examine, se contrae a preguntarse si ¿es suficiente el material probatorio aportado por la Fiscalía a efectos de lograr un convencimiento más allá de la duda razonable y así derruir la presunción de inocencia?

Frente a la cuestión, observamos que de los escenarios que plantea la defensa, son las discrepancias de las versiones rendidas con las partes a lo largo del juicio en sus declaraciones, sobre todo la veracidad del relato de la menor, por ejemplo, menciona que la niña E.A.O manifestó primariamente ser abordada por la espalda y posteriormente se realizan los tocamientos, por qué en el informe de psicología, de las sesiones realizadas a la infante señala que fue después de que E.A.O, se sienta en las piernas del sujeto activo mientras le ayudaba a buscar a su mascota. Además de no haber testigos de vista al momento de los hechos, que puedan corroborar que la versión rendida por la menor está acorde con la realidad.

Para ello, forzoso es rememorar la declaración rendida el día 15 de julio de 2021 por la menor E.A.O, frente al despacho de primera instancia en sede de juicio oral:

(...)

PSICOLOGO: muy bien, dime una cosa, tú conoces al señor Jhonatan Cardona

E.A.O: Si señor

PSICOLOGO: hace cuanto que lo conoces

E.A.O: Desde que se pasó a vivir a la casa de mi tía
PSICOLOGO: y eso hace cuanto paso
E.A.O: No recuerdo muy bien
PSICOLOGO: dínos porque tú conoces al señor Jhonatan
E.A.O: Emmmm, porque él me toco, y también porque le compro la casa a mi tía Omary
PSICOLOGO: díganos que paso específicamente con Jhonatan y con usted cuando tú dices que te toco, cuéntanos todo lo que recuerdes de ese día
E.A.O: Yo tengo a mi primo, que se llama Dilan y él me dijo que me había llamado un señor que se llamaba Jhonatan, pero él me dijo y yo no le entendí bien, entonces yo no le apre muchas bolas porque pues no le entendí, entonces yo me fui para la casa de mi tía y a mi una prima me dijo que cuidara al bebe porque ella tiene un niño, y pues yo se lo cuide un rato, y después el señor Jhonatan me llamo, y pues yo fui, pero a mi me acompaño fue dilan, cuando yo fui, me dijo que se le había perdido el gatico y a mi me gustan mucho los animales, y entonces, este, yo entre a la de él y él le dijo a Dilan que se fuera. Y bueno, yo me iba acercando a buscar debajo de una cosita de una sillita, una mesita no sé, porque igual fui por el gatico, y él me cogió y me fue tocando la vagina (min.29.49)
PSICOLOGO: y cuando te toco la vagina, lo hizo por dentro o por fuera de la ropa
E.A.O: Por dentro
PSICOLOGO: y había personas ahí en ese momento
E.A.O: No, yo Salí corriendo donde mi tía marta
PSICOLOGO: saliste corriendo para donde
E.A.O: Para donde mi tía, que trabaja aca abajo
PSICOLOGO: y ese evento paso de día, de noche
E.A.O: De día
PSICOLOGO: que horas eran más o menos
E.A.O: La verdad es que no recuerdo muy bien, por ahí las 12 o no se
PSICOLOGO: donde paso ese evento específicamente, recuerdas donde paso, dínos
E.A.O: (asiente con la cabeza) en si fue en una casa que tenía como una rejilla amarilla no recuerdo muy bien de que color era
PSICOLOGO: como era esa casa por dentro
E.A.O: Por dentro si la conozco muy bien, la verdad no es muy grande, la cocina queda al fondo, la pieza queda en la mitad, el baño, la sala es como que, chiquita, y el baño queda como al lado
PSICOLOGO: y en que parte de la casa pasaron las cosas
E.A.O: En la pieza, y yo Sali corriendo porque la puerta la dejo abierta
PSICOLOGO: de esa situación que te paso con el señor Jhonatan, cuantas veces paso
E.A.O: Solo una
PSICOLOGO: después de eso, que sucedió, cuando llegaste a la casa de tu tía marta, que paso

E.A.O: Estaba temblando y yo no era capaz de hablar, y ella estaba hablando por teléfono, y ya como me vio así colgó el teléfono, porque estaba hablando con mi tía maruja, que siempre la llama, y colgó el teléfono y dijo, "marujita ahorita hablamos que la niña está mala", ella soltó el teléfono y me dijo "Emy que le pasó, qué le pasó" y Corina mi otra prima, ella me dijo, y conté yo ya todo lo que me había pasado y entonces mi primo cogió un palo, y dijo "ella llegó de la casa de donde vivía Sara", y él le fue a tocar y nadie le quiso abrir. Después yo le conté todo a mi tía y mi tía fue y tocó la puerta, y después llamaron a mi primo que estaba dormido que se llama Ivan y también fue y después vinieron unas personas, y también les conté y allá, empezaron a..., le golpearon todos los del barrio

PSICOLOGO: ¿qué más recuerdas?

E.A.O: Eh, que llegó la policía, no recuerdo muy bien la policía como era y pues la policía ya llegó y mi hermano con un amigo, que siempre iba, que es mi primo, lo cogieron arriba porque se estaba escapando para arriba

PSICOLOGO: ¿quién se estaba escapando?

E.A.O: Jhonatan, se estaba escapando, porque lo soltaron para que pudiera correr pero para llamar a la policía y entonces él se fue para arriba y los demás se quedaron abajo, y mi hermana y mi primo lo buscaron arriba, y se lo mostraron a la policía y le dijeron que lo buscaran arriba con mi hermana y también no recuerdo muy bien lo que le dijo a mi hermana, le dijo que, pues no recuerdo bien lo que dijo mi hermana, le dijo más bien como una amenaza

PSICOLOGO: más bien como qué

E.A.O: Una amenaza, que se la iba a pagar

PSICOLOGO: dime una cosa, ese evento, lo que viviste, lo que te hizo este señor Jhonatan, luego te afectó, dime que paso contigo, de pronto te volviste (interrumpieron) que te ocasionó esa situación

E.A.O: Pues al inicio mal, pero luego con la psicóloga bien

PSICOLOGO: cada cuánto estás yendo donde la psicóloga

E.A.O: (la niña solloza)

PSICOLOGO: no te preocupes vamos despacio

E.A.O: (la niña empieza a llorar)

PSICOLOGO: cuánto tiempo hace que vas donde la psicóloga

E.A.O: No sé

E.A.O: (no se entiende bien lo que dice porque habla enredado, ya que está llorando) min 34.17

PSICOLOGO: y te sientes que, como te sientes, tranquila que este proceso te ha ayudado, como es la relación con tus papitos

- (la menor asiente con la cabeza a las primeras preguntas) bien

PSICOLOGO: que es bien. Bien, ellos me cuidan muy bien, ellos

E.A.O: me ayudan, me dan buena comida.

PSICOLOGO: ahorita nos mencionaste que Jhonatan tocó tu vagina (la menor asiente), cuando él tocó tu vagina, te expresó algo

E.A.O: No dijo nada, yo le dije mi mamá me está llamando, mi mamá me está llamando y me dijo disque no, quédate

PSICOLOGO: el dijo qué
E.A.O: Que no, que te quedes, pero yo Sali corriendo
PSICOLOGO: con que parte del cuerpo Jhonatan te toco la vagina
E.A.O: Con las manos
PSICOLOGO: a que distancia de la tía marta vive Jhonatan
E.A.O: A una casa
PSICOLOGO: con quien estaba la tía marta cuando llegaste
E.A.O: Con mis primos
PSICOLOGO: como se llaman esos primos
E.A.O: Giovanni, Miguel ángel, y otro que ya no recuerdo (no se entiende muy bien) se llama anita 42.50
PSICOLOGO: ahorita te preguntaba, que, si esa situación vivida te afecto de alguna manera, de pronto a nivel escolar te afecto
E.A.O: No porque estábamos de vacaciones, y la verdad no porque no tenía tanta tarea entonces no y no me llamaban tanto a clases min43.17

Cuando se indagó, en el juicio oral, a E.A.O la razón por la que conoce a Jhonatan Cardona Arbeláez, manifiesta: “*porque él me tocó*”. Al investigarse sobre que, parte del cuerpo que le toco, contestó: “*la vagina*” y al indicársele si podía contar como la tocaba o con qué la toca, refirió que el sujeto introdujo su mano por dentro de su ropa. Al cuestionársele sobre el lugar donde ocurrieron los hechos, expuso fue en la casa del mismo sujeto, consiguiendo la descripción del lugar de manera clara. Además de que expuso que el hombre le pide se quede en el lugar, pero ella al ver la puerta de la vivienda abierta decide salir corriendo e ir a casa de una de sus tías, quien también era vecina de Cardona Arbeláez, narrando además que en muchas oportunidades el acusado le mandaba a llamar con otro menor, aduciendo que llamara a la “*crepita*” con la excusa de que le ayudase a buscar a su mascota hasta que finalmente accede a ir a la casa y ocurren los hechos.

El dicho de la menor se observa vertido de manera espontánea, coherente y concordante, sin el ánimo de perjudicar al

acusado, se percibe sincero, desapasionado y narra su vivencia, revelando que en una oportunidad mientras buscaba el gatico, que al parecer, se le había perdido al procesado, aquel aprovechó el momento para ingresar su mano por dentro de su ropa y así tocarle su parte íntima —vagina-, manifestaciones que sostuvo ante la psicóloga, a la galena que le atendió, amén de lo narrado a sus padres, luego no existe duda en el sentido que sus vivencias tienen la corroboración requerida y no adolece de vicio alguno.

Adicionalmente, no obra elemento de juicio alguno que permita cuestionar la aptitud probatoria de su atestación o siquiera sospechar que faltó a la verdad, o que lo narrado fue fruto de su imaginación o de una componenda de sus padres, como puede pensarse de manera generalizada en estos casos, pero no debe olvidarse que el menor “D”, corroboró en muchos apartes el dicho de la menor agraviada, y que, en suma, refuerza sus atestaciones en contra del encausado. Veamos:

PSICOLOGO: dínos si conoces a Emily

D: Si es una prima mia

PSICOLOGO: la conoces porque

D: Porque es familiar

PSICOLOGO: muy bien, dínos si conoces al señor Jhonatan Cardona Arbelaez, lo conoces, lo distingues,

D: Si

PSICOLOGO: porque lo distingues

D: Por la cara, porque él y yo éramos amigos pero ya no

PSICOLOGO: ¿y porque dejaron de ser amigos?

D: Ah porque intentó violar a a Emily

PSICOLOGO: y porque sabes eso, que escuchaste

D: Ah porque el me estaba llamando, llamando, llamando, llámame a la crespita, llámame a la crespita, llámame a la crespita, entonces por eso

PSICOLOGO: llámame a quien, a la que?

D: A la crespita

PSICOLOGO: aja, y que paso?

D: Después yo la llame, después yo estaba montando bici y el señor me dijo, yo la llame, cierto, después
PSICOLOGO: y que paso cuando la llamaste
D: Después un amiguito mío y un primo, Jesús, me estaban llamando para irnos hace rato, me llamaron yo fui y Emily fue chillando allá
PSICOLOGO: chillando a donde
D: Donde la mamita
PSICOLOGO: y porque estaba llorando
D: Pues porque Jhonatan le metió la mano en las partes intimas
PSICOLOGO: le metieron la mano por donde
D: Las partes intimas
PSICOLOGO: y usted vio eso
D: No, porque yo me fui a la bici y después fue cuando ya fue
PSICOLOGO: y a donde fue
D: A la casa de mi mamita (...) Marta 1.22.03
PSICOLOGO: y que fue lo que dijo Emily
D: Que la habían tocado
PSICOLOGO: y donde la habían tocado
D: En las partes intimas
PSICOLOGO: recuerdas algo mas
D: No
PSICOLOGO: esto que paso, era de día, era de noche
D: Era de día

Nótese como su primo fue quien la llamó para que ingresara a la casa del señor Jhonatan ante la insistencia de aquel para que la llamara, por lo que se tiene un indicio de presencia, además de contar lo que pudo observar de manera directa, esto es lo que le escuchó decir a la menor víctima.

En atención a los testigos de descargo se desglosa que no aportaron nada relevante a la actuación pues sus dichos fueron orientados a probar que el acusado es hombre de bien, respetuoso con los estudiantes, buena persona que goza de buena reputación y credibilidad en la comunidad. Acorde con lo anterior, los testimonios de descargo no lograron derrumbar la contundencia de los de cargo y en modo alguno sembraron duda frente a la responsabilidad penal del inculcado.

Ahora bien, continuando con el análisis, el impugnante en un segundo momento, imprecisa el testimonio de la psicóloga Leidy Carolina, del cual puede concluirse que la menor no habría sufrido ninguna perturbación psico-emocional ni tampoco física, como también lo habría podido corroborar el testimonio de la docente Rubiela Cantillo, que su rendimiento escolar, esto respecto a su afectación a nivel psicológico, por lo que dentro de su inferencia dedujo que no tendría relevancia para allegarse a un fallo condenatorio.

Para responder esa inquietud es preciso traer a colación lo verbalizado por la psicóloga durante su interrogatorio, en el cual expresa, que, pese a no mostrarse una actitud muy vulnerable, o un dolor latente por parte de la víctima, si existe una afectación en su psiquis, que ha impedido su normal desarrollo. Así lo expuso:

FISCAL: *El motivo de la sesión número 2, ¿cuál fue?*

PSICÓLOGA: *Fue conocer un poco como es esa parte emocional de la niña, hacer una valoración de cómo se encontraba a nivel cognitivo y emocional*

FISCAL: *Y ¿qué encontró en esta sesión número 2?*

PSICÓLOGA: *En esta sesión número 2, la niña reconoce las diferentes emociones, logra asociar las emociones con las experiencias que vive, entre esas emociones que evaluamos, a la hora de abordar el miedo, ella asocia la situación, nuevamente nombra la situación que presentó de presunto abuso, y pues logro encontrar que hay una afectación ahí porque le genera miedo, temor, tristeza, y son emociones a las cuales asocia este hecho.*

(...)

FISCAL: *De acuerdo a la intervención que usted realiza, ¿cuál fue el grado de afectación que la niña tuvo en este evento, supuesto evento del delito sexual?*

PSICÓLOGA: *Bueno, yo no puedo calcular eso en grados, pero sí puedo decir que la niña, durante el proceso, manifestó sentimientos de miedo por la situación, inicialmente dentro de esa valoración emocional y de la sintomatología, aparece que hay síntomas como retraimiento, a nivel físico hay como*

dificultades alimentarias como pérdida del apetito, experimentación de ese miedo, de esa tristeza, de desconfianza, también, incluso, dificultades de sueño, o interfieren en que la niña pueda dormir bien, de hecho, de hecho, durante este periodo, la niña paso nuevamente de dormir sola y de tener esa autonomía a la hora de dormir, pasa nuevamente a dormir con los padres en la misma habitación y también, recuerden que la niña presenta como temores y desconfianza muchas veces a la hora de ir sola a la tienda, por ejemplo, o de ver a alguna persona masculina cerca, desconocida. Se valoran pues, estos síntomas y ya los que ella refiere durante el proceso, que fueron miedo y tristeza.

Ahora bien, frente a la declaración rendida por la Docente Rubiela Cantillo, observemos lo siguiente:

(...)

FISCAL: Cuéntenos, ¿cómo era el desempeño escolar de esta niña a principios de año? Digamos, antes de la pandemia, en primer semestre

DOCENTE: Sí, una niña muy juiciosa, muy bien presentada ella, unos trabajos hermosos, una letra preciosa, muy puntual en la asistencia a clase, muy puntual con los trabajos, siempre muy organizados, sus notas eran que casi siempre entre 4.5 y 5, una estudiante muy excelente, muy buena estudiante.

FISCAL: Cuéntenos, ¿cómo fue ese desempeño terminando el año pasado? En el año 2020, si hubo algún tipo de variación en el desempeño de la niña

DOCENTE: Sí, la niña empezó a no cumplir con los trabajos que se le estaba asignando para la casa, varias veces pues no cumplió con ellos, entonces yo les ponía la notica de que ¡NO CUMPLIÓ!, se le juntaron varios trabajos, de que no los enviaba en el tiempo que los debía de enviar, se vio un bajo rendimiento académico

FISCAL: Recuerda cuando empezó la niña a bajar el rendimiento académico, más o menos en que mes

DOCENTE: Eso fue para el tercer periodo, más o menos, para septiembre, más o menos agosto septiembre, más o menos en esos mesecitos fue que ella empezó el rendimiento académico a decaer.

Se advierte así que el apelante distorsiona el medio de prueba, pues plantea afirmaciones que no consultan la realidad, olvidando además, que, lo que se reprocha en este tipo penal, no es específicamente una secuela que pueda ocasionar en la menor, o lo que pueda significar en su vida íntima para ella el suceso al que fue sometida, sino, que al ser un tipo penal de

mera conducta, solo bastaría con la acción para la configuración del hecho; consecuentemente, el daño psíquico y emocional ocasionado al menor sujeto pasivo, sin dejar de ser uno de los hechos más relevantes dentro del proceso, pasa a un segundo plano a la hora de tomar la decisión, ya que lo que realmente se evalúa por esta Sala es el actuar doloso del señor Jhonatan Cardona, siendo así una consecuencia del hecho, la vulneración de la libertad, integridad y formación sexual de la persona menor de edad, y claramente, como si se ha truncado el correcto desarrollo de la infante, esto es, a la hora de interactuar en sociedad o ejecutar simples acciones en su día a día.

Al respecto nuestro órgano de cierre de la justicia ordinaria², menciona la importancia que se le da a la protección reforzada de los NNA, víctimas de delitos sexuales, se debe a que la persona menor de edad no ha madurado de manera psicológica para comprender realmente la gravedad del asunto de manera directa, tal como en este caso, sino que esa afectación puede verse reflejada en el trunco desarrollo en acciones cotidianas normales. Para ello, se cita lo siguiente:

“En tal virtud, a diferencia de los casos de violencia sexual, el carácter abusivo de las conductas punibles tipificadas descritos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal, personal y racional y especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desarrollado su madurez volitiva y sexual, lo cual se presta para el aprovechamiento indebido por parte de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual, precipitándolos precozmente a unas experiencias para las cuales no están adecuadamente preparados. Y es por ello entre otras razones,

² Corte Suprema de Justicia, providencia SP-086 del 2023. Radicado 53097.

que el legislador considera que los actos sexuales con menores son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas, sino por tratarse el sujeto pasivo de esta conducta, en ultimas, de un incapaz absoluto ante la Ley”.

En la práctica cotidiana y la jurisprudencia, se han explicado que varios son los factores que pueden influir para que ciertos síntomas no se hagan visibles en una menor víctima de violencia sexual, todo ello tiene relación, por ejemplo, con la edad de la víctima y su capacidad de percepción de situaciones, lo traumático o no del evento, si fue un solo episodio o fue una conducta a repetición, el apoyo afectivo - emocional que haya recibido con posterioridad a los hechos, puesto que todos estos elementos de ayuda a no dudarlo le van a facilitar a este menor, que supere con mayor facilidad la experiencia vivida, como lo ha sido evidente en el caso con la menor E.A.O.

Ahora, si bien le asiste razón al defensor en el sentido de que no hubo testigos presenciales de los hechos, pues se trata de delitos cometidos a puerta cerrada, pero nótese que el testimonio de la víctima tuvo corroboración periférica, no está huérfano de respaldo probatorio, además su relato es claro, congruente, descriptivo y sin asomo de perjudicar al agresor, fue refrendado por su familiar, menor de edad “D.S.O.A”, sus padres Elkin Darío Arcila Soto y Luz Elena Orrego Franco, e igualmente por la galena Francisca Paola Mosquera García y la psicóloga Leidy Carolina García Arango, que dan cuenta de lo que la niña les narró, contando el mismo suceso varias veces de igual manera, sin cambios sustanciales que generasen duda de su veracidad.

Además de lo anterior, no puede dejarse de lado, el testimonio de los policiales, Wilton Hanney Ríos González y Diana María Delgado Lagos, quienes acudieron al llamado de la comunidad para que detuviera al presunto agresor, lo que denota plausibilidad en la ocurrencia de los hechos, revelando los agentes del orden la manera como encontraron al procesado, con golpes y algunas laceraciones, lo que da cuenta del enojo de la colectividad frente a su actuar impúdico.

Y si en gracia de discusión fuese testigo único, recuérdese que ello por sí solo no conlleva a que se ponga en duda su credibilidad, pues ha dejado sentado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“... 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 desechaba 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 consideración de lo anterior, es posible que, con un único testigo menor de edad, pueda sustentarse un fallo siempre y cuando su exposición de los hechos sea lógica, unívoca, coherente y esté corroborada con las demás evidencias acopiadas en el debate probatorio.

Frente a la valoración del testimonio de menores víctimas de delitos sexuales señala la jurisprudencia³ la importancia que prevalentemente debe otorgársele al relato del perjudicado, aun a su corta edad, pues corresponde al juez en su sana crítica evaluar sus dichos conjuntamente con las demás pruebas a fin de otorgarle el alcance que hay lugar.

Sumado a ello, tratándose de delitos contra la libertad e integridad sexual, advirtió la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal⁴:

“... desde luego, testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no solo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública. Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no solo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia...”.

Postura ratificada en posterior decisión por la entidad tribunalicia de cierre de la jurisdicción ordinaria, como quiera que “(...) ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad dado el impacto que lo sucedido genera.”⁵

Por último, se destaca que no fue apreciada por la primera instancia, la situación anímica del señor Jhonatan Cardona

³ Sentencia 36357 del 26 de octubre de 2011. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁴ Rad. 51258 de 2019.

⁵ Radicado 35080

Arbeláez, frente al estado en el que se encontraba a al momento de los hechos por el que fuera arrestado, quien al parecer y por su falta de claridad respecto a la situación, se encontraba en un estado de alicoramiento o de falta de lucidez, motivo por el cual se estaría desvirtuando el dolo. Además de reclamar la inactividad de la fiscalía en algunos elementos de prueba, que dice, eran relevantes para esclarecer lo acaecido, como, por ejemplo, el cabello encontrado en los pantys de la víctima, la existencia del lugar de los hechos, la manera como se encontraba distribuida la casa, si tenía rejas o no, debiendo decir desde ya, que el profesional en derecho debió asumir un papel activo en la confección de la prueba y en el recaudo de la información que le interesaba aportar al debate.

Necesario es recordar que, en el modelo de enjuiciamiento criminal con tendencia acusatoria y adversarial, a la fiscalía, en ejercicio exclusivo de su rol acusador, sólo le incumbe probar su teoría del caso.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal⁶, ha expresado:

En el sistema procesal de tendencia acusatoria acogido por la Ley 906 de 2004, por el cual se rige este asunto, los ataques dirigidos a criticar la labor investigativa del órgano acusador resultan intrascendentes, porque quien cumple esta función no está sometido a los mandatos del principio de investigación integral, que impone indagar con igual celo lo favorable y desfavorable a los intereses del procesado.

En este modelo, las partes gozan de total libertad en el ejercicio del derecho a probar y en la selección de la estrategia a seguir

⁶ CSJ SP, 13 may. 2020, rad. 47909

en procura de sacar adelante su teoría del caso. Se trata de una actividad regida por los principios de independencia y autonomía, en cuyo ejercicio no es posible que una parte exija de la otra que oriente la actividad probatoria en determinado sentido, o de una determinada manera.

Su naturaleza adversarial determina que la función investigativa ya no sea exclusiva del órgano acusador, sino también de la defensa, y que dentro de su resorte esté, por tanto, adelantar las gestiones investigativas necesarias orientadas a acopiar las pruebas que estime de interés para sustentar su teoría del caso, sin depender de lo que probatoriamente haya hecho o pueda hacer su contraparte.

La Sala ha reconocido que, en este modelo de enjuiciamiento, a la fiscalía le incumbe probar su teoría del caso, no las hipótesis defensivas del procesado, y que si en ejercicio de esta función acopia pruebas que pueden ser de interés para la contraparte, el deber que surge para ella es sólo de descubrimiento, para que la defensa las conozca y las utilice en el juicio, si lo considera necesario (CSJ AP446-2015, revisión 42815 y CSJ AP de 23 de mayo de 2012, casación 38642, entre otras).

Por contera, la defensa no puede eludir su inactividad, con la excusa que la fiscalía no procuró conseguir las pruebas que, al parecer, favorecen al procesado, precisamente porque está representada por un profesional del derecho al que se le garantizan todas las posibilidades para realizar su propia investigación.

Esta la razón por la cual el principio de investigación integral resulta exótico en este modelo de enjuiciamiento, y por qué los ataques de la defensa, orientados a cuestionar la gestión investigativa del órgano fiscal por omisiones o deficiencias en el recaudo de pruebas, supuestamente favorables a ella, carecen de fundamento.

Por lo tanto, se encuentra que el análisis realizado en la sentencia de primera instancia es preciso, y si bien no es prolijo,

expone casi la totalidad de las manifestaciones realizadas por los testigos en la audiencia de juicio oral, y en esa esa dinámica la parte apelante se permitió al inicio de su escrito argumentativo advertir contrariedades en la declaración de la menor, pero por el contrario, lo que se dilucidó en específico, es que ese relato no fue contrarrestado, sino más bien afirmado por las partes que intervinieron como testigos, lo cual permite concluir que la balanza probatoria se inclinó más a favor de la posición acusadora, lo cual se pudo evidenciar en el fallo, entendiendo que no se trata de una narración de una situación que imaginó, sino de algo que en realidad se vivenció, y lo cual configura un actuar es reprochable ante cualquier instancia.

Por todo lo mencionado, para la Corporación, se violentan los derechos de la niña E.A.O, al padecer de los actos libidinosos presentados el día 06 de septiembre de 2020, por parte de Jhonatan Cardona Arbeláez, confirmándose así la decisión de primera instancia por los actos sexuales con menor de 14 años.

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 la decisión proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, el 20 de octubre de

2022, por la cual condenó a JHONATAN CARDONA ARBELAEZ a 9 años de prisión por el punible de actos sexuales con menor de catorce años y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

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: **04f7bbcdcbc1cf6397db4deef4be42d33686f1030212d3294981fa46609c9ea2**

Documento generado en 11/07/2023 04:37:35 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**

Radicación: 05-360-61-10744-2022-80011-01(2023-0899-3)
Procedencia: Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo
Procesado: JOSÉ MIGUEL BETANCUR PIMIENTA
Delito: Extorsión
Motivo: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma
Aprobado: Acta No. 204 del 06 de julio de 2023
Lectura: Julio 19 de 2023

Medellín (Ant.), seis (06) de julio de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra la sentencia proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo, Antioquia, el veintiséis (26) de abril de dos mil veintitrés (2023)¹ a través del cual condenó, con ocasión al allanamiento a cargos, a JOSÉ MIGUEL BETANCUR PIMIENTA como autor del delito extorsión agravada, imponiéndole dieciocho (18) meses de prisión, multa de setenta y cinco (75) S.M.L.M.V. y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, negándole la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

HECHOS

Fueron reseñados por el juzgado de primera instancia así:

“La presente investigación se inició a raíz de los hechos ocurridos en Municipio de Marinilla- Antioquia, en donde el señor el señor Juan Daniel Franco Serna manifiesta que, para el 10 de diciembre de 2021, le hurtaron su motocicleta en

¹ Documento No. 64 del expediente digital.

horas de la noche, en la vereda la Esmeralda. Indica que desde el 14 de diciembre de 2021 viene recibiendo mensajes del número celular 3209906930, de una persona que le manifestó tener su motocicleta y le exige la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000), con el fin de hacerle la devolución de la moto.”

ACTUACIÓN PROCESAL

Por los hechos antes descritos, en audiencia preliminar concentrada realizada el **diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)**, llevada a cabo bajo la dirección del Juzgado Promiscuo Municipal de Cisneros, Antioquia, se legalizó la captura de JOSÉ MIGUEL BETANCUR PIMIENTA, la fiscalía le formuló imputación por el delito de tentativa de extorsión agravada, de conformidad con los artículos 244, 245 numeral 3 y 27 del código penal y se le impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria en la residencia ubicada en el barrio Ciprés del municipio de Cisneros, Antioquia, casa con contador No. 7850846, además con permiso para estudiar en el SENA de ese municipio, luego para trabajar en el Relleno Sanitario La Pradera, en jurisdicción del municipio de Santo Domingo, Antioquia.

El trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022), la Fiscalía 68 Local de Cisneros, Antioquia, efectuó el traslado del escrito de acusación ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo, Antioquia. Este despacho judicial adelantó audiencia de acusación el 21 de julio de 2022, y con base en los hechos anteriormente reseñados la vista fiscal formuló acusación en contra de JOSÉ MIGUEL BETANCUR PIMIENTA, en calidad de autor del delito de tentativa de extorsión, descrito y sancionado en los artículos 244 y 27 de la Ley 599 de 2000².

La fiscalía efectuó un ajuste de legalidad a la imputación en el sentido de retirar el agravante consagrado en numeral 3 del artículo 245 del Código Penal, por cuanto no contaba con base fáctica; entonces, modificó la calificación jurídica al punible previsto en el artículo 244 del Código Penal, e indicó que la pena correspondía a 144 meses a 192 meses de prisión y multa de 600 a 1200 S.M.L.M.V., es decir, sin el incremento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2003; además, como la extorsión se llevó a cabo en la modalidad tentada esos límites de pena variaban así: prisión de 72 a 144 meses y la multa entre 300 y 900 S.M.L.M.V.

² Audiencia de acusación realizada el 21 de julio de 2022, minuto a minuto 11:40 a 31:18.

Mencionó el señor fiscal la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 37339 de cinco (5) de septiembre de dos mil doce (2012) donde se determinó que no era aplicable el incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 para esta clase de delito, ya que su finalidad estaba referida al derecho penal premial y como la ley 1121 de 2006, en su artículo 26, prohibía esos beneficios para algunos punibles, entre ellos la extorsión, no debía aplicarse ese aumento de pena.

En esos términos, la fiscalía formuló acusación fáctica y jurídica en contra de JOSÉ MIGUEL BETANOCUR PIMIENTA en calidad de autor del delito de extorsión tentado según los artículos 244 y 27 del código penal³.

El trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023) la audiencia preparatoria mutó por una de aceptación de cargos. Es decir, el procesado se allanó a los cargos en calidad de autor del delito de extorsión tentada, según los artículos 244 y 27 del Código Penal, sin el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

DECISIÓN IMPUGNADA

El juez *A quo*, emitió sentencia de naturaleza condenatoria, tras señalar que los elementos materiales probatorios acreditaban, más allá de toda duda razonable, la comisión del delito materia de aceptación por parte del acusado y la responsabilidad del mismo en calidad de autor del delito de conato de extorsión.

Finalmente impuso al declarado responsable JOSÉ MIGUEL BETANCUR PIMIENTA pena de prisión de dieciocho (18) meses y setenta y multa de cinco (75) S.M.L.M.V., por cuanto aplicó la rebaja de pena acorde con el artículo 27 del código penal, como también por cuenta de la indemnización y en los términos del artículo 269 *ibídem*. Así mismo, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal de prisión.

³ Audiencia de acusación realizada el 21 de julio de 2022, minuto a minuto 41:39 a 50:11. “La situación fáctica pues se dice que el señor Juan Daniel Franco Serna... manifiesta que para el día 10 de diciembre del año 2021 le hurtaron su motocicleta, en horas de la noche, en la Vereda La Esmeralda, del municipio de Marinilla. Indica que desde el 14 de diciembre de 2021 viene recibiendo mensajes del número celular 320 990 6930 de una persona que manifestó tener su motocicleta y le exige la suma de dinero de un millón, a fin de hacer la devolución de la moto que había sido hurtada para el 9 de febrero de 2022. El señor Juan Daniel Franco Serna fue citado al municipio de Cisneros, Antioquia con el fin de hacer entrega del dinero exigido y posterior devolución de la motocicleta; para el día 9 de febrero del año 2022 por llamado que hiciera el señor Juan Daniel Franco Serna ... la policía se le realiza el acompañamiento a hacer la entrega del dinero que le estaba haciendo exigida, y es así como en el municipio de Cisneros, Antioquia, en esa fecha, siendo las 10:30, en vía pública, en la dirección calle 20 con carrera 19 B, se realiza la captura de la persona identificada como José Miguel Betancourt Pimienta persona que fue a recibir el dinero producto de la extorsión de la cual venía siendo víctima el señor Franco Serna y se formuló imputación ante el juzgado provisto municipal con funciones de control de garantías de dinero del 10 de febrero 2022 en contra de José Miguel Betancourt pimienta por el delito de extorsión...en la modalidad de tentativa artículo 244 y 27 del Código Penal del Código Penal en la modalidad de coautor título de dolo verbo rector constreñimiento...la conducta delictiva imputada se encuentra regulada en el código penal como extorsión, en el libro segundo del Código Penal título 7, delitos contra el patrimonio económico... artículo 244 con las penas y las multas anteriormente corregidas con la supresión de la circunstancia de agravación y realizado en la modalidad de tentativa, Artículo 27...”

De otra parte, le negó la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por cuanto no se acreditaban los presupuestos exigidos en los artículos 63 y 38B respectivamente, fundamentalmente y respecto de ambos subrogados ya que el delito de extorsión se hallaba relacionado en el inciso segundo del artículo 68A ibídem.

DISENSO Y NO RECURRENTE

La defensa de JOSÉ MIGUEL BETANCUR PIMIENTA, interpuso recurso de apelación. La inconformidad la circunscribió a los siguientes temas:

Se les otorgue la prisión domiciliaria, no obstante, la prohibición para esta clase de delitos prevista en el artículo 68A del código penal, pues, dice, su representado mostró buen comportamiento mientras cumplió la detención domiciliaria, entonces, solicita inaplicar el artículo 68A del código penal, en tanto resulta desproporcionado, teniendo en cuenta los principios que gobiernan la ejecución de la sanción penal, tales como prevención negativa, prevención especial negativa, prevención general negativa, prevención general positiva y reinserción social.

La petición la apoya en el auto 066 de enero 31 de 2023 proferido por la Corte Constitucional por cuyo medio se ordenó, entre otras cosas, medidas tendientes a superar los problemas estructurales que afectan al sistema penitenciario, carcelario y de los centros de detención transitoria que obligaron a declarar, reiterar y extender respectivamente el ECI.

Concluye expresando que como consecuencia de la inaplicación de la excepción consagrada en el inciso 2 del artículo 68A del Código Penal sería procedente conceder la prisión domiciliaria a su procurado, como mecanismo sustitutivo de la pena en los términos del 38 B de la Ley 599 de 2000.

Por su parte, la Fiscalía como no recurrente manifiesta que la solicitud de la Defensa debe ser rechazada por expresa prohibición legal, citando la disposición del artículo 68A del Código Penal. Señala que es cierto que el procesado estuvo estudiando y trabajando, pero lo hizo en función del derecho fundamental del trabajo

mientras cumplía la medida de aseguramiento impuesta, más no con un propósito resocializador que tiene cabida después de la emisión de una sentencia condenatoria, por lo que solicita confirmar la decisión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para desatar la alzada, en tanto el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo, Antioquia, fue quien profirió la sentencia enervada.

Atendiendo a la fundamentación de la apelación y los argumentos esgrimidos por el *A quo*, la Sala se ocupará de determinar si hay lugar a conceder el subrogado de prisión domiciliaria al señor JOSÉ MIGUEL BETANCUR PIMIENTA condenado como autor del delito de extorsión tentada.

La concesión del sustituto penal de la prisión domiciliaria se encuentra contenida en el artículo 38 del código penal, modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014, y consiste en que la privación de la libertad opera en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine. En cuanto a los requisitos fueron regulados en el artículo 38 B del mismo Código, norma que fue adicionada por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, y son los siguientes:

“1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos. 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000. 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;*
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;*
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;*
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad”.*

El artículo 68A del código penal establece que no se concederán: la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores. Y en el inciso segundo señala que tampoco procederán esos beneficios y subrogados respecto de unos cuantos delitos allí relacionados, entre ellos, la extorsión.

Ahora bien, como interpretación sistemática que debe hacerse de este instituto penal, debe tenerse en cuenta lo contemplado por el artículo 68A del C.P., en razón a que se trata de una norma especial y de aplicación obligatoria cuando se deba realizar estudio de solicitudes para la concesión de beneficios y subrogados penales, incluso, beneficios administrativos en favor del procesado, que excluye la concesión entre otros beneficios el de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; cuando la persona haya sido condenada por delito doloso relacionado en el inciso segundo de esa disposición, tal como ocurre con el delito de extorsión.

Descendiendo al caso en particular, tenemos que el señor JOSÉ MIGUEL BETANCUR PIMIENTA fue condenado como autor responsable del delito de conato de extorsión a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión, incluyendo pena de multa en setenta y cinco (75) S.M.L.M.V. y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, sin concederse ningún sustituto penal. Tal negativa se fundamentó en que el punible de extorsión se encuentra relacionado en el inciso segundo del artículo 68A del código penal, motivo por el cual no re reunía la exigencia consagrada en el numeral dos del citado artículo 38B.

Adicionalmente, es menester precisar que el sentenciado conocía de la prohibición que giraba en torno a la concesión de subrogados penales dado que la fiscalía se lo comunicó al momento de la negociación y, posteriormente, ante su manifestación de culpabilidad se verificaron sus derechos y garantías conforme lo dispone el artículo 131 C.P.P. por parte del juzgador y, aun así, el procesado puntualmente señaló estar consciente de ello.

De esta forma y sin que sean necesarias mayores consideraciones observa la Sala que la decisión adoptada por el *A quo* se encuentra ajustada a derecho, por lo que deberá ser confirmada en su integridad, en tanto el delito de extorsión se encuentra relacionado en el inciso segundo del artículo 68A del código penal, e igualmente, encuentra prohibición en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006 que contempla la exclusión de beneficios y subrogados penales, entre otros, para el delito de extorsión. Por esa razón no se satisfacen los requisitos objetivos para la procedencia de la prisión domiciliaria.

Ahora, no es cierto, conforme al planteamiento del opugnador que lo señalado por la Corte constitucional en el auto 066 de enero 31 de 2023 sirva de sustento para inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 68A ya citado, pues trata específicamente sobre la expedición de medidas tendientes a superar los problemas estructurales que afectan al sistema penitenciario, carcelario y de los centros de detención transitoria que obligaron a declarar, reiterar y extender respectivamente el Estado de Cosas Inconstitucional.

Otras determinaciones

Como quiera que el sentenciado se encuentra privado de la libertad desde el 09 de febrero de 2022, y fue condenado a la pena de prisión de 18 meses, se advierte que se aproxima el cumplimiento de la misma, concretamente, el día 09 de agosto de 2023; por esa razón se ordenará que por Secretaría se remita en el menor tiempo posible a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para lo de su competencia, con la anotación que antecede.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Antioquia, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia, en nombre del República de Colombia, y por la autoridad que le confiere la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo, Antioquia, el veintiséis (26) de abril de dos mil veintitrés (2023), que negó la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en favor del procesado JOSÉ MIGUEL BETANCUR PIMIENTA.

SEGUNDO: Remítase por Secretaría en el menor tiempo posible la actuación, a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para lo de su competencia, con la observación que antecede.

TERCERO: Contra la presente determinación 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: **9856ef2805c77683e75055df99e720349819a0bcfcc4302570265fe06b73107d**

Documento generado en 12/07/2023 08:24:37 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, trece (13) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 142

PROCESO: 05 212 60 00201 2012 01882 (2021 1694)
DELITO: USURA
ACUSADA: BETHSABÉ MARTÍNEZ RIVAS
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por el defensor de la señora BETHSABÉ MARTÍNEZ RIVAS, en contra de la sentencia del 06 de octubre de 2021 emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Zaragoza (Antioquia), mediante la cual condenó a BETHSABÉ MARTÍNEZ RIVAS por hallarla responsable del delito de URURA.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que los hechos fueron narrados por la Fiscalía así:

Entre el mes de julio de 2003 y noviembre de 2011, la señora Betty Luz Atencia Beltrán acudió en varias oportunidades a la señora Bethsabé Martínez Rivas, para que le prestara dinero de los cuales cobraba directa e indirectamente un interés del 10% al 20% sobre el

capital prestado sobrepasando el interés establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

En el mes de julio de 2003 la señora Atencia Beltrán prestó la suma de cuatrocientos mil pesos \$400.000, a un interés del 20% que canceló con su sueldo y de acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia, el interés estaba en el 19.44%.

En el mes de enero de 2004 prestó la suma de doscientos mil pesos \$200.000 a un interés del 20%, cobrando la señora Bethsabé Martínez Rivas, por si misma o por un tercero, el sueldo porque poseía la libreta de Banco Agrario de la señora Atencia Beltrán, y le devolvía la suma de cien mil pesos (\$100.000) o doscientos mil pesos (\$200.000), durante todo el año. En el mes de diciembre cobró los salarios de noviembre y diciembre con las respectivas primas, donde solo le devolvió la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000).

Lo mismo ocurrió sucesivamente en los años de 2005, 2006, 2007 y 2008, y de acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia, el interés anual efectivo bancario corriente era del 19.74% a 21.92%.

En el año 2009 debía la señora Betty Luz Atencia Beltrán, la suma de cien mil pesos (\$100.000), y acudió nuevamente ante la señora Martínez Rivas, a que le prestara la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000), más otros cuatrocientos mil pesos (\$400.000), para quedar debiendo un total de novecientos mil pesos (\$900.000). De este capital cobraba un interés del 10%. En el mes de diciembre cobró la señora Martínez Rivas, la suma de dos millones ochocientos mil pesos (\$2.800.000), y de acuerdo con la Superintendencia Financiera

de Colombia, el interés anual efectivo bancario corriente estaba en el 20.74%.

Durante el año 2010 y hasta el mes de octubre de 2011 la señora Bethsabé Martínez Rivas devolvía a la señora Atencia Beltrán la suma de cien mil pesos (\$100.000) a doscientos treinta mil pesos (\$230.000), y de acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia, el interés anual efectiva bancario corriente estaba en el 14.21% a 20.47%.

En el mes de noviembre de 2011, Betty Luz Atencia Beltrán vendió su prima "Samper" a la señora Martínez Rivas, por la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) y cobró un interés del 20%. De acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia, el interés anual efectivo bancario corriente estaba en el 19.39%.

En diciembre de 2011, la señora Martínez Rivas retiró de la cuenta de, Banco Agrario perteneciente a la señora Atencia Beltrán, la suma de quinientos cincuenta y ocho mil novecientos treinta y ocho pesos (\$558.938), del mes de noviembre, más seiscientos sesenta y cuatro mil quinientos cuarenta y nueve pesos (\$664.549) del mes de diciembre, más novecientos noventa mil quinientos cincuenta y dos pesos (\$990.552) de la prima de navidad, dando en total la suma de dos millones doscientos trece mil novecientos cuarenta y nueve pesos (\$2.213.949), dinero del que no devolvió nada por un préstamo de cuatrocientos mil pesos (\$400.000), de igual forma cobró la prima por valor de cuatrocientos setenta y cinco mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos (\$475.465), para un total de dos millones seiscientos ochenta y nueve mil cuatrocientos catorce pesos (\$2.689.414).

La señora Bethsabé Martínez Rivas, para poder prestar el dinero, le exigía de la señora Atencia Beltrán, dejara la libreta de ahorros del Banco Agrario de Colombia y ésta por si misma o por terceras personas retiraba el dinero de la cuenta Nro. 0-1320-12667-4. Con posterioridad, la señora Martínez Rivas sacó sin permiso una tarjeta débito del Banco Agrario, y por si misma retiraba de la entidad bancaria los dineros pertenecientes a la señora Beltrán.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo encontró demostrada la conducta punible y la responsabilidad de la acusada en el delito de Usura en la modalidad de comprar sueldo o prestación social con cobro de utilidad que triplicó el interés bancario corriente vigente para la fecha.

Manifestó que los comportamientos constitutivos de usura acaecidos entre los años 2003 y 2007, estaban afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, toda vez que no podría bajo ninguna circunstancia darse aplicación al inciso 3 del artículo 305 que nace a la vida jurídica a través de una adición contenida en el artículo 34 de la Ley 1142 de 2007. Lo que conlleva a concluir sin dubitación alguna, que siendo la pena máxima 126 meses o 10.5 años de prisión a partir del último hecho relatado frente a esta época, esto es, para los años 2005 a 2008 que se efectuaba un cobro excesivo constitutivo de usura, utilizándose la modalidad de cobro de sueldo, salario o prestación social, si se observa que el escrito de acusación que en el caso del procedimiento abreviado cumple la misma finalidad de la

imputación y que el mismo fue presentado 03 diciembre 2019, para esa fecha dichas conductas ya estaban prescritas.

Para fundamentar la sentencia, la falladora tuvo en cuenta el testimonio de la víctima, afirmando que ella en su testimonio fue enfática en afirmar quién le realizó los préstamos de dinero, para lo cual alude a la profesora Bethsabé Martínez Rivas, precisa de igual forma los valores y el interés cobrados por los préstamos, así como las fechas en las cuales se suscitaron dichos préstamos de dinero y la modalidad utilizada por la acusada para obtener el cobro del capital e intereses, así: para el año 2003 un préstamo por valor de doscientos mil pesos (\$200.000), para el año 2004 un préstamo por valor de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) los cuales tuvieron un interés del 20% y para el mes de noviembre de 2011 un préstamo por valor de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) más otros cuatrocientos mil pesos (\$400.000), con un interés del 20%, todos los cuales fueron bajo la modalidad compra de salarios, afirmación que es coincidente con las declaraciones de los demás testigos de la fiscalía y el representante de víctimas.

De las declaraciones de los testigos concluye que a cambio del préstamo de dinero la profesora Betty Luz, le debía dejar a la docente Martínez Rivas, la libreta de cobro de la nómina y era ésta última la que cobraba el dinero que se prestaba, más los intereses que en un principio eran del 20% luego le bajo al 15% y por último se pagaba un interés del 10%, por último, asegura que por esos préstamos de dinero la profesora Atencia Beltrán, no firmaba ningún tipo de documento. Todos y cada uno de los testigos son contestes con la denunciante en afirmar que desde el año 2003, acudía donde la profesora BETHSABÉ MARTÍNEZ RIVAS, a solicitarle prestamos de dineros con un interés

que oscilaba entre el 20% y el 10%, siendo el mayor préstamo solicitado el de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) para el año 2011.

Expresó que conforme a lo plasmado en el escrito de acusación y de los testimonios recibidos, concretamente el de la víctima, se tiene que para el mes de junio del año 2009, la señora Betty Luz adeudaba a la acusada la suma de cien mil pesos (\$100.000), buscándola luego en el mes de julio para pedir otros cuatrocientos mil pesos (\$400.000) más otros cuatrocientos mil pesos (\$400.000), es decir que para el mes de julio del 2009 existía una deuda por valor de novecientos mil pesos (\$900.000), suma de la que se afirma se cobraba un intereses equivalente al 10 %.

Dice que teniendo en cuenta las tablas de interés de la Superintendencia Financiaría de Colombia, concernientes al interés bancario corriente, mismo que fuera estipulado probatoriamente por las partes, se tiene como interés Bancario Corriente para el año 2009 el correspondiente a 20.47% efectivo anual. También se asevera que, conforme a dicho préstamo para el mes de diciembre, la acusada procedió al cobro de la suma de dos millones ochocientos mil pesos (\$2.800.000), entre capital e interés por lo que haciendo el despacho un análisis bajo las reglas de la lógica de esa suma siendo el capital adeudado novecientos mil pesos (\$900.000) los dos millones cien mil pesos (\$2.100.000) restantes corresponderían a valor pagado a título de intereses sobre el capital.

Agregó que adicionalmente se relata que para el mes de noviembre del año 2011 la señora Betty Luz Atencia, vendió su prima "Samper" a la ahora acusada por un préstamo por valor de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) frente al cual se generó un préstamo de intereses del 20%,

tasa de interés que se reitera fue estipulada probatoriamente por las partes la cual era equivalente al 19.39% efectivo anual, procediendo la señora Bethsabé Martínez, en el mes de diciembre con ocasión al préstamo referenciado a retirar de la nómina de la víctima un total de dos millones seiscientos ochenta y nueve mil cuatrocientos catorce pesos (\$2.689.414), de los cuales corresponde quinientos cincuenta y ocho mil novecientos treinta y ocho pesos (\$558.938) del salario del mes de noviembre, seiscientos sesenta y cuatro mil quinientos cuarenta y nueve pesos (\$664.549) correspondiente al salario del mes de diciembre, la suma de novecientos noventa y cinco mil quinientos cincuenta y dos pesos (\$995.552) correspondiente a la prima del mes de noviembre y la suma de cuatrocientos setenta y cinco mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos (\$475.465) de la prima de navidad. Como puede verse de dicha suma corresponde a lo cobrado a título de interés la suma de dos millones doscientos ochenta y nueve mil cuatrocientos catorce pesos (\$2.289.414).

Impuso una pena de 72 meses de prisión, más multa de 200 smlmv y concedió el sustituto penal de la prisión domiciliaria.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor de la procesada, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1.1. De acuerdo con los hechos fácticos relacionados en el escrito de acusación y corroborado con los diferentes testimonios, la conducta investigada corresponde a la tipificada en el artículo 305 inciso primero, en el entendido, que de la denuncia y de los testimonios recaudados, no queda duda que la conducta investigada se adecua al tipo penal del artículo mencionado pero con verbos rectores “prestar o cobrar” y no por compra de salarios o de nómina o prestaciones sociales, conforme lo establece el parágrafo segundo del artículo 305. Situación que le lleva a concluir que el A quo incurrió en una inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

1.2. Los fundamentos fácticos de la acusación no son coherentes con los fundamentos jurídicos, fíjese que de los hechos narrados se hace mención desde un inicio que desde julio del 2003 a noviembre de 2011, la señora BETTY LUZ ATENCIA acudía en múltiples ocasiones donde la señora BETHSABÉ MARÍNEZ, para que le prestara dinero y se narra que los préstamos son los siguientes: En julio de 2003 la suma de \$400.000; Enero de 2004 la suma de 200.000; en el año 2009 la suma de \$400.000; En el año 2010 la suma de 100.000; En noviembre de 2011 la suma de \$400.000. Conducta que se adecua es al inciso primero del artículo 305 del Código Penal.

1.3. La Juez de Primera instancia, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; también existe incongruencia entre lo probado y lo resuelto, y adopta una decisión en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; adicional la juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y no valoró las pruebas debidamente aportadas en el proceso.

1.4. No se logró probar que la señora Bethsabé Martínez Rivas haya sacado una tarjeta en el Banco Agrario, de ello concluye que por qué si por tantos meses como lo indica la ciudadana Betty Atencia Beltrán, le retiraban dinero de su cuenta, tardó tantos meses y no dijo nada. Resulta irracional que alguien vaya un banco y saque una tarjeta y le retire dinero y que la víctima por varios meses no haya dicho nada, es incoherente, descabellado creer que una persona como la señora Betty Luz Atencia Beltrán, quien es docente, con nivel educativo universitario, licenciada, pueda permitir que le manejen su cuenta o que alguien la suplante y nunca haya hecho reclamo alguno, que haya tardado nueve años para acercarse al banco a reclamar dicha suplantación, situación que enmarca totalmente de Falsedad, pues el Banco cuenta con su sistema Biométrico de identificación, que identifica que el titular de la cedula sea quien realiza la apertura de la cuenta y las solicitudes de talonarios de retiros o tarjetas débito.

1.5. La fiscalía General de la Nación presentó unos extractos Bancarios, de los retiros de los dineros que nada prueba que dichos retiros los haya realizado la señora Bethsabé Martínez Rivas, pues el Banco Agrario se limitó a aportar los extractos y concluye en el informe que no puede establecer quién realizó los retiros.

1.6. Los testimonios tenidos en cuenta por el A quo no fueron valorados en su totalidad. Omitió señalar que el señor Iván del Carmen Rivas Méndez en el juicio dijo que no estuvo presente al momento de algún préstamo de dinero entre la procesada y la señora Betty Luz, pues no sabe qué cantidad le fue prestada. Omitió decir que el testigo Albeiro Antonio Casas Álvarez dijo que no estuvo presente en algún conflicto entre Bethsabé y Betty Luz. Lo que indica en su testimonio es

porque Betty Luz se lo contó. Acortó el testimonio de Bernarda Josefina Atencia Beltrán, quien dijo que no estuvo presente cuando su hermana hizo el préstamo, se enteró porque su hermana llegó con el dinero a la casa y le comentó que le había tocado dejarle la tarjeta a la señora Bethsabé. Tampoco transcribe lo dicho por la señora Norida Loaiza, quien dijo que acompañaba a la señora Betty a la casa de la señora Bethsabé, pero no la dejaban ingresar, porque ella no quería que nadie se enterara de que prestaba plata. Omitió lo dicho por Nuri Atencia Beltrán, quien dijo que no estuvo presente al momento de los préstamos, que se enteró por las necesidades de su hermana. Para la Juez todos y cada uno de los testigos son contundentes con la denunciante en afirmar que desde el año 2003 acudía donde la profesora BETHSABÉ MARTÍNEZ RIVAS a solicitarle préstamos de dineros con un interés que oscilaba entre el 20% y el 10%, siendo el mayor préstamo solicitado el de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) para el año 2011, pero ninguno puede dar fe o en presencia de ellos se estableció el monto prestado o el interés pactado, pues indican que Betty Luz Atencia se los comentó.

1.7. El testigo IVÁN DEL CARMEN RIVAS MÉNDEZ indica en su testimonio que en su contra se encuentra un proceso de embargo, lo que demuestra que su testimonio es mal intencionado y en retaliación por el embargo a su salario en el proceso ejecutivo que cursa en su contra.

1.8. No es cierto que los testimonios sean coincidentes en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, contrario a lo que indica la Juez quien de manera arbitraria no transcribió de forma literal los relatos ni los detalles que como podrán escucharse en los audios que dan fe de lo indicado en la presente apelación.

1.9. Tampoco es cierto que los testimonios como lo indica el fallo de primera instancia hayan sido corroborados también con la declaración de la señora NADYA BOLENA MONSALVE ARIAS, profesional senior del Banco Agrario y del abogado LUIS FERNANDO DUQUE. Omite decir que el testigo Luis Fernando Duque Yepes expresó en el juicio que no le consta que la señora Bethsabé Martínez compre salarios o nóminas y que no se pudo determinar que la señora Bethsabé Martínez hizo los retiros. Al testigo no le consta ninguna negociación entre la señora Bethsabé Martínez Rivas y la señora Betty Atencia Beltrán y se limita su testimonio a lo que le dice la señora Betty Atencia Beltrán, testimonio que no fue valorado en debida forma por la Juez de primera instancia. La señora Nadya no elaboró el informe del Banco y solo lo revisó a grandes rasgos y no revisó las conclusiones. El informe del Banco Agrario en las conclusiones de la investigación realizada por el Banco no se establece quién realizó los retiros de la tarjeta y esos extractos no demuestran que los retiros lo hayan realizado la señora Bethsabé Martínez, tampoco existe registro fílmico y fotográfico que indique quién realizó el retiro de los dineros de la tarjeta débito.

1.10. La fiscalía no pudo desvirtuar la presunción de inocencia de su asistida, con la prueba documental aportada solo se pudo probar que existió una cuenta en el Banco Agrario y que de la misma se realizaron muchos retiros de dinero, unos con libreta y otros con tarjeta. Pero no se probó que su asistida haya retirado los valores, tampoco se estableció que se haya hecho alguna negociación entre la señora Betty y la señora Bethsabé. Tampoco se estableció mediante estudios financieros o peritos que valores corresponden a préstamo y que valores corresponden a intereses. Igualmente, fíjese que los testigos incluyendo a la denunciante hablan del cobro de unos porcentajes

sobre los préstamos, pero tampoco establecen si esos valores eran mensual o anual.

1.11. Por estos vacíos que señala, concluye que la decisión de la Juez de Primera instancia está en contradicción con lo probado. No se entiende por qué la Juez no colocó en el fallo lo que realmente dijeron los testigos y las conclusiones reales de la investigación realizada por el Banco Agrario.

1.12. Contrario lo indicado por la Juez de Primera instancia, la fiscalía no probó lo pertinente al préstamo, ya que brilla por su ausencia la acreditación del capital, pues la Juez de Primera Instancia en la sentencia solo acepta lo dicho por la señora Betty Luz Atencia Beltrán, para ella basta su testimonio, sin existir documentos que acredite lo indicado y mucho menos ninguno de los testigos indican cuál fue el valor prestado, ninguno estuvo de manera presencial, situación que contradice las circunstancias de tiempo, modo y lugar que habla la Juez de primera instancia, es decir no se probó las sumas de dinero que fueron objeto de ese préstamo. En tanto, que no es suficiente probar exclusivamente la tasa de interés, sino que es necesario partir de un capital acreditado. Es por ello que si no hay capital no hay acto jurídico.

1.13. Respecto de la modalidad de la conducta, esto es, uno de los medios utilizados para la consumación del delito, no se probó el hecho de la obtención de la tarjeta débito que presuntamente consiguió la acusada fraudulentamente, lo cual no fue probado y así lo afirmó el delegado de la fiscalía, restando un solo medio de prueba cual es los comprobantes o recibos de la libreta de pago de la víctima. Que no fueron aceptados por la Juez que considera se encontraban prescritos.

1.14. Solicita:

- Se readeque la conducta y consecuente con ello, atendiendo el tiempo transcurrido entre la comisión del delito (diciembre de 2011) hasta el momento en que se realizó el traslado de la acusación, y atendiendo que ya se había superado el máximo de la pena fijada en la ley o sea 90 meses, se declare la prescripción de la acción penal.
- Revocar el fallo de primera instancia y como consecuencia absolver a la señora Bethsabé Martínez Rivas.

2. El señor Fiscal, como sujeto no recurrente, solicita confirmar la decisión apelada.

Sostiene que la intervención del apelante no concuerdas con la práctica probatoria debidamente controvertida en el juicio oral. Sus argumentos se basan en especulaciones sin fundamento y pretenden tergiversar el contenido, no solo de la sentencia, sino además de los testimonios aportados. Desconoce que el testigo Albeiro Casas Álvarez manifestó que Betty le comentó acerca de unos inconvenientes por situaciones económicas con la procesada. Que el testigo Luis Fernando Duque en su labor de abogado conoció de la venta de la nómina de la víctima hacia la procesada, reafirmando que era una docente y que a la par fungía como prestamista y que fue él quien le recomendó que interpusiera la denuncia. Fue testigo directo de los trámites ante el Banco Agrario y frente a lo que comentaba la víctima acerca de la compra de la nómina o salarios.

Afirma que el recurrente omite lo dicho por Bernarda Josefina Atencia Beltrán en cuanto a la modalidad del préstamo que consistía en retener las libretas para poder retirar directamente del Banco en las fechas de pago. Igualmente, omitió que la testigo dijo que la procesada le negó un préstamo adicional a su hermana porque no le quedaba parte del sueldo. Omitió lo referente al cobro de las primas y el salario del cual le manifestó la procesada que no le había quedado dinero a la víctima. Esta testigo fue coherente al manifestar que percibió cuando su hermana llegaba con el dinero a la casa producto de los préstamos. La testigo Nury Atencia también habló de la compra de nómina y que la procesada cobraba el sueldo de su hermana por medio de libreta y después de una tarjeta que nunca se supo cómo la obtuvo la procesada. Y así, relaciona otros testigos.

Reconoce que no se pudo probar que la señora Bethsabé Martínez haya sacado una tarjeta en el Banco Agrario, sin embargo, esto no resta credibilidad a lo manifestado por la víctima, pues existieron actos positivos como el manifestar que ya no necesitaba la autorización en la libreta. La investigación del Banco concluyó que la víctima permitió que un tercero manejara su cuenta, que no es otro que la señora Bethsabé por la venta de los salarios que hacía mes a mes. Y el hecho de no haber dicho nada se explica, porque consentía que retirara su sueldo. Sin embargo, cuando creyó haber pagado y una vez se percató que no existían más talonarios en la libreta de ahorros, fue que dispuso la realización de actos para establecer cómo continuaba la procesada retirando su salario.

Considera que no es irracional que una persona saque una tarjeta débito a nombre de otra. No es el deber ser que esto ocurra, pero

sucedió, aunque no se sabe la estrategia utilizada. Sí es sospechoso que en el Banco no se encontraran los soportes.

Afirma que si el señor Iván del Carmen Rivas no recuerda el monto de lo prestado, esto demuestra es su sinceridad y nada desvirtúa la ocurrencia de los hechos y la información que entregó como testigo sobre los intereses del 10 y 20 %.

Sostiene que en ningún momento la teoría del caso de la Fiscalía se encaminó a que en el juicio de pertinencia presentar a los testigos como presenciales al momento de los préstamos, el juicio de pertinencia se limitó a demostrar qué sabían estas personas, cómo lo sabían y para hacer más probable la ocurrencia de los hechos investigados.

Dice que el recurrente señala que no se logró probar la periodicidad de los intereses, pero olvida que la compra de las primas y salarios se realizaban mes a mes con el cobro de los salarios o de las prestaciones sociales que obviamente sabía la denunciante la fecha del pago. Desconoce lo señalado por la víctima en cuanto a los préstamos realizado en el año 2011 por valor de 400.000 pesos y que los retiros alcanzaron la suma de 2.800.000.00 pesos.

Según observa, el recurrente no señala claramente cuáles son las normas procesales o sustanciales vulneradas en la sentencia recurrida y no plantea una hipótesis alternativa y lógica en la que se señale como las pruebas practicadas hubiesen podido arribar a otra decisión. No es claro que pretendió con el recurso, si buscar la prescripción de la acción penal o la absolución.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en esta ocasión se limita a determinar si al juicio se allegó o no prueba que conduzca a un conocimiento más allá de toda duda sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad de la acusada.

Para el A quo, del análisis de la prueba y lo consignado en la acusación se pudo establecer la ocurrencia de unos préstamos realizados por la procesada en favor de la señora Betty Luz Atencia, por lo cual cobró un interés que triplicó el interés bancario corriente para cada período correspondiente y en la modalidad de compra de sueldo o prestación social. En cambio, el recurrente sostiene que la Fiscalía no demostró los montos de los préstamos ni el valor de los intereses y de todas formas conforme con la acusación, la conducta no se tipifica en el inciso segundo del artículo 305 del Código Penal, esto es, bajo la modalidad de compra de sueldo o prestación social.

Para decidir, la Sala escuchó atentamente lo ocurrido en el juicio oral y pudo establecer lo siguiente:

1. La Fiscalía se comprometió a demostrar que la procesada realizó múltiples préstamos a la señora Betty Luz Atencia entre los años 2003 y 2011 bajo la modalidad de compra de sueldos o prestación social a unos intereses que triplicaron el interés bancario corriente para los períodos correspondientes. Expresamente en la acusación se mencionaron los préstamos ocurridos en el mes de julio de 2003, por \$ 400.000.00 a un interés del 20%, en del mes de enero de 2004 por un valor de \$200.000.00 a un interés del 20 %, el del año 2009 por un

valor de \$400.000.00 en una ocasión y otros \$400.000.00 en otra a un interés del 10%. Igualmente, señaló que en el mes de noviembre de 2011 se hizo otro préstamo por valor de \$400.000.00 a un interés del 20 %.

Y si bien la Fiscalía en la acusación habló solamente de préstamos por valor total de \$1.800.000.00 entre los años 2003 y 2011, expresa que la procesada desde el año 2003 retiraba el salario que le fuera consignado a la víctima en su cuenta de ahorro mes a mes y le devolvía pequeñas sumas de dinero. Expresamente dice que en el año 2004 cada mes le devolvía la suma de 100.000 a 200.000 mil pesos y en diciembre a pesar del pago de las primas solo le devolvió 400.000 pesos, conducta que se repitió durante los años 2005, 2006, 2007 y 2008. Igualmente, se dijo que en el mes de diciembre de 2009 la procesada retiró \$2.800.000.00 de la cuenta de la víctima y que en los años 2010 y hasta octubre de 2011, la procesada le devolvía a la señora Atencia Beltrán la suma de 100.000 a 230.000 pesos y en el mes de diciembre retiró 2.689.414 pesos.

2. Las partes estipularon algunos aspectos de tema de prueba propuesto por la fiscalía, como el valor de los salarios de la señora Betty Luz Atencia durante los años 2003 a 2011 y las certificaciones de la superintendencia financiera con respecto a los intereses bancarios corrientes que cobraban los bancos durante ese tiempo, por lo que debía demostrar el monto de los préstamos, los intereses o utilidad pactada y los cobros realizados.

3. Ahora, quedó claro que los testigos presentados por la Fiscalía no tuvieron un conocimiento directo de las negociaciones realizadas por la procesada y la señora Betty Luz Atencia, pues si bien algunos

manifestaron que la acompañaron a la casa de la señora Bethsabé Martínez, ninguno dio cuenta de los valores prestados y los pormenores de la negociación. El señor Iván del Carmen Rivas Méndez afirmó que él también acudía ante la señora Bethsabé para préstamos y acompañaba a la señora Betty Luz. Señala que el interés cobrado por ella era al principio del 20 % y luego bajó a un 10 %, pero no suministra pormenores de los negocios entre Betty Luz y Bethsabé Martínez. El testigo Albeiro Antonio Casas Álvarez contó que también acudía ante la señora Bethsabé para realizar préstamos y que le cobraba un interés del 10% y conoció de boca de Atencia Beltrán los problemas que ella tuvo con Bethsabé Martínez. La señora Bernarda Josefina Atencia Beltrán, hermana de la víctima, conoció por boca de ella, las negociaciones, y en una ocasión fue a la casa de la señora Martínez Rivas y ella se negó a entregar algún dinero aduciendo que ya no le quedaba nada del sueldo. También obtuvo un préstamo personal por valor de \$100.000 pesos a un interés del 10 %. Nuri Atencia Beltrán también hermana de la víctima, tampoco suministra pormenores sobre las negociaciones y dice que no estuvo presente en ellas, aunque algunas veces la acompañó a la casa de la procesada. La testigo Norida Loaiza también cuenta sobre los préstamos, pero afirma que si bien acompañaba a la señora Betty Luz no la dejaban entrar a la casa de Bethsabé, porque ella no quería que todo el mundo se diera cuenta que prestaba dinero.

Para la Sala, es claro que con estos testigos puede afirmarse que realmente la señora Bethsabé Martínez Rivas sí hacía préstamos por los cuales cobraba intereses mensuales entre el 10 y el 20 % y conocieron de los realizados a la señora Betty por las manifestaciones de ella misma y porque en algunas ocasiones la acompañaban a realizarlos, pero al juicio no suministraron datos sobre esas

negociaciones. También los testigos dejan claro que la señora Bethsabé pedía como garantía que le permitieran retirar directamente de las cuentas de ahorro, para lo cual le entregaban la tarjeta débito.

Ahora, la señora Nadya Bolena Monsalve Arias acudió al juicio para ingresar un informa del Banco Agrario que ella no elaboró y, por tanto, poco aportó al esclarecimiento de los hechos. Y por su parte, el abogado Luis Fernando Duque Yepes lo que hizo fue prestar sus servicios como abogado para solicitar al Banco Agrario explicaciones del manejo de la cuenta de ahorros de la señora Betty Luz Atencia Beltrán y conforme con lo que ella le manifestó. Por tanto, estos testigos no dan cuenta de los pormenores de las negociaciones entre Bethsabé Martínez Rivas y Betty Luz Atencia Beltrán.

4. Por lo anterior, para demostrar el monto de los préstamos, el valor de los intereses y los cobros realizados por la procesada, la Fiscalía contó únicamente con el testimonio de la propia víctima, pero en el interrogatorio que le hizo en el juicio oral no abordó todos los puntos expuestos en la propuesta acusatoria.

La señora Betty Luz Atencia Beltrán afirmó en el juicio que en el año 2003 la señora Martínez Rivas le prestó la suma de \$400.000.00 a un interés del 20 % y con posterioridad en el año 2004, le prestó la suma de \$200.000.00 y ante pregunta del Fiscal, señaló que el último préstamo se hizo por valor de \$400.000 pesos en el mes de noviembre de 2011 a un interés de 20%. Y a pesar de la insuficiencia en la información dada vistos los hechos de la acusación, la Fiscalía no ahondó más en los montos de los préstamos, esto es, cuánto prestaba mes a mes desde el año 2003 hasta el año 2011 y los intereses cobrados por cada uno de ellos, dejando la sensación que solo fueron

esos tres préstamos. El incorrecto interrogatorio dejó sin sustento probatorio la mayor parte de los supuestos fácticos de la acusación.

Por ello, la Sala sólo puede tener como probados los préstamos a los que se refirió la señora Betty Luz Atencia Beltrán en su declaración en el juicio oral y como la sentencia no versó sobre los hechos ocurridos con anterioridad al año 2007 por considerarlos prescritos, se concluye que solamente pudo demostrarse en el proceso el préstamo ocurrido en noviembre de 2011 por el cual la procesada cobró un interés del 20% y que era mensual, toda vez que conforme con lo dicho por la testigo, debía pagarse al mes siguiente cuando pagaran las primas en su actividad de docencia.

Se equivocó la señora Juez al momento de proferir la sentencia, emitirla por valores que no fueron probados en el juicio, pues no podía como lo hizo, completar la prueba con lo plasmado en el escrito de acusación para mencionar un préstamo equivalente a 900.000 pesos para el año 2009 y 400.000 pesos para el año 2011.

Conforme con lo estipulado, salta a la vista que el interés cobrado triplicaba el interés bancario corriente cobrado por los bancos para los meses de noviembre y diciembre de 2011.

5. Por el deficiente interrogatorio realizado a la señora Betty Luz Atencia Beltrán, muchos aspectos de la acusación quedaron oscuros, sin fundamento probatorio y sobre todo, porque resulta increíble que ante unos préstamos de tan poco monto, la señora Betty Luz haya permitido a la señora Bethsabé Martínez Rivas manejar su cuenta de ahorros a su antojo y retirar sumas de dinero que desbordaban claramente los capitales prestados y los intereses cobrados, todo

desde el año 2003 hasta el año 2011. Nótese que para el año 2003 la señora Betty devengaba mensualmente la suma de \$518.793.00, para el año 2004 \$552.463.00, para el año 2009 \$802.788.00 y para el año 2011 \$844.802.00 y la prima de navidad para el año 2009 fue de \$940.104.00, para el año 2010 \$959.963.00 y para el año 2011 \$990.552.00.

Y es muy desconcertante lo dicho por el testigo Luis Fernando Duque Yepes quien aseguró que conforme con lo dicho por la víctima entre los años 2003 y 2011 la procesada retiró de la cuenta de la señora Betty Luz más de 30 millones de pesos. No es creíble que, ante los préstamos manifestados en el juicio, la víctima autorizara, permitiera o no se diera cuenta de unos retiros tan cuantiosos, en tantos años.

6. Lo dicho no impide otorgarle credibilidad a la señora Betty Luz Atencia Beltrán en cuanto al último préstamo por ella especificado en el juicio, esto es, el que obtuvo en el mes de noviembre de 2011 a un interés del 20 % y por lo cual según la víctima la señora Bethsabé Martínez hizo los retiros correspondientes de su cuenta de ahorros. Ahora, es claro que la señora Betty acusa a la procesada de haber retirado una suma superior al capital más los intereses pactados, pero la acusación sólo se realizó por el delito de Usura y no por haber defraudado la confianza de la víctima al retirar otras sumas no autorizadas de la cuenta de ahorros. Y la Sala otorga credibilidad a los dichos de la víctima en este aspecto, porque conforme con la prueba documental (copias de talonarios de cuenta de ahorros) es claro que la señora Betty Luz sí llegó a autorizar en muchas ocasiones a la señora Bethsabé Martínez para que retirara dinero de su cuenta de ahorros, lo que no tiene otra explicación que los préstamos realizados. Igualmente, todos los testigos son uniformes en señalar

que la señora Bethsabé prestaba dinero y a intereses que oscilaban entre el 10% y el 20% con la garantía de poder ella misma hacer los retiros de la cuenta de ahorros.

7. En cuanto a la agravante deducida por la Fiscalía por la modalidad de la utilidad obtenida, esto es, bajo la figura de compra de sueldos o prestaciones sociales, la Sala observa que esas deficiencias en la prueba aportada por el Ente Acusador, no permiten afirmar sin duda alguna que el negocio jurídico celebrado entre la acusada y la señora Betty Luz y que fue probado en el juicio, se adecúa a esta específica agravante, pues en ningún momento se señaló cuál fue el monto del sueldo o prestación social objeto de la negociación y el monto ofrecido por la acusada a cambio de esa prestación. Simplemente se indicó que el préstamo era de 400.000 pesos a un interés del 20% a pagar con la prima "Samper", lo que debe entenderse que se pagaría cuando la señora Betty recibiera esa prestación, pero que la acusada retiró lo que le consignaron a la víctima por concepto de salarios y primas de los meses de noviembre y diciembre del año 2011. La duda debe resolverse a favor de la procesada y, por tanto, la Sala considera que quedó plenamente demostrado que ella a finales del año 2011 cobró un interés que triplicó el interés bancario corriente cobrado por los bancos para esa época por un préstamo que realizó por la suma de \$400.000.00 pesos. Esto es, el delito se adecua a lo previsto en el artículo 305 del Código Penal incisos primero y tercero. Por lo cual, también se dirá que como la pena máxima para esa ilicitud es de 157.5 meses no trascurrió el término de prescripción.

8. En ese orden de ideas, la Sala confirmará la sentencia objeto de impugnación, pero aclarando que la sentencia se emite por el delito de Usura consagrado en el artículo 305 incisos primero y tercero del

Código Penal, al encontrar que la señora Bethsabé Martínez cobró utilidad que excedió el triple del interés bancario corriente que para el período correspondiente cobraban los bancos por préstamo de \$400.000.00 en favor de la señora Betty Luz Atencia Beltrán en el mes de noviembre de 2011.

La pena en el inciso primero del artículo 305 del Código Penal se establece en prisión de 32 meses a 90 meses y multa de 66.66 smlmv a 300 smlmv. Y por la agravante del inciso tercero ídem, la pena se incrementa de la mitad a las tres cuartas partes, por ello, la sanción es de prisión entre 48 meses y 157.5 meses y multa de 99.99 smlmv a 525 smlmv.

Como el A quo impuso el mínimo de la pena, la Sala impondrá una sanción principal de CUARENTA Y OCHO (48) MESES DE PRISIÓN, y MULTA equivalente a NOVENTA Y NUEVE PUNTO NOVENTA Y NUEVE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. La pena accesoria a la de prisión consistente en la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se establece en un término igual al de la pena principal.

Vista la pena impuesta que no es superior a los cuatro años de prisión, se tiene que la procesada reúne los presupuestos consagrados en el artículo 63 del Código Penal para gozar de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, además por carecer de antecedentes penales y el delito por el que se procede no está listado en el artículo 68 A del Código Penal. Por tanto, se le otorgará el sustituto penal de la SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA por un período de prueba de CUATRO (4) AÑOS previa suscripción de diligencia de compromiso con imposición de las obligaciones

inherentes y el pago de CAUCIÓN PRENDARIA por valor de UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

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 **CONFIRMAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia, con las siguientes aclaraciones y modificaciones:

PRIMERO: ACLARAR que la señora **BETHSABÉ MARTÍNEZ RIVAS** se declara responsable por el delito de **USURA** contemplado en el artículo 305 incisos primero y tercero del Código Penal, conforme con las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: La pena de prisión que debe descontar la señora **BETHSABÉ MARTÍNEZ RIVAS** se establece en **CUARENTA Y OCHO (48) MESES** y la multa en una suma equivalente a **NOVENTA Y NUEVE PUNTO NOVENTA Y NUEVE (99.99) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**. La pena accesoria a la de prisión consistente en la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se establece en un término igual al de la pena principal.

TERCERO: CONCEDER a la señora **BETHSABÉ MARTÍNEZ RIVAS** el sustituto penal de la **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** por un período de prueba de **CUATRO (4) AÑOS** previa suscripción de diligencia de compromiso con imposición

de las obligaciones inherentes y el pago de **CAUCIÓN PRENDARIA** por valor de **UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE**.

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

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: **174dd94ea3041caf120dd51c015ab39f410ad96653052a4b29e6cd107b642a31**

Documento generado en 13/07/2023 01:47:35 PM

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