

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 138

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
2023-1291-1	Tutela 2° instancia	SARA CRISTINA ACEVEDO MONTOYA	JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE ANDES ANTIOQUIA Y OTRO	Revoca fallo de 1° instancia	Agosto 08 de 2023
2023-1254-1	Tutela 2° instancia	MARY LUZ RAMÍREZ BETANCUR	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Agosto 08 de 2023
2022-1942-1	auto ley 906	INASISTENCIA ALIMENTARIA	GERMÁN DAVID CEBALLOS BENJUMEA	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 08 de 2023
2022-1921-1	auto ley 906	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	WILSON ANDRÉS GUERRA AGUDELO	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 08 de 2023
2022-1395-1	Consulta a desacato	BLANCA MARÍA ZULUAGA DUQUE	SAVIA SALUD EPS	Revoca sanción impuesta	Agosto 08 de 2023
2023-1415-5	Tutela 1° instancia	ANDRÉS FELIPE BETANCUR RENDÓN	JUZGADO 2° PENAL DEL CIRCUITO DE ITAGUI ANTIOQUIA Y OTRO	Remite por competencia	Agosto 08 de 2023
2023-1389-5	Consulta a desacato	OBERTO MANUEL BELTRÁN LÓPEZ	NUEVA EPS Y OTROS	confirma sanción impuesta	Agosto 08 de 2023
2023-1334-6	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTRO	NESTOR ESTIVELL RODRIGUEZ RODRIGUEZ	confirma auto de 1° Instancia	Agosto 08 de 2023
2016-0629-4	sentencia 2° instancia	EXTORSION AGRAVADA	LUIS CARLOS TEJADA MORENO Y OTRO	Confirma sentencia de 1° Instancia	agosto 08 de 2023
2022-0773-4	sentencia 2° instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	DAYISTON CORREA MENESES	modifica sentencia de 1° instancia	agosto 08 de 2023
2022-0365-1	sentencia 2° instancia	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	JULIÁN ALEJANDRO JIMÉNEZ ROSS	Confirma sentencia de 1° Instancia	agosto 08 de 2023
2022-1241-1	sentencia 2° instancia	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	EUSEBIO ANTONIO CONDE JACINTO	Confirma sentencia de 1° Instancia	agosto 08 de 2023
2023-0972-5	sentencia 2° instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	ELIVER DE JESÚS SALDARRIAGA GALEANO	Revoca sentencia de 1° instancia	agosto 08 de 2023
2023-1114-5	sentencia 2° instancia	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	YENIFER MAZO PINO Y OTRAS	modifica sentencia de 1° instancia	agosto 08 de 2023

2022-1858-5	sentencia 2ª instancia	LESIONES PERSONALES	JORGE MARIO FRANCO CARDONA	Confirma sentencia de 1º Instancia	agosto 08 de 2023
2023-0544-5	sentencia 2ª instancia	HOMICIDIO Y OTRO	JOHN FREDY RODRÍGUEZ ALONSO	Revoca sentencia de 1 instancia	agosto 08 de 2023

FIJADO, HOY 09 DE AGOSTO 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, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 161

RADICADO:	05034 31 04 001 2023 00058 (2023-1219-1)
ASUNTO:	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE:	PERSONERÍA MUNICIPAL DE JARDÍN
AFECTADA:	SARA CRISTINA ACEVEDO MONTOYA
ACCIONADOS:	NUEVA EPS
DECISIÓN:	FALLO SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada, contra el fallo del 11 de mayo de 2023, a través de la cual el Juzgado Penal de Circuito de Andes (Antioquia), decidió tutelar los derechos fundamentales invocados en favor de la señora SARA CRISTINA ACEVEDO MONTOYA que presuntamente venía siendo vulnerados.

LA DEMANDA

Señaló la accionante que su representada se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, en el Régimen Contributivo y el 21 de agosto de 2022 dio a luz.

Afirmó que la NUEVA EPS expidió el certificado de incapacidad o licencia de maternidad en favor de Sara Cristina Acevedo Montoya desde el 21 de agosto de 2022 y a través de la plataforma web de la Nueva EPS, realizó el proceso de cobro de la licencia de maternidad, la cual se encuentra registrada con incapacidad N° 0008737137, con

fecha de inicio 21 de agosto de 2022 y de finalización 24 de diciembre de 2022, para un total de 126 días continuos de incapacidad; bajo aclaración que, a la fecha, no se ha realizado el reconocimiento y pago de la mencionada licencia de maternidad.

Solicitó se acceda al amparo invocado y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS reconozca y cancele el valor correspondiente a la licencia de maternidad.

LAS RESPUESTAS

1.- La apoderada especial de la Nueva EPS precisó que la afectada presentó mora en el pago de sus aportes de salud, para el periodo correspondiente al mes de agosto de 2022; igualmente señaló que la señora Acevedo Montoya, no es la persona legitimada para presentar la acción de tutela, ya que la misma debe ser interpuesta de manera directa por el empleador, para el caso Almacenes El Retorno SAS.

Señalo que falta subsidiariedad, bajo aclaración que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa para reclamar derechos de orden económico, como lo es la jurisdicción laboral; manifestó así mismo, que el reconocimiento de una incapacidad a la cual no se tiene derecho, resulta improcedente mediante la acción de tutela, a menos que no exista otro medio de defensa judicial.

Solicitó declarar improcedente la presente acción constitucional, habida cuenta que no se evidencia vulneración alguna por parte de la entidad accionada Nueva EPS, a las garantías fundamentales invocadas y subsidiariamente, depreca sea concedido el recobro ante

la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, en cuantía de un cien por ciento (100%), en tanto se excedan en tales prestaciones las obligaciones legales de la entidad.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de Primera Instancia concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados, con los siguientes argumentos:

“...En el sub lite, se tiene que la ciudadana SARA CRISTINA ACEVEDO MONTOYA, trabaja para el almacén ‘El Retorno S.A.S’, y afiliada a la NUEVA EPS. El día 21 de agosto de 2022, la citada dio a luz a su hija y le fue expedido el certificado de licencia de maternidad.

Por parte del empleador se realizó a través de la plataforma web de la NUEVA EPS, el proceso de cobro de la licencia de maternidad N° 0008737137, con fecha de inicio 21 de agosto de 2022 y fecha de finalización 24 de diciembre de esa misma anualidad, para un total de ciento veintiséis (126) días, con fecha de solicitud el día 2 de febrero de 2023.

El día 20 de febrero anterior, la NUEVA EPS negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, bajo consideración que el mes de agosto de 2022, había sido cancelado de forma extemporánea o se encontraba en mora; sin embargo, según relación de períodos cotizados por la accionante y que fuera allegada por la entidad accionada con los anexos a la respuesta de la presente acción de tutela, se advierte que el pago se realizó el día 11 de la mencionada mensualidad.

Así las cosas, al advertir la negativa de la entidad accionada en cuanto al reconocimiento del pago reclamado y que los aportes se encuentran cancelados, procedió la accionante a interponer la presente acción constitucional, a fin de proteger los derechos fundamentales de petición, debido proceso, vida en condiciones dignas, seguridad social en materia de salud y mínimo vital.

Ahora, es pertinente dejar claridad en cuanto a que, si bien para el mes de agosto de 2022, el pago de la cotización se encontraba en mora por haberse pagado de manera extemporánea, lo cierto es que no existe dentro del trámite que la entidad accionada haya hecho uso de los mecanismos que tiene a su alcance para lograr el cobro de dicho rubro, por lo que se concluye, la accionada se allanó a la mora, lo cual no puede afectar al afiliado y corresponde en este caso a la entidad demandada, asumir las consecuencias de la negligencia y proceder con el reconocimiento en cuanto

al pago de las prestaciones económica pretendidas¹

Así las cosas, se tiene que, respecto de la condición económica y de salud de la ciudadana SARA CRISTINA ACEVEDO MONTOYA, conforme a lo expuesto en el escrito de tutela y sus anexos, es posible presumir una afectación de los derechos fundamentales invocados, habida cuenta que ante su condición de maternidad, los médicos tratantes le prescribieron una incapacidad médica, la cual, en efecto, se encuentra pendiente de cancelar; por demás, la incapacidad generada por concepto de maternidad, es la única fuente de ingreso de la accionante para su sostenimiento; afectación que se traduce en la vulneración de las aludidas garantías fundamentales.

Es así que, deviene evidente la observancia de su carga por la parte accionante, en cuanto a haber gestionado el pago de la referida incapacidad, con miras a obtener el pago efectivo de esta; ahora, si bien, conforme lo manifestó la entidad demandada en la contestación a la acción de tutela, se alude que la acción constitucional debió ser promovida por el empleador y no por la aquí accionante; lo cierto es que, se tiene dentro del presente trámite, el empleador realizó la respectiva reclamación ante la entidad accionada, se reitera, misma que fue rechazada, por lo que la accionante se vio en la obligación de reclamar a través del presente mecanismo constitucional la prestación económica a la que tiene derecho y por la que considera se vieron afectadas sus garantías constitucionales.

De ahí que, ha de concederse el amparo de las garantías fundamentales invocadas de petición, debido proceso, vida en condiciones dignas, seguridad social en materia de salud y mínimo vital, ante su palmario detrimento por parte del ente accionado, NUEVA EPS y en relación con la cancelación de incapacidad en favor de la afectada SARA CRISTINA ACEVEDO MONTOYA.

3.6. De la facultad de recobro.

Es del caso precisar que si bien, este Estrado asumía un criterio, según el cual, la actividad administrativa de recobro, era susceptible de pronunciamiento a cargo del Juez Constitucional, particularmente, con base en el precedente jurisprudencial emitido por la H. Corte Constitucional en la materia, no obstante, es claro que la ley trae implícito dicho trámite para que la entidad prestadora de salud proceda al recobro por concepto de las prestaciones en que incurra como consecuencia de la presente decisión y que excedan su competencia, según se trate de exclusiones del plan de salud², tal como se ha demarcado por parte del superior jerárquico, H. Tribunal Superior de Antioquia, en diferentes acciones constitucionales objeto de impugnación³.

3.7. De las órdenes a impartir.

En tales circunstancias, se ordenará a la accionada NUEVA EPS que, de manera inmediata, a la notificación del presente proveído, proceda con las

¹ Sentencia T-526 de 2019.

² L. 1753 / 15, art. 73.

³ Entre otras, Sentencia de Tutela de segunda instancia, H. Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal, Sede Constitucional, M.P. Dr. René Molina Cárdenas y bajo el número de radicación 2023-0324-5.

gestiones necesarias, tendientes a hacer efectivo, en favor de la afectada SARA CRISTINA ACEVEDO MONTOYA, el pago de la incapacidad generada entre el 21 de agosto y 24 de diciembre de 2022, 126 días continuos de incapacidad por concepto de licencia de maternidad.

Además, el ente accionado habrá de dar cuenta ante esta Judicatura y en el término de diez (10) días, respecto del cumplimiento de la anterior ordenación, so pena de verse incurso el actuar de su representante legal en causal de desacato, conforme a las prescripciones establecidas en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

Por lo demás, se abstendrá el Estrado de emitir declaración en torno de la facultad de la EPS para repetir ante el ADRES, por concepto de las prestaciones en que incurra como consecuencia de la presente decisión y que excedan su competencia, según se trate de exclusiones del plan de salud, en vista que la entidad aseguradora cuenta con regulación legal al efecto y resulta un asunto ajeno al ámbito jurisdiccional.

Será entonces la concesión del amparo invocado, la decisión a adoptar por la Judicatura en el presente asunto, de cara a los anteriores fundamentos y consideraciones, y según aquí fueron objeto de análisis...”

LA IMPUGNACIÓN

1.- La apoderada judicial de la Nueva EPS S.A. inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación, indicando que se ordene a Nueva EPS que realice el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, en un ciento por ciento (100%); a fin de obtener los sobre costos generados por el servicio que se le brindará a la actora con relación al pago de la licencia de maternidad tutelada.

Solicitó adicionar al fallo de tutela del 11 de mayo de 2023, que se le reconozca a su representada para que realice el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, en un ciento por ciento (100%); a fin de obtener los sobre costos generados por el servicio que se le brindará a la actora en relación al pago de la licencia de maternidad tutelada, a la mayor brevedad posible dentro de lo previsto en la resolución número 0000852 de 2023, título iv - Sección III, Artículo 25.

CONSIDERACIONES

Conforme con el artículo 86 de nuestra Constitución Política, toda persona tiene derecho a interponer la acción de tutela, en todo momento y lugar, para obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, pero siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, frente a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, ha expresado⁴:

“La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 CP, es un mecanismo de defensa judicial con el cual, de manera inmediata, se protegen los derechos fundamentales de una persona natural o jurídica presuntamente vulnerados por una autoridad pública o por particulares, por acción u omisión, con lo que se violenta o amenaza estos derechos constitucionales.

Esta protección debe cumplir con ciertos requisitos indispensables, los cuales hacen referencia a que el asunto planteado debe cumplir con las exigencias de “(i) [presentar] **relevancia constitucional**, en cuanto sea una cuestión que plantea una discusión de orden constitucional al evidenciarse una afectación de un derecho fundamental; (ii) **inmediatez**, en cuanto la acción de tutela se concibe como un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, de acuerdo con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iii) **subsidiariedad**, en razón a que este mecanismo sólo procede cuando se han agotado todas los medios de defensa por las vías judiciales ordinarias antes de acudir al juez de tutela”. (Resalta la Corte)

En cuanto al requisito de subsidiariedad, esta Corporación ha señalado

⁴ Sentencia T-458/14

que para que la tutela, que constituye un mecanismo residual y subsidiario, proceda al ser interpuesta por una persona se debe cumplir con las exigencias de que el actor (i) no disponga de otro medio de defensa judicial para proteger de manera inmediata sus derechos fundamentales vulnerados; o (ii) que existiendo otro medio de defensa judicial, se presenten dos eventos: (a) que el mecanismo no sea idóneo para el amparo de los derechos afectados, de manera que la tutela los proteja de forma directa; o (b) que la tutela sea un mecanismo transitorio para que se evite un perjuicio irremediable.

En este orden de ideas, el juez de tutela debe comprobar la existencia de otro medio de defensa judicial, evaluar las circunstancias que se invoquen en la acción constitucional (de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991) y verificar si el mecanismo existente puede brindar o no soluciones de forma clara, definitiva y precisa al demandante, que constituya una protección similar o análoga a la que el juez constitucional le podría brindar a través del amparo tutelar.

Para hacer este tipo de consideraciones, la jurisprudencia señala que se deben tomar en cuenta ciertos aspectos, entre ellos: *“(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela”* y, *“(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.”* Estos elementos a analizar, al igual que la evaluación del caso particular, es lo que le permite al juez sopesar los elementos de uno y otro medio de defensa y concluir cuál de los dos medios es el más idóneo y adecuado para la protección de los derechos fundamentales que el actor afirma le están siendo vulnerados. Si el juez de tutela concluye que el mecanismo de defensa judicial existente es ineficaz, la acción de tutela resulta procedente y debe ser fallada de fondo con el fin de que se protejan los derechos fundamentales invocados. No obstante lo anterior, cuando efectivamente se deba acudir al mecanismo ordinario entonces la acción de tutela solo resulta procedente si se convierte en un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4. Requisitos de la tutela como mecanismo transitorio

Como quedó expuesto, la acción de tutela constituye un mecanismo principal en los casos en los cuales, el afectado o la víctima, no tiene otro medio diferente para reclamar uno o varios derechos fundamentales que considere le han sido vulnerados, los cuales tienen una protección especial por parte del Estado y han sido consagrados en la Constitución Política. No obstante lo anterior, la acción de tutela puede ser utilizada como un mecanismo transitorio, cuando a pesar de que existe un medio de defensa judicial ordinario idóneo, éste no es el indicado en razón a que se presenta la amenaza o riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable y por lo tanto debe ser evitado o subsanado, según se desprenda de las pruebas que se presenten ante el juez de tutela. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, para que la acción tutelar proceda como mecanismo transitorio tiene

que existir una amenaza de daño irremediable o un perjuicio que sea *inminente, grave, urgente e impostergable*. Lo anterior significa que el riesgo, amenaza de daño o perjuicio irremediable debe ser (i) inminente, es decir que se trate de una amenaza que suceda prontamente, (ii) grave, en el sentido de que el daño o perjuicio material o moral del haber jurídico de la persona sufra una afectación gravosa, (iii) urgente, de manera que requiera la celeridad de las medidas a adoptar, e (iv) impostergable, esto es, que la medida tutelar sea necesaria e inaplazable con el fin de restablecer los derechos fundamentales.

En este mismo sentido, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado, con base en el art. 86 Superior, que un perjuicio irremediable es evidente para un juez de tutela cuando se observa *“la posibilidad cierta y próxima de un daño irreversible frente al cual la decisión judicial ordinaria que resuelva el litigio pudiera resultar tardía”*. En todo caso, se exige que el daño o perjuicio irremediable sea probado por el tutelante, dentro del proceso de tutela, al menos sumariamente. En este caso, la acción de tutela se torna procedente como mecanismo transitorio, con efectos temporales, mientras se tramita el juicio ordinario, buscando evitar que el perjuicio avizorado por el juez se perfeccione.

Respecto de la excepcionalidad de la tutela como mecanismo transitorio, esta Corporación ha conseguido que su aplicación e interpretación se haga en estricto sentido, y que haya temporalidad de las órdenes emitidas en esta instancia, porque el juez de tutela no puede, ni debe, asumir la competencia del juez ordinario, el cual es el competente para juzgar y decidir un asunto de su jurisdicción en forma permanente. Con la aplicación de la tutela como mecanismo transitorio se busca evitar que suceda un daño o perjuicio irremediable que ocurriría en el transcurso de la toma de decisión definitiva. En punto a este tema la Corte ha indicado que *“[l]a posibilidad de conceder este tipo específico de protección judicial es excepcional, según se desprende del artículo 86 de la Constitución, y por tanto el alcance de las normas pertinentes es de interpretación estricta. **No se busca que el juez de tutela asuma la competencia del ordinario o especializado entrando a resolver de fondo el asunto litigioso planteado**, sino de ofrecer al titular del derecho un medio expedito y eficaz para evitar un daño respecto del cual la decisión judicial definitiva llegaría demasiado tarde y apenas haría posible un resarcimiento “a posteriori”, es decir, sobre la base de un hecho cumplido”*.^[13] (Negrillas de la Corte)

Finalmente, en torno a la tutela como mecanismo transitorio, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que el juez de tutela tiene la obligación de señalar que la orden impartida en estos casos es de carácter temporal, puesto que solo tendrá vigencia la tutela durante el término que utilice la autoridad competente para decidir de fondo con relación a la acción que haya instaurado el afectado. También ha considerado la Corte como un plazo razonable, fijar un término de entre

tres y cuatro meses a partir de la notificación del fallo de tutela, para que el accionante interponga los recursos judiciales necesarios y previstos por las vías ordinarias, lo cual implica que si el actor no empieza a recurrir a las vías ordinarias, quedará sin efectos la tutela finalizando este lapso”.

Ahora bien, cuando se trata de reclamaciones económicas laborales, pese a la existencia de las vías administrativas y judiciales para el efecto, y el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, la pretensión es susceptible de ser reclamada por esta vía, bajo unas excepciones:

“Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales

3-En múltiple jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dicho que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de defensa de los derechos fundamentales de las personas que sólo procede ante la inexistencia de otros medios judiciales de defensa de los mismos, o ante su ineficacia, salvo que el juez advierta la existencia de un perjuicio irremediable. En el caso particular de acreencias laborales ha manifestado esta corporación que corresponde a la jurisdicción ordinaria, mediante el ejercicio de la acción ordinaria laboral respectiva, la competencia para ventilar asuntos relativos a la reclamación de acreencias de orden laboral, tal como se encuentra contemplado en el Código Procesal del Trabajo.

Empero lo anterior, excepcionalmente, ha entendido este Tribunal que cuando la falta de pago de las acreencias laborales, vulnere o amenace los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la subsistencia, la tutela procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias que constituyan la única fuente de recursos económicos que permitan sufragar las necesidades básicas, personales y familiares del actor⁵.

En este orden de ideas, la Corte ha admitido que, tratándose de la reclamación de pago de incapacidades laborales, la acción de tutela es procedente de manera excepcional, por las siguientes razones:

“En primer lugar, porque el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores. Así, se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso económico con la que el trabajador cuenta para

⁵ Corte Constitucional, ver al respecto sentencias T-311 de 1996, T-043 de 2001, T-386 de 2001, T-593 de 2001, T-306 de 2001, T-260 de 2003, T-601 de 2003, T-049 de 2003, T-1097 de 2002, T-175 de 2003, T-580 de 2003 y T-972 de 2003 entre otras.

garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar, tal como el salario.

En segundo término, por cuanto el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues gracias a su pago, aquél puede recuperarse satisfactoriamente sin tener que preocuparse por reincorporarse anticipadamente a sus actividades habituales con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia.

Por último, dado que los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador que debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta⁶.

En suma, la acción de tutela es procedente de manera excepcional para reclamar el pago de incapacidades laborales por la importancia que estas prestaciones revisten para la garantía de los derechos fundamentales del trabajador al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana.”⁷ (Subrayas fuera del texto original).

Por ende, se conoce que dicho mecanismo judicial sólo procede cuando la afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora, es evidente que la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio cuando su ejercicio se realice buscando la protección del mínimo vital.

Si una persona subsiste del producto de su trabajo y de un momento a otro no puede trabajar por incapacidad derivada de una enfermedad o licencia de maternidad, y no recibe otro ingreso que sustituya el salario, como la prestación económica por incapacidad o la licencia de maternidad a que tenga derecho, sin duda alguna se ve afectado el mínimo vital, salvo que tenga otros ingresos que alcancen satisfacer

⁶ Corte Constitucional, ver al respecto las Sentencias T-311 de 1996, T-972 de 2003, T-413 de 2004, T-201 de 2005 y T-789 de 2005 entre otras.

⁷ Cortes Constitucional, ver sentencia T-956-06. Expediente T-1391193. M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

sus necesidades básicas.

Frente a la vulneración del mínimo vital, la Honorable Corte Constitucional ha señalado⁸:

4.1 Esta Corporación en diversos pronunciamientos ha establecido la importancia del derecho al mínimo vital como la garantía de un ingreso económico que le permite a una persona vivir en condiciones dignas y en este sentido, proveerse de sus necesidades básicas.

En estos términos la jurisprudencia ha sostenido que la acción de tutela, por ejemplo en materia pensional, procede cuando existe un perjuicio irremediable derivado de la afectación del mínimo vital. En este sentido la sentencia T-536 de 2010 señaló:

“3.2. De acuerdo con la sentencia T-027 de 2003, el mínimo vital se define como “aquella porción del ingreso que tiene por objeto cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicio públicos domiciliarios, etc. Por ello, la misma jurisprudencia ha entendido que el concepto de mínimo vital no sólo comprende un componente cuantitativo, la simple subsistencia, sino también uno cualitativo, relacionado con el respecto a la dignidad humana como valor fundamente del ordenamiento constitucional”. Por consiguiente, es claro que la falta absoluta de este ingreso básico sitúa al ciudadano en una circunstancia excepcional, la cual no da espera a que agote un largo proceso laboral ante la inminencia de un perjuicio irremediable, entendido como la imposibilidad manifiesta de cubrir sus necesidades mínimas y las de su núcleo familiar dependiente.”

La misma sentencia resalta la existencia de unos requisitos específicos que permiten comprobar cuando se presenta la vulneración de este derecho. Allí se menciona:

“En forma adicional, la jurisprudencia constitucional ha establecido los requisitos que deben comprobarse para acreditar la vulneración del mínimo vital, que se resumen en que (i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existencia ingreso adicional sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requisitos a fin de declarar la procedencia del amparo, teniendo en cuenta que la protección del mínimo vital se refuerza si los titulares que reclaman la prestación son adultos mayores que encuentran

⁸ Sentencia T -1035 de 2010

dificultades para ejercer una actividad laboral de la que se derive su subsistencia” (negritas y subrayas fuera del texto).

4.2 Es preciso anotar que la protección del derecho al mínimo vital, tiene una importante connotación constitucional ya que permite a todas las personas proveerse de sus necesidades básicas y materializar los cimientos del Estado Social de derecho, más cuando se está frente a sujetos de especial protección constitucional que no cuentan con todas las posibilidades para su obtención, como es el caso de los adultos mayores y las personas en situación de discapacidad.

En el presente caso, la accionante alega que su mínimo vital está afectado, porque le adeudan la licencia de maternidad generada desde el 21 de agosto hasta el 24 de diciembre de 2022.

Frente a esto, la Nueva EPS sostiene que la señora Sara Cristina Acevedo Montoya no cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, además que la misma no se implementó para cobros de económicos.

El Juez de primera instancia concedió el amparo solicitado, porque consideró la existencia de la afectación al mínimo vital y el debido proceso, petición, vida en condiciones dignas y seguridad social ordenando a la Nueva EPS realizar el pago de la incapacidad generada entre el 21 de agosto al 24 de diciembre de 2022 en favor de la señora Sara Cristina Acevedo Montoya.

Ante la decisión del A quo, la entidad accionada en este caso, la Nueva EPS interpone el recurso de apelación, alegando que la accionante no cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, además que la misma no se implementó para cobros de carácter económicos y solicitó adicionar el fallo en el sentido de ordenar el recobro ante el ADRES de los gastos adicionales en que

incurra con el cumplimiento del pago ordenado en el fallo de tutela.

Con el fin de poder determinar la afectación al mínimo vital alegado por la accionante se procedió a realizarle una llamada telefónica a la actora quien expresó que su empresa le canceló normalmente el tiempo en que estuvo con la licencia, he indicó que desde el mes de agosto de 2022 y hasta el mes de marzo de 2023 siempre hubo problemas con la plataforma y solo hasta el mes de marzo fue que pudo realizar el respectivo trámite para el pago de la licencia, además indicó que ya reclamó el pago de la licencia de maternidad.

Por ende, en el caso concreto, observa la Sala que el A quo no acertó en su decisión, porque puede verse con claridad que el asunto no reúne los presupuestos de procedibilidad mencionados en la jurisprudencia.

Así mismo, tal y como se advierte, no se demostró detrimento a su garantía fundamental al mínimo vital, y no puede hablarse de la ocurrencia de un perjuicio de carácter irremediable, pues como lo dijo la misma afectada la empresa le siguió cancelando su mesada en debida forma, lo que no permitiría colegir que no se han cubierto sus necesidades básicas.

En consecuencia, no existe ningún elemento de juicio para afirmar que la no solución del problema por esta vía judicial, implique el soportar un perjuicio inminente, grave, urgente e impostergable, requisitos indispensables en el presente caso para la procedencia excepcional de la acción constitucional.

En resumen, es clara la improcedencia de la acción de tutela por dos razones: la primera porque no se vislumbra un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional en el asunto por las razones que se anotaron en precedencia; y la segunda en lo atinente con la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo, pues la protección reclamada se puede lograr por vía de los mecanismos ordinarios de defensa, como lo es acudir al correspondiente proceso laboral, que además no se acreditó que siquiera se hubiese intentado acudir a dicha vía.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la acción de tutela posee la calidad de ser un mecanismo subsidiario y no principal para la protección de los derechos constitucionales, es decir, sólo podrá hacerse uso de ella a falta de otro medio de defensa o en presencia de un perjuicio irremediable, significando que éste: *“(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. La caracterización de estas condiciones fue planteada por la Corte desde la sentencia T-225/93 y se ha mantenido de forma invariable en la jurisprudencia posterior⁹ y en el presente caso no se acreditó dicho daño irreparable.*

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, **REVOCA** la sentencia de

⁹ Sentencia T-956 del 19 de diciembre de 2013, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia, en su lugar, se **NIEGA por IMPROCEDENTE**, la presente acción constitucional por falta del requisito de procedibilidad.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **80072fde525f52f94bbeb2ffe8c2dcccac5c6f6e212191371b84f72b8c264e3**

Documento generado en 04/08/2023 06:13:55 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 161

PROCESO : 05697 31 04 001 2023 00074 (2023-1254-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : MARY LUZ RAMÍREZ BETANCUR
ACCIONADO : NUEVA EPS Y OTRO
PROVIDENCIA : FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la accionada en contra de la sentencia del 06 de julio de 2023, a través de la cual el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia) concedió la solicitud de amparo presentada por la señora MARY LUZ RAMÍREZ BETANCUR.

LA DEMANDA

Relató la accionante que se encuentra afiliada a la Nueva EPS, régimen contributivo, desde hace varios años, que la IPS donde la atienden es FAMEDIC de Puerto Boyacá (Boyacá).

Afirmó que actualmente se encuentra en la semana 36.5 de gestación, que en la primera ecografía que le hicieron arrojó riesgo para T21 (síndrome de Down) y además padece de asfixia notable no diagnosticada, que los médicos de la IPS le indicaron que no era

necesario realizar más controles para el seguimiento de su embarazo y que tampoco le han ordenado exámenes o consultas médicas para el tratamiento de la asfixia.

Indicó que, a través de régimen subsidiado, la ESE Hospital José Cayetano Vásquez le ha realizado varias citas de controles, que con ocasión a contrato de trabajo fue trasladada por la Nueva EPS a la IPS Famedic, lugar donde solo le han realizado dos controles, argumentando que no tienen agenda para las demás citas que ha pedido.

Manifestó que le ordenaron remisión con especialista en ginecología y le dan la misma respuesta no hay agenda disponible, por lo que se dirigió a la Nueva EPS para solicitar cambio en el prestador de servicio, que allí le indicaron que debía cancelar \$15.000 accediendo a ello le reasignaron consulta de ginecología para la ESE Hospital José Cayetano Vásquez, en donde la atendieron de forma prioritaria.

Adujo que el 11 de marzo de 2023 le fue ordenado consulta de primera vez por especialista en ginecología y obstetricia, la cual a la fecha no ha sido asignada, porque Famedic argumentó no tener agenda disponible.

Solicitó se le tutelen en su favor el derecho fundamental a la salud, seguridad social y dignidad humana, se ordene a la Nueva EPS cambiar la IPS Famedic y sea trasladada a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, además se ordene a la Nueva EPS proceda a autorizar y llevar a cabo consulta de primera vez por especialista en ginecología y obstetricia, consulta de control o seguimiento por otras especialidades médicas; adicional a lo anterior

el tratamiento integral.

LA RESPUESTA

La Nueva EPS, mediante su apoderada judicial, manifestó que verificado el sistema integral de la entidad que representa, evidenció que la afiliada está en estado activo, y que las IPS prestadoras del servicio son asignadas a los afiliados según su lugar de zonificación dependiendo de la especialidad que requiere cada afiliado para su patología, si la afiliada requiere cambio de IPS debe realizar los trámites administrativos pertinentes ante esa entidad solicitando el cambio; pero no evidenció que la usuaria haya realizado gestiones ante Nueva EPS para el cambio de IPS.

Indicó que, respecto al agendamiento de la “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA Y CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO POR OTRAS ESPECIALIDADES MEDICAS” procederá a requerir a la IPS asignada para que allegue los soportes respectivos de la prestación del servicio.

Mencionó que, con respecto a la libre escogencia de la IPS por parte del usuario y el derecho de la EPS para contratar con las IPS, informa que, las EPS tienen la libertad de elegir las IPS con las cuales realizar convenios, contratos y el tipo de servicios, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad, por tanto los afiliados deben acogerse a la IPS a la que son remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones.

Advirtió que no acreditó negación para la prestación del servicio que solicita la afiliada y aportó información de los canales de atención al

usuario de la Nueva EPS, para realizar diferentes tipos de trámites.

Refirió que frente al tratamiento integral, debe precisarse que la orden de brindar un tratamiento integral, futuro e incierto está limitado a la prestación de tecnologías en salud que ordene el médico tratante y en ese sentido se debe considerar que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud –SGSSS- no pueden utilizarse para financiar prestaciones suntuarias, cosméticas, experimentales, sin evidencia científica, o aquellas que se ofrezcan fuera del territorio nacional, y las que no sean propias del ámbito de la salud. Por lo que, la pretensión de tutelar un servicio integral, indeterminado, futuro e incierto, en ningún caso significa que deben cubrirse por cuenta de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud servicios que la ley prohíbe se asuman con recursos de la salud, y si el Despacho considera procedente amparar la pretensión de la acción de tutela, deberá proferir una orden puntual en forma expresa en el fallo de tutela.

Solicitó denegar por improcedente la presente acción de tutela, toda vez que no ha vulnerado derecho fundamental alguno, no ha omitido o restringido el acceso a los servicios en salud a la usuaria, declarar improcedente la solicitud de atención en ESE Hospital José Cayetano Vásquez en razón a que la afiliada cuenta con una IPS y se deniegue la solicitud del tratamiento integral.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de Primera Instancia concedió el amparo por considerar que:

“...De los documentos que soportan las pretensiones del accionante y que fueron anexados a la acción de tutela, se observa que la actora requiere sea autorizada la prestación del servicio de salud “CONSULTA DE

PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA Y CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO POR OTRAS ESPECIALIDADES MEDICAS” ordenados por el médico tratante, debido a su condición de embarazo riesgoso.

Notificada en debida forma la entidad accionada, la NUEVA EPS aporta respuesta a la acción de tutela, indicando que las IPS prestadoras del servicio son asignadas a los afiliados según su lugar de zonificación dependiendo de la especialidad que requiere cada afiliado para su patología, que si la afiliada requiere cambio de IPS debe realizar los trámites administrativos pertinentes ante esta entidad solicitando el cambio, que para el presente caso no se evidencia que la usuaria haya realizado gestiones ante NUEVA EPS. Manifiesta que para “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA Y CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO POR OTRAS ESPECIALIDADES MEDICAS” procederá a requerir a la IPS asignada para que allegue los soportes respectivos de la prestación del servicio

De las circunstancias fácticas anotadas, observa el juzgado que respecto de la solicitud de la accionante a que por medio de la acción constitucional se ordene el cambio de IPS, la misma no es procedente en virtud a que la tutela es un mecanismo subsidiario, y para el caso concreto la actora no demostró ni aportó pruebas de haber hecho la solicitud del respectivo cambio. Como quiera que para ello existe otro mecanismo de solicitud ante la EPS en la que se encuentra afiliada, debe agotar primero ese respectivo trámite.

Con relación a los servicios médicos requeridos, observa este despacho que se encuentran en juego los derechos fundamentales de la accionante, por lo que es imperativo ejercer una protección constitucional, toda vez que el derecho fundamental a la salud prevalece sobre los demás. De otro lado, se infiere que el servicio médico objeto de tutela fue ordenado por el médico tratante de la IPS FAMEDIC el 11/03/2023, pendientes de autorización, y debido a que la NUEVA EPS no ha hecho efectivo tal servicio de manera oportuna, se le están vulnerando los derechos fundamentales a la salud, en conexidad con la vida, debiendo acudir a la acción de tutela a fin de que sean materializados los mismos.

No obstante, cabe recordar lo señalado por la jurisprudencia constitucional en el sentido de reconocer que las afecciones de la salud, si bien puede que no representen un grave peligro para la vitalidad del accionante, si afectan su condición de vida. Advierte el despacho que el servicio médico requerido por la afectada, consiste en “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA Y CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO POR OTRAS ESPECIALIDADES MEDICAS” ordenado por el médico tratante.

Como se mencionó en apartes anteriores, todas las personas tienen el derecho de acceder a los exámenes, tratamientos, medicamentos e intervenciones que son necesarios para asegurar el más alto nivel de salud posible. Tal garantía, a su vez, comporta la posibilidad de contar con un diagnóstico efectivo y de acceder a los procedimientos y servicios médicos requeridos para atender la patología padecida por la señora MARY LUZ RAMÍREZ BETANCUR, por estar actualmente en estado de gestación riesgoso.

Con respecto al tratamiento integral, es pertinente recordar que el servicio de salud debe prestarse en condiciones de integralidad. Ello equivale a que a los usuarios del sistema obtengan una atención con calidad, oportunidad

y eficacia en las fases previas, durante y posteriores a la recuperación del estado de salud. Por tanto, tendrán derecho a la atención preventiva, médico quirúrgico y a los medicamentos esenciales que ofrezca el Plan Básico de Salud, en su defecto, a lo previsto fuera del mismo, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional, antes referidos.

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

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

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

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

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

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

En el caso objeto de análisis, según la historia clínica aportada, el servicio objeto de tutela fue prescrito por el médico tratante desde 11/03/2023, hasta la fecha de presentación de la acción de tutela dicho servicio de salud requerido no se ha hecho efectivo. Olvida la NUEVA EPS, que tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, y el cumplimiento de la obligación de prestar el servicio debe ser observada por las entidades que integran el Sistema, especialmente EPS e IPS, con la finalidad de ofrecer a sus usuarios atención en salud eficiente, oportuna y con calidad, y que no existan para ellos trabas que afecten el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud. En el caso particular,

es evidente que la NUEVA EPS no ha prestado el servicio solicitado por la accionante de manera oportuna y diligente, por lo que se ampararán los derechos invocados, y se ordenará a la NUEVA EPS que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice los servicios médicos “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA Y CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO POR OTRAS ESPECIALIDADES MEDICAS” ordenados por el médico tratante, debido a su condición de embarazo riesgoso, y que requiere la señora MARY LUZ RAMÍREZ BETANCUR Igualmente, se ORDENARÁ a la NUEVA EPS le brinde el tratamiento integral para el manejo adecuado de la enfermedad que padece, para lo cual deberá autorizar, sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio PBS o NO PBS, que prescriba su médico tratante, que puedan aportar al mejoramiento de su calidad de vida en los términos de los artículos 10 y 15 de la Ley 1751 de 2015. Respecto a la IPS FAMEDIC, en coordinación con la NUEVA EPS debe dar cumplimiento a la orden que se de en el presente fallo ...”

LA IMPUGNACIÓN

La apoderada especial de la Nueva EPS impugnó el fallo indicando que una vez revisada la base la base de afiliados de Nueva EPS, evidenció que Mary Luz Ramírez Betancur, se encuentra en estado afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de Nueva EPS en el régimen contributivo.

Expresó que la Resolución 3099 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, artículo 4, numeral 1, indica que es función del Comité Técnico Científico “Evaluar, aprobar o desaprobar las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud manual listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS.”

Mencionó que, no es procedente la autorización de medicamentos que no están incluidos como tecnología o servicio financiado con

recursos de la UPC si no se han efectuado o se tiene certeza de la verificación de los requisitos señalados en las normas citadas, por lo que al considerar el Juez de tutela la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la parte accionante, solicita se ordene la realización del comité técnico científico y se tramite en la aplicación MIPRES para descartar la posibilidad del reemplazo del medicamento por uno con similares componentes activos que esté incluido dentro de los servicios o tecnologías financiadas con recursos de la UPC y se verifique el cumplimiento de los criterios establecidos para la prescripción con base al artículo 10 de la Resolución 1885 de 2018.

Manifestó que el Decreto 2200 de 2005 que regula el contenido de la prescripción médica, deja claro que las citas, tratamientos y procedimientos médicos requeridos por el accionante requieren de manera previa de la valoración médica de su galeno tratante, quien determina la necesidad del servicio; por esta razón sería inviable amparar la prestación de servicios médicos en donde el accionante no hubiese demostrado la existencia de prescripción médica. Se concluye que todo servicio de salud debe estar ordenado por el personal de salud debidamente autorizado de acuerdo con su competencia.

Afirmó que la acción de tutela resulta improcedente, cuando a través de su ejercicio se pretende obtener la prestación de un servicio de salud, sin que exista orden del médico tratante que determine, bajo estrictos criterios de necesidad, especialidad y responsabilidad, su idoneidad para el manejo de la enfermedad que pueda padecer el paciente y que el criterio jurídico no puede reemplazar el criterio médico, así las cosas, el juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico,

quien tiene el criterio para ordenar el tratamiento adecuado para tratar la patología presentada, es decir, no puede sustituir los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.

Refirió que, si se llegara a demostrar una necesidad extrema de la prestación del servicio, sin que medie orden médica, es necesario que, el Juez constitucional de manera previa ordene respectiva valoración del médico tratante para que el mismo determine la necesidad del servicio, ello de conformidad con lo establecido en el Artículo 6 de la Ley estatutaria para la salud número 1751 de 2015 respecto al principio de calidad e idoneidad.

Reitero que, frente al tratamiento integral, el juez constitucional debe verificar que, en efecto, una solicitud de este tipo tenga sustento en los presupuestos fácticos y que esté involucrada la responsabilidad de la accionada. Las órdenes dirigidas a las entidades deben corresponder a sus acciones u omisiones, pero en el caso de la referencia no se precisa cuál es la conducta de la EPS que se reprocha. El requerimiento de la parte accionante, sus razones y las explicaciones, giraron en torno a la dificultad de sufragar el costo de sus desplazamientos, no en una ausencia de tratamiento.

Dijo que, se debe determinar si el usuario cumple con las condiciones o sub-reglas establecidas por la Corte Constitucional para el amparo del tratamiento integral solicitado, haciendo énfasis, en la inviabilidad de acceder desmesuradamente a tratamientos integrales a los accionante en proporcionalidad con el principio de solidaridad y el deber de financiamiento del sistema; por lo que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración actual e inminente de

los derechos y protegerlos a futuro, pues con ello se desbordaría su alcance y además una condena en esos términos incurre en el error de obligar por prestaciones que aún no existen puesto que la obligación de un servicio de la EPS solo inicia una vez la dolencia en salud ocurre y por ello un fallo concreto no genera violación de derecho fundamental alguno. De ahí que, no resulta procedente tutelar hechos futuros e inciertos, anticipándonos de esta manera a intuir el incumplimiento de las funciones legales y estatutarias de la accionada, lo que equivale a presumir la mala fe en la prestación de los servicios que llegase a requerir el paciente, situación atentatoria del principio de la buena fe, que bien lo consagra la Constitución.

Manifestó que la vulneración o amenaza debe ser actual e inminente, es decir que en el momento que el fallador toma la decisión de proteger el derecho fundamental, debe existir la acción u omisión para que se produzca una orden judicial que ponga fin a la vulneración o amenaza. Para el caso de referencia, no se ha vulnerado los derechos fundamentales del afiliado, razón por la cual no se puede amparar un suceso futuro e incierto y por otra parte, Nueva EPS ha garantizado desde la fecha de la afiliación del usuario, todas las prestaciones asistenciales que ha requerido para el tratamiento de su patología, razón por la cual es totalmente improcedente ordenar el “Tratamiento Integral”, situación injustificada en razón de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por cuanto no ha sido un derecho vulnerado, sino por el contrario garantizado por la entidad accionada.

Indicó que de proceder el tratamiento integral requerido debe ser individualizado por cada patología padecida en cuanto a los tratamientos, los medicamentos incluyendo sus cantidades, así como

su vigencia (Decreto 2200 de 2005); siendo entonces necesario que el Juez, lo especifique, previo estudio médico, por ser competencia exclusiva del galeno. Es por lo expuesto inviable ordenar un tratamiento integral.

Solicitó se revoque el fallo de tutela y en su lugar se desestimen las pretensiones por la improcedencia del tratamiento integral se adicione el fallo indicando que en virtud de la Resolución 205 de 2020, o en caso de confirmar la decisión se adicione el mismo, ordenando al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios y se especifique la patología por la cual se está ordenando con el objeto de determinar el alcance y cobertura de la acción constitucional y del tratamiento integral.

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

Y quinto, se señala que el acceso a los servicios de salud debe garantizarse en condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, y de acuerdo con el principio de integralidad.

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

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

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

¹ Ver Sentencia T-289 de 2013

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

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

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

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

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

Por su parte, ha señalado que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando se cumplen las siguientes condiciones: “(i) que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente; (iii) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de

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

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

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

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

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

servicios a quien está solicitándolo; y iv) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garante de la prestación está autorizada a cobrar.”⁹

Igualmente ha señalado¹⁰ que respecto al deber de asumir el costo de los servicios de salud excluidos del plan de beneficios, en armonía con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 715 de 2001 “*el reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, están a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado*¹¹”.

(...)

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

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

Para el caso concreto, se tiene que el Juez de primera instancia le

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

¹⁰ Sentencia T-020 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ Sentencia T-483 de 2012 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

ordenó a la NUEVA EPS brindar el TRATAMIENTO INTEGRAL que requiera la señora MARY LUZ RAMÍREZ BETANCUR, para el diagnóstico objeto de la tutela, y como se puede ver desde la historia clínica aportada del 13 de enero de 2023, aparece como diagnósticos “Z358 SUPERVISIÓN DE OTROS EMBARAZOS DE ALTO RIESGO” “ALTO RIESGO DE TRISOMIA 21”.

Conforme con la impugnación, se discute la concesión del tratamiento integral respecto de las patologías, en tanto, no se pueden tutelar hechos futuros e inciertos, además de no ser clara y concreta la orden en el fallo y para lo cual solicita que se aclare para que diagnóstico, que procedimientos, medicamentos, las cantidades y el tiempo en que se debe suministrar.

Observa la Sala que el Juez de instancia hizo un análisis indicando que la EPS era la entidad obligada a prestar el servicio requerido por la usuaria MARY LUZ RAMÍREZ BETANCUR, y dispuso la prestación del tratamiento integral que debe ser suministrado por la NUEVA EPS, con el fin de proteger cualquier situación de desventaja o que ponga en riesgo innecesario a la afectada, buscando con ello una integralidad en el tratamiento que requiere.

Conforme con la impugnación, se discute la concesión del tratamiento integral para la patología que actualmente presenta la señora MARY LUZ RAMÍREZ BETANCUR, para lo cual la EPS refiere que dicha obligación no es procedente toda vez que se trata de un hecho futuro.

Es de anotar que, frente al tratamiento integral, no es cierto que la orden sea para hechos futuros e inciertos, pues está claro dentro de la historia clínica aportada por la afectada padece actualmente “Z358

SUPERVISIÓN DE OTROS EMBARAZOS DE ALTO RIESGO” “ALTO RIESGO DE TRISOMIA 21”, que es una paciente que requiere de atención y no puede estar supeditada a tener que interponer una acción de tutela cada vez que un servicio médico le sea negado, además, en el fallo de primera instancia si bien no se definió el diagnóstico por el cual se concedía el tratamiento integral si se refirió a la patología objeto de tutela, y como se indicó en los anexos de la tutela se encuentra la historia clínica con fecha del 13/01/2023 donde la profesional de la salud plasmó como diagnósticos “Z358 SUPERVISIÓN DE OTROS EMBARAZOS DE ALTO RIESGO” “ALTO RIESGO DE TRISOMIA 21” y no sobre otras patologías.

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

En relación con la solicitud de ordenar el recobro ante ADRES por aquellos servicios que no le corresponda asumir NO PBS, se tiene que la acción de tutela ha sido concebida única y exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado y es improcedente en principio para definir aspectos económicos, pues se cuenta con otros medios de defensa,

porque no es la acción de tutela el instrumento adecuado para reemplazar las acciones ordinarias y porque lo sustancial es que la afectada acceda materialmente al servicio exigido por lo que la vulneración o amenaza del derecho fundamental esté superada.

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

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **b45f9d11faa2b32fd85b4db11350dc716546137d6058903dcab34675204b2ee8**

Documento generado en 04/08/2023 06:13:47 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

RADICADO	: 05541 61 00128 2014 80124 (2022 1942)
DELITO	INASISTENCIA ALIMENTARIA
ACUSADO	GERMÁN DAVID CEBALLOS BENJUMEA
PROVIDENCIA	: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **LUNES CATORCE (14) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS 10:00 A.M.**

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

conexión.

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

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado ¹

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

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

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

Código de verificación: **49e3527aa151fff84918b502da1afbc695f346402ac96f48744517418616ac2b**

Documento generado en 04/08/2023 06:39:36 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 162

PROCESO: 05 101 60 00330 2022 00075 (2022 1921)
DELITOS: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO
TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES
ACUSADO: WILSON ANDRÉS GUERRA AGUDELO
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, en contra de la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor WILSON ANDRÉS GUERRA AGUDELO por hallarlo responsable del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

En la misma providencia, absolvió al acusado por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el día 06 de abril de 2022, siendo las 05:05 horas, en el corregimiento de Peñalisa, jurisdicción del municipio de Salgar- Ant., funcionarios de policía, observaron a un ciudadano, que al notar su presencia emprendió la huida, siendo interceptado más

adelante. Se le solicitó un registro voluntario, hallando en el bolsillo derecho de la sudadera una cartuchera de color azul, la cual en su interior alojaba ocho (08) cartuchos calibre 38 Special, clase común, aptos para su funcionamiento, sin permiso de autoridad competente para portarlos; en el bolsillo izquierdo se le encontró sustancia estupefaciente dosificada la cual arrojó positivo para cannabis con peso neto de ochenta y seis (86) gramos, y un (01) cuaderno, marca Norma, en el cual se evidencian manuscritos alusivos a la venta de estupefacientes, por esta razón se procedió con la captura de quien se identificó como WILSON ANDRÉS GUERRA AGUDELO por los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, partes o municiones, en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Por estos hechos, el 7 de abril de 2022, ante el Juez Promiscuo Municipal de Salgar (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar (Antioquia) en donde el 1º de julio de 2022, la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 9 de agosto de 2022 y el juicio oral se desarrolló el 21 de septiembre de 2022. La sentencia fue leída el 9 de noviembre de 2022.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo encontró demostrada la materialidad de la ilicitud y la responsabilidad del acusado con respecto al delito de Porte de Estupefacientes con fines de venta.

Manifestó que la declaración de los uniformados que realizaron la aprehensión de Wilson Andrés Guerra Agudelo se reputa veraz, no se advierte ilegal o que se tratase de un falso positivo, simplemente fue producto de una labor encaminada a contrarrestar ese flagelo que azota a nuestra comunidad, lugar en donde, además, se ubicó a un ciudadano que tenía una orden de captura vigente, por un delito de homicidio y a otro más.

Ahora, en respuesta a los planteamientos del defensor, sobre que no se sabe quién realizó los manuscritos en el cuaderno incautado, dijo que es cierto; sin embargo, dicho elemento material probatorio fue decomisado directamente al señor Wilson Andrés, y no es viable conjeturar que los uniformados lo extrajeron del armario de la casa donde supuestamente encontraron el alcaloide y munición, después de un allanamiento para generar duda.

Expresó que el ingreso de tales anotaciones de cuaderno a la actuación se realizó sin reparo del defensor, fueron reconocidas por uno de los agentes captadores, quien explicó entre otros datos, que por lo general las personas dedicadas a trabajar con estupefacientes utilizan claves, cuando refieren V es verde significa marihuana; CF es café se conoce como bazuca; R es recibido y aparte de ello, aparecen registro de algunos datos al parecer de contabilidad, que, sumados a las exculpaciones inverosímiles del acusado, permiten llegar a ese grado de certeza acerca de la actividad ilícita a la que se dedicaba. Esta afirmación se extrae de los escritos en tinta que aparecen en las hojas de cuaderno, de ahí es fácil establecer que conservaba sustancias con el fin único de venta, no encuentra otra explicación la judicatura de tal evidencia documental, aunado al comiso de los 86 gramos de marihuana dosificados, y no se apunta a la atipicidad por la

cantidad de la sustancia, porque lo que interesa en este evento es la finalidad.

Ahora, en cuanto al delito de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones sostuvo que se acreditó en verdad el comiso de los 08 cartuchos calibre 38 Special, aptos para ser empleados en un arma de fuego de defensa personal; el acusado tiene asiento en el corregimiento del cual informaron los policiales es una zona de alta delincuencia, pero no se decomisó al citado arma que le permitiese utilizar dicha munición, que por sí sola no es letal, siendo así, la conducta no encuadra en el delito endilgado a la luz de lo dispuesto en el Art. 11 del estatuto represor penal. El comportamiento objetivamente se ubica en el tipo penal reseñado; no obstante, ante la ausencia de uno de los elementos estructurales de la conducta -antijuridicidad-, deviene improcedente sancionar a Guerra Agudelo por dicha conducta contemplada en el Art. 365 del Código Penal.

LA IMPUGNACIÓN

El señor defensor del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Afirma que frente al delito endilgado al señor WILSON ANDRÉS GUERRA AGUDELO, la Juez de primera instancia señala que quedó demostrado toda vez, que en esos hechos ocurridos el pasado 6 de abril se incautó un cuaderno con apuntes relativos a la comercialización de las sustancias alucinógenas.

Lo que no queda claro en este proceso, y así se observó en la audiencia de juicio oral, fue que el señor GUERRA AGUDELO llevara ese cuaderno en el bolsillo, pues el propio procesado señala que ese objeto fue obtenido de un cajón. Queda la duda, en tanto, GUERRA AGUDELO nunca negó la existencia de dicho cuaderno, por lo que no se puede asumir, que lo dicho por los testigos de cargo sea plenamente válido.

Aduce que no hay claridad respecto a la incautación de ese cuaderno, que a la postré sirvió de fundamento para la condena, aunado a que, no se le puede endilgar la propiedad de ese cuaderno a WILSON ANDRÉS GUERRA AGUDELO, en tanto no se demostró tal cuestión, por lo tanto, asumir que ese cuaderno era de él, sería una indebida valoración de la prueba en conjunto.

Expresa que la poca valoración que se le dio a la prueba de descargos, respecto a los hechos, da pie a pensar que esos hechos no sucedieron tal cual como fue acusado y como lo manifestaron los testigos de cargo.

Solicita se absuelva a su patrocinado.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si la Fiscalía llevó o no al juicio prueba que permita obtener un conocimiento más allá de toda duda sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del procesado.

El A quo sostiene que las declaraciones de los uniformados que realizaron la captura y la incautación de un cuaderno en donde se observan anotaciones referidas a la venta de estupefacientes son suficientes para emitir la sentencia condenatoria. En cambio, el recurrente afirma que en el juicio no quedó clara la incautación del cuaderno en poder de su defendido y la poca valoración que se le dio a la prueba de descargos da pie a pensar que los hechos no sucedieron tal como fueron manifestados por los testigos de cargo.

Para decidir, la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en el juicio oral y pudo concluir que al A quo no le asiste razón al emitir un fallo de condena por el delito de Porte de Estupefacientes, toda vez que la prueba allegada al proceso no logra demostrar que la finalidad de la tenencia de la sustancia incautada fuera la venta o distribución.

Las manifestaciones de la señora María Viviana Álvarez Agudelo y del propio procesado no son de recibo, pues no merecen credibilidad alguna frente a la clara declaración de los funcionarios de la policía Roger Alexander Ayala Olaya y Yacer Antonio Rivas Sánchez, toda vez que no tiene ningún sentido que estos funcionarios sin tener noticia alguna sobre actividades ilícitas que pudiera realizar el señor Wilson Andrés Guerra, en horas de la madrugada y sin orden judicial alguna, llegaran a su residencia y frente a toda la comunidad penetraran a la fuerza a la vivienda y realizaran un allanamiento y registro, con la posterior captura, para después hacer pasar el procedimiento y la incautación como hechos ocurridos en la vía pública. Tal proceder no tendría ninguna explicación y menos cuando los afectados inmediatamente no informaron a las autoridades sobre las irregularidades cometidas. La defensa del procesado con

seguridad habría ventilado el tema de un allanamiento y captura ilegal en las audiencias preliminares.

No obstante, a pesar de ello, no puede afirmarse que la Fiscalía cumplió con su labor y que logró demostrar su teoría del caso. El ente acusador se comprometió a demostrar que el procesado tenía la sustancia estupefaciente que le fuera incautada con la finalidad de venta o distribución, pero no lo logró.

Es claro que los funcionarios de la policía encontraron por casualidad al señor Wilson en la vía pública en horas de la madrugada y le solicitaron una requisita. Por ello, los funcionarios no tienen conocimiento alguno de la finalidad por la cual el procesado llevaba consigo la sustancia estupefaciente.

Todo el debate probatorio se centró en el significado de las anotaciones que contenía un cuaderno incautado al señor Wilson Andrés Guerra al momento de su captura.

Copia de cuatro hojas del cuaderno fue ingresado al debate, junto con la interpretación de su contenido que hizo el funcionario de la policía Subintendente Roger Alexander Ayala Olaya. Se leyó en el juicio así:

Fotografía N°2

"V= 72= 17= 55= 550

CF= 84= 28= 56= 448

R= 52= 31= 21= 315

1313

-283

1030

26

126 comida

6v = 60

20 Coste

4 = R 60

17 PARR

En otra hoja- fotografía N°3 aparecen apuntes:

Vodega (sic)
V 652 – 30 – 50 -38
Cf 760 – 50- 50 -30 -50
R 325 – 30 -50 – 50
quedan vodega (sic)
v 534
Cf 300
R 195

En la fotografía N°4 aparecen registros:

V = 177= 45= 70= 700

Cf= 78= 95 = 69 = 552

R =81 =52 = 29 = 435

Entre otras cifras numéricas, también aparece:

1687 paso 62 plaza

Es evidente que a simple vista las anotaciones no dicen nada, pues se trata simplemente de letras y número puestos sin ningún orden, ni pista sobre lo que significa. Por tanto, el conocimiento de su significado ingresa a través del testimonio del funcionario de la policía, quien interpreta que la letra V significa verde, referida a la marihuana, que la letra CF significa café, referida a la sustancia bazuco, R significa recibido y hace referencia a toda la sustancia de la cual le hacen entrega, VODEGA significa la sustancia estupefaciente que se encuentra almacenada, 30 MUERSO hace referencia a la contabilidad de los gastos en almuerzos, 50 VARVA hace referencia a la cantidad de dinero que le dan a otra persona para llevar o pasar el estupefaciente, 10 PASA hace referencia a gastos de pasajes y 20 COMIDA significa la contabilidad de los gastos de alimentación.

Y es claro que el agente de la policía no escribió lo contenido en el cuaderno y tampoco lo ha hecho en otros eventos, por lo cual, su conocimiento tiene que provenir de informantes o personas que realizan tales anotaciones y saben qué significa, lo que implica que esta prueba es simplemente orientadora y a lo sumo tiene un simple valor de indicio. Por tanto, debía ser complementada con otros elementos materiales probatorios que le dieran mayor sentido y fuerza de convicción, pero al juicio nada más ingresó.

Si bien en otra oportunidad¹, esta Sala le dio valor probatorio a un cuaderno similar en donde se hacían anotaciones semejantes y con nombres de personas de las cuales los investigadores en sus pesquisas habían identificado con expendedores de estupefacientes, lo claro fue que en ese proceso también se allegó el testimonio de una persona, quién sostuvo conocer al procesado y haberlo visto vendiendo estupefacientes en el sector. Por ello, en aquél momento la Sala concluyó que la prueba valorada en su conjunto permitían obtener un conocimiento más allá de toda duda sobre la finalidad de tener la cantidad de estupefaciente incautada al procesado, pero en este evento, la prueba documental interpretada por los funcionarios de la policía, es un elemento aislado, que no permite ese grado de conocimiento, ante las múltiples explicaciones que podrían surgir, entre la que se trata de simples suposiciones de los funcionarios bajo informaciones de referencia, hasta que el cuaderno hubiera llegado a manos del procesado por razones diferentes a que él se dedicara a la venta de estupefacientes.

Sin duda en nuestro sistema penal impera el principio de la libertad probatoria y es evidente que la prueba de la finalidad como elemento subjetivo normalmente se logra a través de prueba indiciaria, pero también es claro que para sustentar de esta forma una decisión, los indicios deben ser varios, graves, concordantes y convergentes a una misma explicación lógica. De tal suerte, que un solo indicio como en el presente caso, no permite sustentar la sentencia adversa al procesado.

Visto lo anterior, la Sala revocará los numerales primero, segundo, tercero y sexto de la sentencia impugnada y otorgará la libertad

¹ Ver Proceso con Radicado interno de la Corporación 2022 0190.

inmediata al acusado, la cual se hará efectiva siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial competente.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve **REVOCAR** los numerales primero, segundo, tercero y sexto de la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se **ABSUELVE** al señor **WILSON ANDRÉS GUERRA AGUDELO** por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**. Se otorga la libertad inmediata al procesado, la cual se hará efectiva siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial competente.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

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: **b41445861accfaea5904c9e39a51888bd39ec7fdfe3fa7f185742556fef100ef**

Documento generado en 08/08/2023 07:30:50 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, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 162

PROCESO	:	05697 31 04 001 2015 00429 (2023-1395-1)
ASUNTO	:	CONSULTA DESACATO
INCIDENTANTE	:	BLANCA MARÍA ZULUAGA DUQUE
AFECTADA	:	MARÍA NAZARETH ZULUAGA DUQUE
ENTIDAD	:	SAVIA SALUD EPS
PROVIDENCIA :		REVOCA SANCIÓN

ASUNTO

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario– Antioquia-, el 27 de julio de 2023, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela del 02 de junio de 2015 al Dr. EDWIN CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Representante Legal de SAVIA SALUD EPS S.A.S.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 02 de junio de 2015, el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario– Antioquia- resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por la agente oficiosa de la señora MARÍA

NAZARETH ZULUAGA DUQUE y como consecuencia de ello, ordenó a la EPS-S ALIANZA MEDELLÍN, ANTIOQUIA, SAVIA SALUD:

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

Debido al incumplimiento en el fallo de tutela, la accionante presentó incidente de desacato ante el juzgado que profirió la decisión, el cual ordenó requerir previo a abrir el trámite incidental con auto del 17 de julio de 2023, al Dr. EDWIN CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, en calidad de representante legal de SAVIA SALUD EPS, para que se cumpla con el fallo de tutela, remitiéndose notificación el mismo día, esto es, el 17 de julio de 2023 al correo electrónico que tiene la entidad habilitado para tal efecto, esto es, notificacionestutelas@saviasaludeps.com.

La entidad dio respuesta al requerimiento indicando que SAVIA SALUD EPS autoriza el servicio objeto del incidente para la COOPERATIVA DE HOSPITALES DE ANTIOQUIA -COHAN-, por lo que se solicita su dispensación residencial en HERINCO, la cual es la plataforma virtual mediante la cual se gestionan ante COHAN todos los trámites de solicitud y dispensación de insumos y medicamentos y

trató de establecer comunicación con la usuaria en los abonados 3146415169 y 6045462130, pero los intentos son infructuosos.

Informó que para Savia Salud EPS es fundamental acatar las órdenes impartidas por el Despacho, las cuales son acordes a su razón de ser que es la salud y el bienestar de los afiliados. En ese sentido, solicitó la suspensión del trámite incidental, permitiendo con ello continuar las gestiones tendientes a la materialización del servicio requerido.

Pero a pesar de dicha respuesta la Oficina Judicial mediante auto del 19 de julio de 2023 ordenó abrir el trámite respectivo en contra del Dr. Edwin Carlos Rodríguez Villamizar, Representante Legal de Savia Salud EPS S.A.S, por ser la directamente responsable de cumplir las órdenes impartidas en el fallo de tutela, concediendo tres (03) días al accionado para que aportaran el informe correspondiente y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer a su favor. Con el fin de notificar el auto que da apertura al incidente de desacato el Despacho remitió notificación el 19 de julio de 2023 al correo notificacionestutelas@saviasaludeps.com.

La entidad nuevamente se pronunció indicando que no era la intención de la ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA E.P.S S.A.S desacatar la orden judicial ni poner en riesgo la salud del paciente, desde el área encargada se procede a realizar los trámites tendientes a la verificación de lo requerido y pendiente.

Informó que con relación al servicio solicitado, observó que el medicamento requerido se encuentra direccionado para su entrega a la COOPERATIVA DE HOSPITALES DE ANTIOQUIA –COHAN, institución a quien se ha reiterado la solicitud de suministro.

Manifestó que para Savia Salud EPS es fundamental acatar las órdenes impartidas por el Despacho, las cuales son acordes a su razón de ser que es la salud y el bienestar de los afiliados. En ese sentido, solicitó la suspensión del trámite incidental, permitiendo con ello continuar las gestiones tendientes a la materialización del servicio requerido.

Solicitó nuevamente la suspensión del trámite incidental y abstenerse de sancionar en tanto la Cooperativa de hospitales de Antioquia - COHAN-, proceda con la entrega solicitada por la entidad.

LA DECISIÓN CONSULTADA

Mediante auto del 27 de julio de 2023, se resolvió el incidente de desacato, imponiendo sanción de tres (03) días de arresto y multa equivalente a un (01) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al Dr. EDWIN CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Representante Legal de SAVIA SALUD EPS S.A.S., notificándole lo resuelto el 27 de julio de 2023 al correo notificacionesjudiciales@saviasaludeps.com.co, siendo remitido el expediente a esta Sala a efectos de desatar la consulta.

Una vez ingresado el expediente, se ofició el 02 de agosto de 2023 con el fin de comunicarle al Dr. Edwin Carlos Rodríguez Villamizar, que en esa fecha se asumía el conocimiento del trámite de consulta, la cual fue notificada el 03 de agosto de 2023 al correo electrónico notificacionestutelas@saviasaludeps.com; la entidad guardó silencio a la comunicación.

Se procedió a realizar llamada al celular 3146415169 perteneciente a la señora María Nazareth Zuluaga Duque, quien es la persona afectada por la falta del medicamento TROMBOPAG, donde manifestó que el sábado (29/07/2023), le hicieron entrega del medicamento solicitado.

CONSIDERACIONES

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

Entendido el alcance de la decisión que asume el juez constitucional, como la manifestación clara y expresa frente a la protección inmediata de derechos fundamentales, resulta razonable señalar que, al producirse una decisión sancionatoria originada por el incumplimiento de tal orden y ser sometida al grado de jurisdicción llamado consulta, el objeto se encuentra centrado a determinar si en verdad existió incumplimiento, en los términos y condiciones señalados en la sentencia correspondiente, lo que de suyo no se erige como un medio de impugnación, de ahí que en el incidente de desacato no queda otra alternativa que confrontar la perentoria orden constitucional con los actos de cumplimiento y la disposición del accionado para proceder en

tal sentido, aclarando eso sí, que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”*¹.

En efecto, en punto del cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela se diferencian dos situaciones así: La primera, el incumplimiento, que puede ser producto de diversos factores de índole logística, administrativa, presupuestal, fuerza mayor, otros; la segunda, el desacato, que evidencia una actitud consciente del funcionario a quien le fue dada la orden encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor, en el sentido de sustraerse arbitraria y caprichosamente a proceder de conformidad con lo dispuesto, *“como si se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de la autoridad judicial”*².

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

Ahora, en el presente caso, el fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia), consistió en:

“...PRIMERO. - CONCEDER la tutela a los derechos fundamentales invocados por la señora BLANCA MARIA ZULUAGA DUQUE, actuando como agente oficiosa de la señora MARIA NAZARETH ZULUAGA DUQUE.

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

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

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

SEGUNDO. - Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA al Representante Legal de la EPS ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA (SAVIA SALUD), que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, AUTORICE el medicamento denominado EL TROMBOPAG TABLETAS DE 25 MG EN CANTIDAD DE 180 CADA TRES MESES DE MANERA INDEFINIDA a la señora MARIA NAZARETH ZULUAGA DUQUE.

TERCERO. - Igualmente se ordena el tratamiento integral que requiera la señora MARIA NAZARETH ZULUAGA DUQUE, como consecuencia del diagnóstico que actualmente presenta y que fue objeto de acción constitucional, de ahí que le deben ser suministrados todos y cada uno de los procedimientos, intervenciones, medicamentos y remisiones que requiera para recuperar su salud o evitar que se agrave...”

La entidad accionada se pronunció frente al requerimiento, la apertura del incidente impuesta al Representante Legal de SAVIA SALUD EPS S.A.S, indicando que estaba en el trámite correspondiente para lograr la entrega del medicamento a la señora Zuluaga Duque.

De ahí, que se procedió a verificar con la señora MARÍA NAZARETH ZULÚAGA DUQUE en el abonado celular 3146415169 quien confirmó que el sábado 29 de julio de 2023 en las horas de la tarde le entregaron el medicamento solicitado.

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

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato al Representante Legal de la entidad accionada SAVIA SALUD EPS S.A.S., doctor EDWIN CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, a la sanción de tres (03) días de arresto y multa equivalente a un (01) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 02 de junio de 2015.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

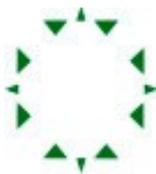
Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **636c1b2ede15dec33632ef926652dbf4f462a95317ef575646596af3dbf10061**

Documento generado en 08/08/2023 07:30:59 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, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 80

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionados	Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí Antioquia y otro
Radicado	05000-22-04-000-2023-00446 (N.I. 2023-1415-5)
Decisión	Se dispone remitir las diligencias a la Sala Penal Tribunal Superior de Medellín

ASUNTO

Andrés Felipe Betancur Rendón instauró acción de tutela en contra del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí Antioquia y el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín. Solicita se protejan los derechos vulnerados por parte de los Juzgados accionados.

De acuerdo con el Decreto 1983 artículo 1° numeral 5° las acciones de tutela dirigidas contra los jueces o tribunales serán repartidas en primera instancia al superior funcional de la autoridad accionada.

Se observa que la competencia recae en este caso en la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

En lo que atañe a la diferenciación entre las reglas de competencia y de reparto, la Corte Constitucional ha definido que ante las inconsistencias que deriven de la aplicación o interpretación de aquéllas –las reglas de competencia-, v. gr., en punto del factor funcional, lo procedente entonces, es remitir la actuación ante el juez sobre el cual radica la competencia, tal como se desprende del análisis efectuado por el máximo Tribunal Constitucional en la materia, mediante Auto N° 124, del 25 de marzo de 2009 y reafirmado a través del Auto N° 061 del 6 de abril de 2011, ambas decisiones, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

En ese orden, se dispondrá la remisión de la presente acción por reglas de reparto a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín ®.

En mérito de lo brevemente expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE

PRIMERO: DECLARA que no es competente por reglas de reparto para resolver la acción de tutela instaurada por Andrés Felipe Betancur Rendón en contra del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí Antioquia y el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín.

SEGUNDO: REMITIR las diligencias a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín ®, en punto de las reglas de reparto para conocer del referido trámite de amparo constitucional.

TERCERO: COMUNICAR esta decisión al accionante.

CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

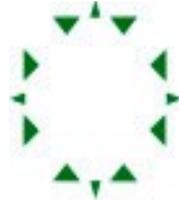
Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **1b9d786b3430bcba322dd16657ff4b32003bc25785029fe0b12be7b4780546f2**

Documento generado en 08/08/2023 03:55:20 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 80

Proceso	Incidente de Desacato
Instancia	Consulta Sanción por Desacato
Sancionado	Nueva EPS
Radicado	050453104001202300150 N.I. 2023-1389-5
Decisión	Confirma sanción

ASUNTO

La Sala decide la consulta de la sanción que por desacato impusiera el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Ant.) a ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA en calidad de Gerente Regional Nor-Occidente, ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME en calidad de Vicepresidente y JOSE FERNANDO CARDONA URIBE en calidad de presidente, todos de la Nueva EPS, por no cumplir un fallo de tutela.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Ant.) mediante fallo de tutela del 22 de junio de 2023 ordenó a la Nueva EPS efectuar todas las gestiones necesarias para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación, autorice y se realice a favor del accionante la valoración prioritaria por glaucomatólogo tratante por el diagnóstico glaucoma primario de ángulo abierto.

El accionante presentó escrito de desacato en contra de la Nueva E.P.S. por incumplimiento a la orden de tutela.

Mediante auto del 11 de julio de 2023 se inició formalmente incidente de desacato en contra de ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA en calidad de Gerente Regional Nor-Occidente, ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME en calidad de Vicepresidente y JOSE FERNANDO CARDONA URIBE en calidad de presidente, todos de la Nueva EPS, por incumplimiento al fallo de tutela.

Aunque la Nueva E.P.S. informó estar realizando lo necesario para dar cumplimiento a la orden, a la fecha no existe constancia de materialización de la valoración prioritaria ordenada. Por tanto, el 26 de julio de 2023 el Juzgado impuso a los referidos funcionarios multa de tres (3) S.M.L.M.V y tres (3) días de arresto como consecuencia del desacato al fallo de tutela.

Esta Sala intentó establecer comunicación con el incidentista pero no fue posible. La Nueva EPS no aportó constancia de cumplimiento a la orden de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

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

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

El problema jurídico por resolver se concreta en la responsabilidad que asiste a la entidad que resultó obligada en el fallo de tutela y así establecer si debe confirmarse la sanción impuesta desde la primera instancia a los funcionarios de la Nueva E.P.S, debido al incumplimiento que al parecer se sostuvo

respecto a la orden constitucional proveniente del Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Ant.).

La entidad no acreditó el cumplimiento de la orden de tutela, por tanto, es posible afirmar que ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA en calidad de Gerente Regional Nor-Occidente, ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME en calidad de Vicepresidente y JOSE FERNANDO CARDONA URIBE en calidad de presidente, todos de la Nueva EPS, vinculados en debida forma a este trámite incidental, incumplieron la orden constitucional que amparó los derechos esenciales del afectado y que le impuso directamente la obligación de su cumplimiento.

Aunque los funcionarios de la entidad accionada fueron enterados en debida forma del inicio formal del incidente de desacato, no acreditaron el cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó Antioquia.

Es claro que el afectado no ha sido amparado en sus garantías fundamentales como lo dispuso el Juzgado fallador, porque la orden impartida, objeto de la tutela y presente desacato, no ha sido cumplida.

Por tanto, se confirmará el auto del 26 de julio de 2023 mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó Antioquia, sancionó con multa de tres (3) S.M.L.M.V y tres (3) días de arresto a ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA en calidad de Gerente Regional Nor-Occidente, ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME en calidad de Vicepresidente y JOSE FERNANDO CARDONA URIBE en calidad de presidente, todos de la Nueva EPS, por no cumplir el fallo de tutela proferido el 22 de junio de 2023.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del 26 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó -Antioquia, que impuso sanción de multa y arresto a ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA en calidad de Gerente Regional Nor-Occidente, ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME en calidad de Vicepresidente y JOSE FERNANDO CARDONA URIBE en calidad de presidente, todos de la Nueva EPS, por incumplimiento al fallo de tutela en referencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **0cd3f2ffcc5f059f12949a1ab8786ac7a579cd91575c4e6cc2f68e77af7b12e8**

Documento generado en 08/08/2023 03:55:04 PM

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

C.U.I. 050016000000202200117 NI: 2023-1334

Acusado: NESTOR ESTIVELL RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Delito: Concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes, Desplazamiento forzado, porte ilegal de armas

Procedencia: Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia

Decisión: Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

C.U.I. 050016000000202200117 **NI:** 2023-1334

Acusados: NESTOR ESTIVELL RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Delito: Concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes, Desplazamiento forzado, porte ilegal de armas

Procedencia: Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia

Decisión: Confirma

Aprobado: Acta virtual 117 de agosto 8 del 2023 Sala No: 6

Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -

Medellín, agosto OCHO de dos mil veintitrés.

1. Objeto del pronunciamiento. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra auto emitido el pasado 11 de abril del 2023 por el Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, el cual fue confirmado al resolver recurso de reposición el pasado 29 de junio del año en curso, actuación que arriba a esta Corporación el pasado 27 de Julio del año en curso.

2. Actuación procesal relevante.

El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, vigila pena privativa de la libertad a NESTOR ESTIVELL RODRIGUEZ RODRIGUEZ, de 6 años y 6 meses de prisión como autor de los delitos de concierto para delinquir, tráfico de

Delito: Concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes, Desplazamiento forzado, porte ilegal de armas
Procedencia: Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión: Confirma

estupefacientes, trafico de armas y desplazamiento forzado impuesta por el Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Solicita se le permita cumplir con la pena impuesta en la comunidad indígena el Águila del Pueblo MISAK en el municipio de BELEN DE LOS ANDAQUIES en CAQUETA

3. AUTO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, negó traslado solicitado, pues encontró al revisar la valoración que se le había pedido a una de las asistentes sociales de los Juzgados de Ejecución de Penas, sobre las condiciones del peticionario al interior de la comunidad indígena MISAK, que existían varias inconsistencias sobre su vinculo matrimonial con una integrante de dicha comunidad y si en efecto esta persona hacia parte de dicha etnia y comunidad social y culturalmente diversa.

La determinación fue objeto de los recursos de reposición y apelación confirmado el mismo, se concedió la alzada.

4. APELACION

El motivo de la apelación se circunscribe a señalar que se cumplen los requisitos establecidos conforme la ley y la jurisprudencia para autorizar el cumplimiento de la pena a una persona integrante de una comunidad indígena, y los planteamientos expuestos por el juzgado de ejecución de penas, incluye aspectos adicionales, que además desconocen las manifestaciones que ya han hecho las autoridades representantes del pueblo MISAK, quienes son las legítimamente constituidas para acreditar quien es integrante de dicha comunidad no siendo posible a las autoridades judiciales invadir competencias ajenas y desconocer lo por esa autoridad también

legítima ha señalado.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Como en este evento no se trata de la apelación contra una providencia que verse sobre mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o la rehabilitación, casos en los que debe aplicarse el artículo 478 del C.P.P., lo acertado es atender lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 34 ibidem, de modo que la apelación contra el citado auto es competencia de la Sala Penal del Tribunal del distrito al que pertenece el Juzgado que en cumplimiento de la vigila la condena emitió la providencia que ahora se recurre.

El asunto que concita la atención de la Sala lo es el establecer si el señor NESTOR ESTIVELL RODRIGUEZ RODRIGUEZ, puede cumplir con la sanción impuesta en la comunidad indígena el Águila del Pueblo MISAK en el municipio de BELEN DE LOS ANDAQUIES en CAQUETA.

Sobre la posibilidad de que una persona perteneciente a una comunidad indígena cumpla con la pena que se le impone en la jurisdicción ordinaria al interior de dicha comunidad la Corte Constitucional hace las siguientes precisiones:

“El artículo 9 del convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo señala que los Estados parte tienen la obligación de, en la medida de lo posible, y en tanto ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, y además, las autoridades y los tribunales competentes en materias penales “deberán tener en cuenta las costumbres en dichos pueblos en la materia”. Prescribe el artículo 10:

“1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cumplimiento del literal b del artículo 41 del Pacto de San José de Costa Rica, recomendó a los gobiernos de los Estados partes la implementación de “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad”. El principio III de la recomendación que trata sobre la libertad personal establece que “[c]usando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente”.

Por su parte, el artículo 246 de la Constitución Política reconoce a las comunidades indígenas una competencia jurisdiccional especial dentro de su ámbito territorial, con base en sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la sociedad occidental.

Conforme al principio de diversidad cultural, y la protección constitucional de la diferencia étnica previsto en la Constitución, el Congreso de la República incorporó en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993, por la cual se expidió el Código Penitenciario y Carcelario. En dicha norma se establecen las condiciones en las cuales debe producirse la privación de la libertad de un miembro de una comunidad indígena. Ello debido a que el legislador es consciente que la privación de la libertad tiene efecto aculturizado y de disolución de la diferencia étnica.

En esa medida, la norma prescribe que: “Cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, cuerpo de Policía y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado (...). La autoridad judicial competente o el director general del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el caso, podrá disponer la reclusión en lugares especiales, tanto para la detención preventiva como para la condena, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y conducta.” Respecto a esta norma, la Sentencia C-394 de 1995 explicó que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes implicaría una amenaza a sus tradiciones y costumbres “que

gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales.”

En el mismo sentido, el artículo 2° de la Ley 1709 de 2014 añadió al Código Penitenciario y Carcelario un desarrollo que ofrece mayor precisión sobre el concepto de enfoque diferencial en el sistema carcelario, al reconocer que “hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque.”¹

Dicha garantía opera tanto cuando la persona está sometida a detención, como cuando debe cumplir la pena finalmente impuesta por un juez a respecto la Corte Constitucional acota sobre la detención preventiva lo siguiente:

(i) Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante.

(ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el

¹ Sentencia T33 del 2021

INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993".²

Y en cuanto al cumplimiento de la pena la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela precisa:

Este Tribunal ha establecido que una persona indígena puede ser recluida en un establecimiento penitenciario corriente cuando (i) ha sido juzgada y condenada por la jurisdicción penal ordinaria, suponiendo que se cumplen los factores de competencia personal, territorial y objetivo, para el efecto, o (ii) cuando, en virtud del dialogo intercultural entre las jurisdicciones especial y ordinaria, la autoridad indígena que impone la pena privativa de la libertad así lo determina. En relación con este último supuesto y debido a la ausencia de una ley que establezca las formas de coordinación entre ambas jurisdicciones, esta Corporación ha fijado ciertas pautas que tienen como propósito el que el traslado de un ámbito cultural a otro se base en un dialogo intercultural, lo más vigoroso posible. En ambos casos, el establecimiento penitenciario ordinario debe contar con un pabellón especial que le permita al indígena privado de la libertad proteger y conservar sus costumbres y tradiciones."

"La sentencia T-866 de 2013 refiere los aspectos relevantes para consolidar un dialogo intercultural entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, los cuales pueden resumir de la siguiente manera: "(i) comunicar de la existencia del proceso a la máxima autoridad de su comunidad o su representante; (ii) permitir la intervención procesal de la máxima autoridad indígena o su representante como vocero del sujeto indígena investigado; (iii) elevar el conflicto de competencias ante [la Corporación competente señalada en la Constitución Política] en caso de que dicha autoridad, el investigado o su defensor invoquen el fuero especial indígena; (iv) en el caso de que se haya dictado una medida privativa de la libertad, el operador jurídico deberá valorar un enfoque diferencial en las condiciones de reclusión que deben aplicarse para poblaciones con características particulares en razón de su etnia; (v) para todo lo anterior, los jueces penales y de ejecución de penas deberán contar con un directorio o registro actualizado de comunidades y autoridades indígenas

² T 515 del 2016

Igualmente, la Sentencia T 291 del 2013, reiterada en la sentencia T 515 del 2015 ya citada fijo las siguientes reglas para el cumplimiento de la pena en un resguardo indígena:

“En consecuencia, fijó tres reglas que debían cumplirse en casos en los que un indígena fuera procesado y condenado por la jurisdicción ordinaria y recluido en un establecimiento penitenciario “sin ninguna consideración relacionada con su cultura”, a saber:

“(i) Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante. (ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías [...] o el fiscal que tramite el caso [...] deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993. (iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad”

Debemos entonces verificar si en efecto el condenado hace parte de una comunidad indígena, si se encuentra debidamente acreditado que la máxima autoridad de la comunidad indígena se compromete a que se cumpla la pena dentro de su territorio. En ese caso, se deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.

Delito: Concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes, Desplazamiento forzado, porte ilegal de armas
Procedencia: Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión: Confirma

Adicionalmente, el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad.

Sobre el primer requisito, es el que se presenta la controversia que suscita esta apelación pues la Juez encargada de la ejecución de la pena, considera que si bien es cierto las autoridades de la comunidad indígena el Águila del Pueblo MISAK en el municipio de BELEN DE LOS ANDAQUIES en CAQUETA, certifican que en efecto NESTOR RODRIGUEZ RODRIGUEZ, hace parte de dicha comunidad indígena, lo cierto es que tal y como lo pudo corroborar la asistente social adscrita a los Juzgados de Ejecución de Penas, a quien se le solicitó verificar el arraigo del condenado con dicha comunidad, se encontró que el no es nativo originario de la misma, sino que su pertenencia a dicha comunidad surge de su matrimonio con una originaria de dicha comunidad, indicando la funcionaria comisionada para tal fin que no se aprecian en el referido rasgos socio culturales que lo relacionen con dicha comunidad.

Al respecto encuentra la Sala, que en efecto la Juez de Primera Instancia, como lo pone de presente en el auto materia de impugnación y lo explicita aún mas al desatar la reposición que se interpuso pone de manifiesto varias inconsistencias sobre la supuesta fecha de unión marital del condenado con una integrante de dicha comunidad, en especial si en efecto él ha vivido al interior de dicha comunidad vista la fecha de su unión matrimonial y el tiempo que lleva privado de la libertad, y la forma como la integrante de dicha comunidad conoció al señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ, por internet y su posterior unión por ceremonial ritual de la comunidad MISAK, como se le informó a la asistente social de los Juzgados de Ejecución de Penas al realizar algunas entrevistas dentro de sus actividades de verificación de arraigo.

Delito: Concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes, Desplazamiento forzado, porte ilegal de armas
Procedencia: Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión: Confirma

Al respecto la Sala debe precisar, que si bien es cierto hay una constancia de la máxima autoridad de la comunidad indígena el Águila del Pueblo Misak en el municipio de BELEN DE LOS ANDAQUIES en CAQUETA, sobre el ingreso del señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ, a la misma por su vinculo matrimonial conforme a los usos y ritos de dicha comunidad con una integrante de la misma, no queda claro como él residente del municipio de Sabaneta, y privado de la libertad de tiempo atrás, en efecto se ha integrado a dicha comunidad, como para considerar entonces que en efecto se convirtió en miembro de la etnia MISAK y es integrante de una comunidad social y culturalmente diversa, y por lo tanto debe cumplir la pena que se le impuso al interior de dicha comunidad, pues lo cierto es que él no es originario de la misma, no hay constancia a que él en efecto hubiere residido al interior de tal comunidad, ni queda claro mucho menos como un simple vinculo matrimonial, así este se realice conforme a los ritos y costumbres de la comunidad indígena, por esto se entienda que es de dicha comunidad, y en efecto el ahora hace parte de la etnia MISAK, y es cultural y socialmente diverso, y para garantizar diversidad deba cumplir la pena impuesta al interior de dicha comunidad, lo que impide entonces por el momento con la información que se cuenta en efecto considerar que el aquí condenado es una persona social y cultura mente diversa, por hacer parte de una comunidad indígena y pueda entonces cumplir la pena impuesta al interior de un resguardo indígena, lo que implica que la providencia recurrida debe ser confirmada al no estar debidamente acreditado el primer requisito que debe verificarse para autorizar el cumplimiento de la pena al interior de una comunidad indígena.

No obstante, y teniendo en cuenta que la información con la que se cuenta es incompleta, lo procedente es disponer por parte de juzgado encargado de la ejecución de la pena, que con las máximas autoridades de la comunidad indígena el Águila del Pueblo MISAK en el municipio de BELEN DE LOS ANDAQUIES en CAQUETA, se aclaren las inconsistencias anunciadas en el informe de la trabajadora social, y se pueda entonces si es del caso analizar nuevamente la procedencia o no del traslado deprecado.

Providencia discutida y aprobado por medios electrónicos.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la providencia materia de impugnación, por las razones expuestas en este proveído, debiendo por el juzgado que continúe con la ejecución de la pena, realizar las gestiones mencionados en el cuerpo motivo de este proveído.

SEGUNDO: Contra la presente determinación no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **72978c2c31d5b9762f36fb8b373a0f49ca30318b1660063f36d629fde58cf5e5**

Documento generado en 08/08/2023 04:07:16 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintisiete (27) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno	:	2016-0629-4
		Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	68 001 60 00244 2014 00046
Acusados	:	Luis Carlos Tejada Moreno y José Guillermo Córdoba Andrade.
Delito	:	Extorsión agravada tentada.
Decisión	:	Confirma.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la
fecha. Acta N° 232

M.P. Isabel Álvarez Fernández

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación que interpusieran el delegado de la Fiscalía General de la Nación y la defensa del acusado LUIS CARLOS TEJADA MORENO, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrío (Ant.), el día 12 de febrero de 2016 a través de la cual absolvió al coacusado JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE (decisión impugnada por la Fiscalía) y declaró penalmente responsable en condición de coautor a LUIS CARLOS TEJADA MORENO por la comisión de la conducta punible de “Extorsión agravada tentada” en concurso homogéneo y sucesivo, imponiéndole como sanción ciento sesenta y ocho (168) meses y un (1) día de prisión, multa de dos

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

mil doscientos cincuenta (2.250) SMLMV y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la sanción principal (decisión recurrida por la Defensa del condenado).

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Acaecieron entre el 24 y el 26 de agosto de 2014 cuando los señores GUSTAVO DE JESÚS CALDERÓN y RAMÓN ANTONIO CUERVO finqueros de la región de Cimitarra (Santander) recibieron cada uno en sus domicilios localizados en Puerto Berrío (Antioquia), la visita de dos sujetos que se identificaron como integrantes del 24 frente de las Farc siendo atendidos inicialmente por miembros de la familia de estos. Posteriormente, a través de diferentes llamadas telefónicas cada uno de estos hombres fueron localizados por un individuo que se identificó como DIOMEDES y les exigió comprar elementos destinados para la guerra, pero al no ser posible que reunieran las altas sumas de dinero que se les demandó originalmente, lograron ser negociadas en siete y cinco millones de pesos, respectivamente, bajo la advertencia de que su incumplimiento pondría en riesgo su vida o la de su familia. Expresando los denunciados, que como no alcanzaron a recoger la suma de dinero exigida, acordaron con los extorsionistas, que el 26 de agosto de 2014 cada uno (GUSTAVO y RAMÓN) llevaría al puesto de frutas de CHEQUELO, un paquete que contendría la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000).

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

Esta situación fue puesta en conocimiento del Gaula, quien junto con el ejército instaló un operativo de entrega controlada, en el que se dio captura al señor LUIS CARLOS TEJADA MORENO quien fue capturado segundos después de recibir el dinero producto de la extorsión. Asimismo, se capturó al señor JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE quien durante el operativo le anotó en un papel y le hizo entrega de un número telefónico a CHEQUELO, que fue la persona designada por los extorsionistas para recibir y entregar el paquete que contenía el dinero reclamado como extorsión.

3. RESUMEN DE LO ACTUADO

En la respectiva audiencia ante el Juez de control de garantías, realizada el 27 de agosto de 2014, la Fiscalía General de la Nación, a través de su delegado, formuló imputación a LUIS CARLOS TEJADA MORENO y a JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE por el delito de Extorsión agravada en concurso homogéneo y sucesivo en grado de tentativa, cargos a los que no se allanaron.

Posteriormente y con fechas del 16 de enero y 20 de marzo de 2015, se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, respectivamente, en tanto que el juicio oral y público se desarrolló durante el 13 de mayo, 3 de junio, 10 de agosto y 16 de diciembre de la misma anualidad, continuando el 13 de enero de 2016, finalizando con anuncio del sentido del fallo de carácter condenatorio para TEJADA MORENO y de absolutorio para CÓRDOBA ANDRADE.

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

El 12 de febrero de 2016 se realizó la audiencia de lectura de la correspondiente sentencia, misma que fue impugnada por la defensa de TEJADA MORENO y por el delegado de la Fiscalía, este último quien sustentó en la misma audiencia su desacuerdo con el fallo, mientras el primero presentó posteriormente escrito en el que sustentó su disenso, concediéndose el recurso de apelación ante este Tribunal en el efecto suspensivo.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En el proveído que puso fin a la primera instancia, el señor Juez profirió sentencia de carácter absolutorio en favor del señor JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE y condenatorio en contra del señor LUIS CARLOS TEJADA MORENO por el concurso de delitos endilgados.

Consideró el *A quo* que aunque se había demostrado la existencia del hecho, esto es, la extorsión agravada tentada de la que fueron víctimas GUSTAVO DE JESÚS CALDERÓN y RAMÓN ANTONIO CUERVO; con relación al procesado CÓRDOBA ANDRADE no se pudo demostrar su participación dolosa en el delito por el que fue acusado, indicando el *A quo*, que, aunque según lo acreditado JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA arribó al lugar donde se había entregado el dinero, anotó en un papel un número telefónico y le hizo entrega del mismo a EZEQUIEL GÓNZALEZ, indicándole que debía comunicarse con ese número de manera urgente; hecho que fue

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

confirmado por otros testigos, pero de ese mero hecho no podía establecerse la participación penal del acusado.

Explicó el *A quo* que en ese contexto, no podía concluirse que el acusado CÓRDOBA ANDRADE tuviera conocimiento de la conducta punible que se estaba llevando a cabo, ni tampoco que conociera que el número telefónico que le había entregado a “CHEQUELO” correspondía al abonado desde donde se hacían las llamadas extorsivas a las víctimas, porque además se logró determinar que la familia CÓRDOBA ANDRADE recibía con frecuencia llamadas telefónicas para que se le informara al señor EZEQUIEL GONZÁLEZ conocido como “CHEQUELO” sobre sus citas médicas en la ciudad de Medellín. Por lo tanto, consideró el fallador que este procesado, al igual que el señor EZEQUIEL no fueron más que instrumentos, empleados por los extorsionistas para cometer el delito.

Por el contrario, argumentó el sentenciador que, en lo que tenía que ver con LUIS CARLOS TEJADA MORENO existía conocimiento más allá de toda duda razonable de su participación y responsabilidad en los hechos objeto de este proceso, toda vez que había prueba con relación a su actuación en la comisión de la conducta punible, pues además de haber sido la persona que acudió en dos oportunidades al negocio del señor EZEQUIEL GONZÁLEZ a buscar el dinero exigido a las víctimas, fue capturado en flagrancia cuando recibió el paquete que contenía el efectivo. Adicionalmente, explicó el fallador, que la excusa presentada por este procesado en el sentido de que era mototaxista y que reclamó el paquete porque

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

en desempeño de esa labor, lo contrataron para hacerlo, resultó contradictoria y carente de soporte probatorio.

Por lo tanto, consideró el Juez de primer grado, que existía en el proceso prueba suficiente para condenar por el delito de Extorsión agravada tentada en concurso homogéneo y sucesivo al señor LUIS CARLOS TEJADA MORENO, manteniéndose la circunstancia de mayor punibilidad de actuar bajo coparticipación criminal, dado que, pese a la absolución de CÓRDOBA ANDRADE, de acuerdo con la versión de las víctimas y de otros testigos, fueron varias las personas que participaron en las actividades extorsivas.

Así entonces, al momento de dosificar la pena el Juez de primera instancia decidió ubicarse en el extremo mínimo del primer cuarto medio imponiendo una pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses y un (1) día de prisión, y multa de dos mil doscientos cincuenta (2.250) SMLMV, la cual se aumentó en veinticuatro (24) meses por tratarse de un concurso de conductas punibles, quedando una pena de prisión definitiva de ciento sesenta y ocho (168) meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Por último, por expresa prohibición normativa le fue negado al condenado, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

5. FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

Dentro del término estipulado, la defensa de LUIS CARLOS TEJADA MORENO sustentó el recurso de apelación, solicitando que el fallo de primera instancia fuera revocado y que en su lugar se absolviera a su representado, esgrimiendo lo siguiente:

- El día de los hechos el procesado TEJADA MORENO se encontraba desarrollando la actividad de mototaxista y ese día fue contratado por un señor desconocido para que recogiera en el puesto de venta de frutas del señor EZEQUIEL GONZÁLEZ una encomienda.

- Los testigos de la Fiscalía si bien dieron cuenta de la ocurrencia de la extorsión, en ningún momento señalaron a TEJADA MORENO como uno de los responsables del delito. Tampoco se probó que las llamadas extorsivas las hubiese realizado su prohijado. Su condena se fundamentó en la captura en flagrancia.

- La carga de la prueba está en cabeza de la Fiscalía y por ende su defendido no tiene la obligación de probar su inocencia.

- No se probó el elemento normativo del tipo penal de extorsión, es decir, que TEJADA MORENO obtuvo un provecho o beneficio en la comisión del delito. Ni tampoco se determinó la relación causal entre constreñir y llevar a cabo la conducta propia de la extorsión.

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

- Se hizo una indebida valoración de la prueba dado que la decisión se fundamentó solo en una prueba testimonial que dio cuenta de la existencia de la conducta punible, pero no de la participación y responsabilidad de su representado.

Por lo tanto, solicitó que se revocara la decisión de primera instancia y en su lugar que se absolviera al señor LUIS CARLOS TEJADA MORENO por el delito por el cual fue acusado y como consecuencia se ordenara su libertad inmediata.

Por otra parte, el delegado de la Fiscalía en la audiencia de lectura de fallo argumentó su desacuerdo con la decisión absolutoria en favor de señor JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE, bajo la siguiente exposición:

- La responsabilidad penal de CÓRDOBA ANDRADE fue plenamente probada por el ente Fiscal.

- La defensa en sus alegatos confirmó la existencia de una prueba que permitía declarar la responsabilidad penal de este procesado, como lo fue el documento donde éste apuntó el abonado telefónico porque, aunque dicho material no se introdujo en el juicio, otros medios de prueba y la confesión del acusado permiten demostrar que ese hecho ocurrió.

- Adicionalmente se cuenta con la declaración del teniente del Gauda, JULIO CÉSAR MEJÍA, quien informó el comportamiento extraño que el procesado mantuvo con el señor de la venta de las frutas, a quien le hacía señas y le pedía hacer la llamada.

- Se debe analizar principalmente la credibilidad del teniente MEJÍA y su aparente contradicción con relación a otros testigos quienes negaron estas señas, sin olvidar que cada uno tenía una visual diferente. Así entonces, una cosa es que no hayan visto y otro muy diferente que no haya sucedido.

- La regla de la experiencia expresa que cuando se está ante una inminente captura ya no se puede huir, y por esa razón el procesado no lo hizo.

- Existen situaciones indiciarias adicionales con relación a la conducta del señor CÓRDOBA ANDRADE, como por ejemplo que no haya sido capturado con ningún celular pues quien actúa en este tipo de delitos se abstiene de portar estos aparatos por si llega a ser capturado. De igual manera, no se explica como el procesado siendo una persona universitaria, haya decidido aceptar la orden de un desconocido que se encontraba en un amplio espectro de distancia y posteriormente hubiese decidido permanecer cerca del lugar donde ocurrió la entrega del dinero, significando su interés en los sucesos posteriores.

- La intervención del procesado CÓRDOBA ANDRADE fue necesaria para la comisión del delito.

Por lo tanto, el delegado de la Fiscalía solicitó que se revocara el fallo de primera instancia, y en su lugar, se condenara a JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE por el delito de Extorsión agravada en grado de tentativa.

6. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Durante el traslado correspondiente, la defensa del señor JOSÉ GUILLERMO CÓRBODA ANDRADE se pronunció con relación a los argumentos empleados por la Fiscalía. Explicó lo siguiente inmediatamente después de la intervención del ente acusador:

- Se debe mantener incólume la decisión de primera instancia dado que no se probó la responsabilidad penal de su defendido.
- El ente acusador traslada la carga argumentativa en los puntos donde hay inconsistencias de sus propios testigos.
- La Fiscalía no aportó la prueba documental con la que pretendía fijar la responsabilidad de su prohijado, ni tampoco las evidencias que lo respaldaban.
- No se estableció que la llamada que recibió “CHEQUELO” proviniera del número que le entregó su defendido.
- El procesado fue utilizado por personas inescrupulosas para distraer la atención de los agentes del orden público.

- Al teniente MEJÍA desde el ángulo en que se encontraba le quedaba imposible observar a su prohijado porque éste se hallaba al interior del establecimiento.
- Su defendido contrario a lo que plantea la Fiscalía, tenía toda la posibilidad de haberse escapado, sin embargo, no lo hizo, aspecto que corrobora su inocencia en estos hechos.
- Los indicios a los que se refiere el Fiscal, no pasan de ser una mera especulación.

Por último, considera que la falta de argumentación del Fiscal en el recurso debería dar lugar a que éste se declare desierto.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la defensa del acusado, de conformidad con lo previsto en los artículos 34 numeral 1º, 176 inciso final, y 179 de la Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Desde esta perspectiva debe la Sala determinar si la sentencia que se revisa comporta una decisión ajustada al haber procesal o si en ella, como lo sostienen tanto la defensa del señor LUIS CARLOS TEJADA MORENO como el delegado de la Fiscalía, se incurrió en una indebida valoración probatoria, que

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

hubiese determinado injustificadamente la condena del primero en calidad de autor del delito investigado y la absolución del señor JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE.

Antes de proceder a hacer el análisis de cada uno de los recursos presentados, es preciso pronunciarse previamente, sobre la solicitud que hiciera el defensor del señor JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE de declarar desierto el recurso incoado por el delegado de la Fiscalía, frente a la decisión de absolución de su asistido.

Respecto de la sustentación del recurso de alzada ha indicado la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

(...) De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese 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, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio (...)” (CSJ SP rad. 23.667 de 11-04-2007).

Partiendo de la sustentación del recurso de apelación presentado por la Fiscalía, considera la Sala que no le asiste razón al Defensor, pues en su argumentación el Fiscal expresó los motivos del disenso, explicando los que, en su

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

criterio, fueron los yerros en que incurrió el Juez de primera instancia al proferir una decisión de carácter absolutorio a favor del procesado CÓRDOBA ANDRADE, así como los fundamentos fácticos y jurídicos de su inconformidad. Por lo tanto, no se concederá la solicitud del defensor y en su defecto se procederá a resolver de fondo el recurso planteado.

Por ello, se ocupará la Sala del análisis del acervo probatorio, que sirvió de fundamento al Juez primario para condenar al acusado TEJADA MORENO y a absolver al procesado CÓRDOBA ANDRADE, con miras a determinar si la decisión fue acertada.

Al respecto, resulta preciso señalar que no fue objeto de controversia ni en los alegatos de cierre, ni en las sustentaciones del recurso de apelación, que los señores GUSTAVO DE JESÚS CALDERÓN GAVIRIA y RAMÓN ANTONIO CUERVO fueron víctimas del delito de extorsión. Al respecto se acreditó que cada uno de ellos, recibió visitas en sus domicilios por dos sujetos quienes informaron que eran integrantes del frente 24 de las Farc, y requerían colaboración económica para comprar uniformes y comida; visitas que inicialmente fueron atendidas por los familiares de las víctimas, a quienes les advirtieron que si no colaboraban, asesinarían a los integrantes de la familia; por lo cual, esas personas, suministraron los números telefónicos de GUSTAVO y de RAMÓN, respectivamente. Demostrándose que con posterioridad, entre el 24 y el 26 de agosto de 2014, tanto a GUSTAVO DE JESÚS como a RAMÓN ANTONIO, los contactó un individuo que se identificó como DIOMEDES quien inicialmente, le exigió a cada

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

uno la suma de \$30.000.000 para adquirir insumos para la guerrilla, pero ante la manifestación de las víctimas de que no contaban con esa suma, le exigió al primero la suma de siete millones de pesos (\$7.000.000) y al segundo la de cinco millones de pesos (\$5.000.000); exigiéndoles que el 26 de agosto de 2014 cada uno de ellos (tanto GUSTAVO como RAMÓN) debían entregar la suma de dos millones (\$2.000.000) de pesos, dinero que según la exigencia del extorsionista debía dejarse en el puesto de frutas de CHEQUELO, con la indicación que le fuera entregado a DIOMEDES.

De igual manera, los testimonios que rindieron GUSTAVO DE JESÚS CALDERÓN GAVIRIA, RAMÓN ANTONIO CUERVO, MARÍA PATRICIA CALDERÓN GARCÍA, la investigadora del CTI SULAY MARCELA MENDONZA MOGOTOCORO y los miembros del ejército integrantes del grupo GAULA, Coronel JOSÉ ALEJANDRO LÓPEZ PEPINOSA y el Teniente JULIO CÉSAR MEJÍA BURBANO, dieron cuenta de que el día 26 de agosto de 2014 se instaló un operativo en el Municipio de Puerto Berrio (Antioquia) para controlar la entrega del paquete que contenía el monto de dinero exigido, y capturar así a las personas que estaban participando en la extorsión a los señores GUSTAVO CALDERÓN y RAMÓN CUERVO. Capturándose en el procedimiento a LUIS CARLOS TEJADA MORENO en el momento en el que recibió por parte del señor EZEQUIEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ conocido como CHEQUELO, el dinero que le fuera entregado previamente por las víctimas, en el sitio donde éste posee una carretilla en la que vende frutas.

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

Siendo aprehendido instantes después JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE al establecerse que en desarrollo del operativo y antes de que el dinero le fuera entregado a TEJADA MORENO, esta persona anotó en un papel un número telefónico que le fue entregado a CHEQUELO.

Ahora bien, la cuestión objeto de debate se centra en establecer si el análisis probatorio del *A quo*, incurrió en los yerros denunciados por los apelantes, respecto de la participación y responsabilidad de los procesados TEJADA MORENO y CÓRDOBA ANDRADE en la comisión de las conductas punibles endilgadas por el delegado de la Fiscalía. Por lo tanto, teniendo en cuenta el carácter individual de la responsabilidad penal, se analizará por separado lo probado frente a cada uno de los acusados.

Respecto a la conducta desplegada por JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE, no existe discusión alguna con relación a que, durante el operativo instaurado por el GAULA, a la caseta de venta de frutas del señor CHEQUELO (donde se realizaría la entrega del dinero), se acercó un sujeto con una gorra, camiseta gris, de tez negra, quien anotó en un papel un número telefónico que tenía anotado en la mano, y le entregó ese papel a CHEQUELO, indicándole que debía llamar a ese abonado dado que lo requerían de la ciudad de Medellín. Seguidamente este hombre quien fue identificado como JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE, se retiró del lugar y se situó en un establecimiento comercial que pertenecía a su familia, localizado una calle más adelante.

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

De la prueba testimonial recaudada, tanto de cargo como de descargo, se establece, como con acierto lo considerara la primera instancia, que la participación de JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE en los hechos objeto de este proceso, se redujo a anotar en un papel un número telefónico que tenía anotado en la mano, y a entregarle a CHEQUELO ese papel; entrega que se realizó entre el momento en el que CHEQUELO recibió los paquetes que contenían las sumas de dinero a entregar a los extorsionistas, y la entrega efectiva del dinero por parte de CHEQUELO a TEJADA MORENO.

De acuerdo con el delegado de la Fiscalía, del comportamiento de CÓRDOBA ANDRADE se podía inferir su participación responsable en la extorsión, toda vez que conforme a lo expuesto por la investigadora del CTI MENDONZA MOGOTOCORO y quien el día del operativo se hallaba a centímetros de distancia cuando aquel se acercó al puesto de frutas, ésta pudo ver cómo CÓRDOBA ANDRADE escribió en un papel que le entregó CHEQUELO un número telefónico que tenía anotado en la mano y se lo entregó a CHEQUELO indicándole que debía llamar a ese abonado. Indicando la investigadora que se pudo percatar, que ese número que anotó CÓRDOBA ANDRADE se correspondía con uno de los números desde los cuales se hacían las llamadas extorsivas a las víctimas.

De igual manera, expuso el delegado de la Fiscalía que esta declaración se complementaba con la del teniente MEJÍA BURBANO, quien según expuso en el juicio, pudo advertir cómo CÓRDOBA ANDRADE después de entregarle el papel a CHEQUELO se detuvo posteriormente en el local

comercial de su familia, desde allí le hacía señas al señor CHEQUELO, las cuales, según expresó el teniente MEJÍA BURBANO, dedujo que guardaban relación con el delito que se estaba ejecutando.

Por su parte CÓRDOBA ANDRADE en su testimonio, reconoció que había anotado en un papel un número telefónico y que se lo había entregado a CHEQUELO. Al respecto explicó que el día de los hechos mientras se hallaba en su domicilio diligenciando una hoja de vida, recibió una llamada telefónica donde le preguntaban si conocía al señor EZEQUIEL dado que necesitaban que éste se comunicara a Medellín al número que le refirieron, y aunque en un momento se negó a dar el recado porque se encontraba adelantando actividades personales, recordó que el señor CHEQUELO sufría del azúcar y a lo mejor lo requerían para una cita médica, así que decidió después de pasar a entregar la hoja de vida a Tecno Térmicas Agroindustrial, ir a la caseta del mencionado sujeto para entregarle el recado y posteriormente dirigirse al negocio de su padre, ubicado una calle siguiente, encontrándose allí a su hermano y a un amigo.

La justificación dada por CÓRDOBA ANDRADE para entregar el número de teléfono al señor CHEQUELO no resulta inverosímil, porque el mismo EZEQUIEL GONZÁLEZ corroboró en su declaración que era común que la familia CÓRDOBA recibiera a su nombre llamadas de este tipo. Y aunque para la Fiscalía resulte extraño que JOSE GUILLERMO fuera quien recibiera la llamada porque su domicilio estaba ubicado a varios kilómetros de distancia del local de su familia y

del negocio del señor CHEQUELO, para esta Magistratura no resulta para nada insólita esa versión, pues como bien se pudo comprobar del informe fotográfico aportado por la defensa del acusado, además de la tienda donde se ubicó, al lado de ésta se hallaba una residencia de propiedad de su padre, por lo que no es de extrañar que este comercio contara con varios números de teléfono, incluido el del domicilio del procesado, así que dicha llamada tal y como aquel mismo lo advirtiera en su declaración, bien podía haberla recibido su progenitor o cualquier otro integrante de la familia.

La versión de CÓRDOBA ANDRADE resulta creíble, además, porque esta persona de manera clara y coherente narró de forma detallada las actividades que llevó a cabo el día de ocurrencia del suceso, y varios testigos de manera coincidente, describieron las actividades que desarrolló JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA antes de haber sido aprehendido. Así, la señora NORMA LINA ABADIA HIGINIO expuso que el día de los hechos, el procesado acudió en horas de la tarde a la empresa Tecno Térmicas Agroindustrial a dejar una hoja de vida y tras esperar por varios minutos infructuosamente a la persona a quien lo habían dirigido para entregársela, decidió marcharse. De igual manera, la versión de ALEXANDER PIEDRAHITA LLANO, da cuenta de cómo JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA llegó de forma serena y tranquila al local de su padre, donde éste y su hermano se encontraban departiendo al interior del comercio, para después salir del sitio ante la algarabía que se formó en la esquina donde fue capturado el procesado TEJADA MORENO, hecho que también le llamó la atención a la señora DORA LUCÍA

LÓPEZ RAMÍREZ quien pasó a acompañar a aquellos para intentar enterarse de lo ocurrido.

En este contexto debe señalar la Sala que comparte el análisis de la prueba que hizo el *A quo*, pues es razonable considerar que, de haber estado involucrado CÓRDOBA ANDRADE en el entramado de la ejecución del acto extorsivo, no solo no se hubiera dedicado a hacer otras actividades previas a su ocurrencia y que nada tenían que ver con el hecho ilícito, como entregar una hoja de vida, sino que tampoco se hubiera marchado para el local comercial de su padre, desde donde no tenía ningún tipo de visibilidad con relación al negocio de CHEQUELO, que era el sitio donde se había acordado recibir el dinero. De pertenecer al grupo criminal que fraguó el acto extorsivo, se hubiera quedado en un lugar mucho más estratégico que le permitiera vigilar directamente el cumplimiento del plan criminal.

Y aunque el teniente MEJÍA BURBANO reiteró en su declaración que CÓRDOBA ANDRADE le hacía señas a CHEQUELO cuando éste cerró su negocio y cruzó la calle para tomarse un tinto a la espera que regresara por segunda vez TEJADA MORENO a recibir el dinero fruto de la extorsión, de acuerdo con los detalles de ubicación presentados por la defensa, no resulta claro que desde el local comercial donde se ubicó CHEQUELO, éste le fuera visible al procesado CÓRDOBA ANDRADE, toda vez que había un cruce de esquina que se interponía entre ellos. Adicionalmente, la agente del CTI, MENDOZA MOGOTOCORO, y el comandante LÓPEZ PEPINOSA, afirmaron que no podían ver a CÓRDOBA

ANDRADE porque éste se había ubicado en otra cuadra. Por lo tanto, la versión del teniente MEJÍA BURBANO no resulta creíble, porque espacialmente no era factible la visibilidad del procesado hacía el sitio donde se ubicó CHEQUELO, adicional a que su versión se contradice con la que diera la funcionaria del CTI quien afirmó que las señas recibidas por el señor CHEQUELO provenían de TEJADA MORENO, y que las hizo cuando iba por el dinero.

Conforme a lo dicho se puede concluir que tal y como lo estableciera el *A quo*, el ente acusador no logró probar el vínculo de CÓRDOBA ANDRADE con el grupo de personas que se aliaron para realizar el cobro extorsivo a los señores GUSTAVO DE JESÚS y RAMÓN ANTONIO, pues éste no se puede deducir simplemente por el solo hecho de entregar un número de teléfono; siendo necesario señalar además que según lo probado, el señor CHEQUELO no se comunicó con ese abonado telefónico anotado en el papel que le entregó CÓRDOBA ANDRADE; y además, quien recibió el dinero exigido por la extorsión fue TEJADA MORENO, quien expresó que no conocía a JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA.

Como se dijo, no se acreditó la participación dolosa de CÓRDOBA ANDRADE en los hechos atribuidos, ni el aporte de esta persona al desarrollo de la conducta delictiva, pues se reitera, era común que en su familia se recibieran recados telefónicos para CHEQUELO, lo que hace entendible que le haya entregado un papel en el que había un número telefónico, y finalmente CHEQUELO no se comunicó con el abonado telefónico anotado en el papel que le entregó JOSÉ GUILLERMO.

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

En este contexto, al analizar individual y conjuntamente las pruebas, respecto del acusado CÓRDOBA ANDRADE la incertidumbre que campea en todos los aspectos analizados, nos conduce indefectiblemente a reafirmar a favor del procesado el principio del *in dubio pro reo*, pues las profundas y ya ineliminables dudas sobre su participación y responsabilidad en los hechos que le fueron atribuidos por la Fiscalía, no permiten proferir en su contra una sentencia condenatoria, actualizando, de paso, la presunción de inocencia que no pudo desvirtuarse. Por lo tanto, a esta Magistratura no le queda más que confirmar la sentencia absolutoria proferida por el *A quo* en favor de JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con LUIS CARLOS TEJADA MORENO, debe anticiparse que su participación y responsabilidad penal en los hechos resultaron plenamente demostradas.

Al respecto, de acuerdo con los diferentes testimonios rendidos en la audiencia de juicio oral, el día de ocurrencia de los hechos, una vez los señores GUSTAVO DE JESÚS CALDERÓN GAVIRIA y RAMÓN ANTONIO CUERVO habían dejado cada uno el paquete que contenía el dinero producto de la extorsión al señor CHEQUELO, un sujeto de camiseta roja, quien fue identificado posteriormente como LUIS CARLOS TEJADA MORENO, se acercó a reclamarle el paquete, no obstante, en ese momento EZEQUIEL GONZÁLEZ (CHEQUELO) se negó a entregarle cualquier tipo de encomienda

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

dado que aquel mencionó no ser DIOMEDES; sin embargo, minutos después CHEQUELO recibió una llamada de este último, quien le reclamó por no haber hecho entrega del dinero al hombre de la camiseta roja y le indicó que éste ya tenía orden de regresar por la encomienda; por lo tanto, con las instrucciones claras el señor CHEQUELO cerró su negocio, se pasó para un local comercial del frente, se tomó un tinto y una vez avizó a TEJADA MORENO, le entregó la encomienda, momento en el que éste fue capturado.

Con relación a su presencia en el lugar de los hechos, el procesado TEJADA MORENO expresó, que después de prestar sus servicios en la Hacienda Portugal donde laboraba desde hacía aproximadamente siete años, siempre complementaba esa actividad prestando el servicio de mototaxista en el Municipio de Puerto Berrio (Antioquia), labor que, según él, llevaba desarrollando desde hacía tres años y que comenzaba a realizar todos los días a eso de las 4 de la tarde.

LUIS CARLOS TEJADA refirió en su declaración, que el 26 de agosto, cuando tomó su motocicleta, se dirigía a la zona del Portón a tomar una carrera y casualmente se encontró con un sujeto que no conocía, quien le pidió reclamar una encomienda donde un hombre apodado “POPEYE” (sic), hecho que no le pareció extraño porque era común dentro de ese oficio que lo contrataran para ese tipo de diligencias. Sin embargo, cuando se acercó donde este último, aquel se negó a entregar el paquete, así que decidió marcharse a tomar nuevas carreras, y casualmente la que le resultó, lo dirigía nuevamente a la zona donde se había encontrado con aquel desconocido, a

quien halló otra vez y le increpó por no reclamar el encargo, ordenándole regresar porque el sujeto que debía hacer la entrega ya estaba enterado, así que para ganarse el dinero de las dos carreras decidió volver, siendo capturado una vez recibió la encomienda.

Son varios los aspectos que no resultan verosímiles en la versión dada por el procesado TEJADA MORENO. En primer lugar, que no se ubicara espacialmente en un municipio en el que supuestamente venía laborando desde hacía siete años atrás, más aún, cuando durante los últimos tres desempeñaba según su dicho, el oficio de mototaxista, oficio que le permitiría conocer con exactitud el nombre de las calles, las veredas y por lo menos la identidad o los apodos de las personas conocidas en el pueblo, como era el caso de CHEQUELO quien era reconocido en la población por tener una venta de frutas. La falta de detalles en la declaración con relación al lugar donde fue abordado para reclamar la encomienda con el hombre que supuestamente lo contrató; el desconocimiento del sitio donde debía reclamarla; la confusión con el apodo de la persona a la que debía pedir la encomienda; permiten inferir, que el procesado faltó a la verdad y que sus explicaciones, solo son un intento para mostrarse ajeno a los hechos por los que resultó capturado.

Asimismo, resulta inverosímil que TEJADA MORENO no describiera ni se acordara del aspecto físico del desconocido que le pidió reclamar la encomienda, pese a que pudo conversar con él en dos oportunidades, lo que le hubiese permitido recordar algún detalle de aquel sujeto, a quien insiste se encontró por casualidad, negando incluso conocer su nombre.

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

Y en este punto, resulta preciso llamar la atención en que la labor que supuestamente, le fue encomendada a TEJADA MORENO no era cualquier función, consistía en recibir una gruesa suma de dinero (4 millones de pesos) producto de la extorsión, y esa es una actividad que una persona que está dirigiendo un operativo de tal magnitud, no le designa a cualquier sujeto incauto que ni siquiera conoce, más aún cuando ni siquiera puede vigilar que efectivamente le va a hacer entrega de lo que le está ordenando reclamar, dado que según la versión de TEJADA MORENO aquel hombre se encontraba en un lugar diferente a la zona donde supuestamente debía recibir el dinero.

También resulta incomprensible que el procesado afirmara en su declaración que cuando regresó en la segunda oportunidad donde el señor de las frutas lo hiciera en su motocicleta, sin embargo, cuando recibe los paquetes y fue capturado, se hallaba a pie, pese a que la zona donde se encontró de nuevo con CHEQUELO era un lugar que permitía el tránsito vehicular.

Siendo pertinente recordar, que se demostró que TEJADA MORENO fue capturado en el momento en el que recibía de parte de CHEQUELO los paquetes que contenían las sumas de dinero exigidas a las víctimas. Demostrándose, además, con el testimonio de la funcionaria del CTI, MENDOZA MOGOTOCORO, que las llamadas extorsivas se hacían desde un centro carcelario y penitenciario ubicado en el municipio de la Dorada (Caldas), lugar que fue visitado por TEJADA MORENO en varias oportunidades, existiendo registro de su ingreso al centro carcelario de esta municipalidad, en una fecha que resultó

próxima a la ocurrencia de estos hechos, es decir, el 21 de junio de 2014.

Así entonces, los argumentos del Defensor no resultan admisibles, pues parten de la premisa equivocada referida a que lo único que vincula a su asistido con los hechos, es su captura en flagrancia en el momento en el que le entregaban el paquete que contenía el dinero reclamado, pues a partir de la inverosímil justificación que TEJADA MORENO dio de su presencia y participación en los hechos, se establece el dolo con el que actuó, esto es, no solo materialmente ejecutó la conducta, sino que lo hizo con pleno conocimiento de que esos paquetes contenían el dinero exigido en las extorsiones; siendo fundamental su participación y aporte en el desarrollo de la actividad criminal, pues solo así, a partir de la recolección de los paquetes, se obtendría el beneficio económico ilícito pretendido.

En estas circunstancias, y en respuesta a lo alegado por el defensor de TEJADA MORENO, que advirtió que en el caso concreto no se probó el elemento subjetivo de la conducta punible de la extorsión, es decir, el provecho para sí o para un tercero, hay que decir, que se le olvida al recurrente que esta fue la finalidad que fundamentó las llamadas extorsivas y que se pretendía concretar con la recepción del dinero, pero que se no logró materializar por la intervención oportuna de las autoridades. Y, asimismo, en cuanto a la configuración del elemento normativo, es decir, el constreñimiento, sobre este tampoco existe ninguna duda dado que quienes junto con TEJADA MORENO participaron en la planeación y ejecución de la conducta punible, fueron explícitas con las víctimas al

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

manifestarles que, de negarse a entregar la suma exigida, su vida e integridad física o la de sus familias serían afectadas.

Así las cosas y por haberse llegado al convencimiento, más allá de toda duda razonable –artículo 381, Código de Procedimiento Penal-, acerca de la existencia del ilícito investigado, al igual que sobre la participación y responsabilidad frente al mismo por parte del acusado LUIS CARLOS TEJADA MORENO, se confirmará la sentencia objeto de apelación en lo que respecta a la declaración de responsabilidad de este procesado.

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

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrio -Ant.-, el 12 de febrero de 2016, a través de la cual, se absolvió a JOSÉ GUILLERMO CÓRDOBA ANDRADE y a su vez se condenó al acusado LUIS CARLOS TEJADA MORENO por el delito de **Extorsión en concurso homogéneo y sucesivo agravado, en grado de tentativa**, de conformidad con las consideraciones insertas en el cuerpo de la presente decisión.

Nº Interno : 2016-0629-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 68 001 60 00244 2014 00046
Acusados : Luis Carlos Tejada Moreno y José
Guillermo Córdoba Andrade
Delito : Extorsión agravada tentada

SEGUNDO.- Así mismo, **SE SIGNIFICA** que frente a esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98, Ley 1395 de 2010. En tanto surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** que por la Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que sean destinadas para lo concerniente a la fase ejecutiva de la condena.

NOTIFÍQUESE Y 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: **a09998da6e0cb3e157832488b05a912cfc44ed04ea24bf0d2104e238a83a9298**

Documento generado en 28/07/2023 09:08:58 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, veintisiete (27) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2022-0773-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : **05209 60 00 331 2022 00013.**
Acusado : Dayiston Correa Meneses.
Delito : Fabricación, tráfico, porte de armas de
fuego de uso privativo o explosivos.
Decisión : Revoca prisión domiciliaria.

Proyecto discutido y aprobado en sesión del 27 de julio de
2023. Acta Nº 234

M.P. ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la delegada del Ministerio Público, respecto de la sentencia condenatoria derivada de preacuerdo, proferida en contra del acusado DAYISTON CORREA MENESES por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el 19 de mayo de 2022, por el delito de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, en la cual se le concedió al penado la prisión domiciliaria del art. 38 B del C.P.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Según fue descrito por el *A quo* en la sentencia de apelada, ocurrieron el día 23 de enero de 2022, cuando miembros de la policía nacional con del ejército nacional, realizaban puesto de control en la vereda San José sector el volcán, coordenadas N 06°16'13.3" W 76°16'48.12", en jurisdicción del municipio de Urao, donde realizaron señal de pare al vehículo de servicio público de placas TNJ-563, conducido por el señor DAYISTON CORREA MENESES, procediendo al registro del vehículo y de los pasajeros. Al bajarse la totalidad de los pasajeros con su respectiva maleta, quedó en el vehículo una caja que, al momento de ser revisada por personal de la policía nacional, se encontraron, sin permiso ni documentación para su transporte, 311 barras de indugel marca INDUMIL, 524 metros de mecha de seguridad o cordón detonante marca FEMESA, 205 detonadores o iniciadores no eléctricos de origen chino y 100 detonadores no eléctricos de origen peruano de color gris. Igualmente es hallado en el techo del vehículo un costal con 49 kilos de ANFOR agente de voladura. Todo este material en buen estado y apto para ser utilizado.

3. RESUMEN DE LO ACTUADO

La audiencia de formulación de imputación tuvo lugar el 24 de enero de 2022, por el delito de Fabricación, tráfico porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares o explosivos del art- 366 del C.P. en la modalidad de Transportar, cargos que no fueron aceptados por el procesado, imponiéndosele medida de aseguramiento privativa de la libertad en el lugar de domicilio.

El 19 de mayo de 2022, en la oportunidad prevista para llevar a cabo la audiencia de Formulación de acusación, se presentó un preacuerdo en virtud del cual, el procesado aceptaba el cargo que se le había atribuido de Fabricación, tráfico porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares o explosivos del art-

366 del C.P. en la modalidad de Transportar como autor, a cambio de que, para efectos punitivos, se degradara su participación de autor a cómplice. Acordándose la pena definitiva a imponer en sesenta y seis (66) meses de prisión.

Es importante mencionar que, en desarrollo de la verificación del preacuerdo, el *A quo*, interrogó al procesado acerca de si comprendía las implicaciones de aceptar el preacuerdo, y entre otros asuntos le preguntó de manera expresa si comprendía que de aprobarse el preacuerdo no tendría derecho a la libertad por el monto de la pena, por el requisito objetivo, ni tampoco a la prisión domiciliaria (min. 7:30 y min. 8:48). Manifestando el procesado de forma libre, voluntaria informada y asesorada que aceptaba los términos del preacuerdo. Impartiéndosele aprobación al mismo por parte del Juez de primera instancia.

En desarrollo de la audiencia de individualización de pena y sentencia, el Defensor solicitó que se le concediera a su asistido la prisión domiciliaria del artículo 38B del C.P. indicando que, aunque era consciente que por el factor objetivo no era dable conceder ese sustituto, en tanto la pena mínima prevista para el delito por el cual sería condenado su asistido era mayor a 8 años de prisión, solicitaba que se inaplicara esa disposición.

Solicitó además que se le concediera la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, respecto de la hija de 10 años de edad del procesado, por quien había velado de manera exclusiva, pues la madre de la niña la abandonó desde que tenía 3 meses de edad.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En el proveído que puso fin a la primera instancia, el Juez de primera instancia condenó al procesado DAYISTON CORREA MENESES, conforme a lo planteado en el preacuerdo aprobado por la judicatura como autor del delito de Fabricación, tráfico porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares o explosivos del art. 366 del C.P. en la modalidad de Transportar, imponiéndole la pena de prisión de sesenta y seis (66) meses, negándole el subrogado penal, y concediéndole la prisión domiciliaria del art. 38 B del C.P., por considerar el fallador, que:

(...) al pactarse por vía de preacuerdo, degradar la participación de la conducta punible de autor a cómplice e imponerse una pena de 66 meses de prisión a DAYISTON CORREA MENESES, modifica el ámbito punitivo en punto a verificar el requisito objetivo que se exige para el reconocimiento de la prisión en la residencia del acusado. Así las cosas, no hay duda que el primero requisito del artículo 38B, se cumple, es decir, se encuentra satisfecho.

5. FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

Dentro del término legal establecido, la delegada del Ministerio Público presentó oportunamente el recurso de apelación, sustentándolo por escrito de apelación y argumentando su desacuerdo con la providencia de primera instancia, indicando que el único tema de inconformidad se daba con el otorgamiento de la Prisión Domiciliaria al procesado, sin que se cumpliera el requisito objetivo exigido en el artículo 38 B numeral 1 del Código Penal. Advirtiéndole que la decisión del Juez se basaba en una posición jurisprudencial del año 2016 que ya había sido recogida por la misma corporación, y desconocía abiertamente lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las decisiones 52227 del 24 de junio del 2020 y radicado es 51478 del 21 de octubre de 2020, en las que se establece que para el reconocimiento de la prisión domiciliaria no debe tenerse en cuenta la pena mínima que se genera con las circunstancias pactadas en un

preacuerdo, sino que debe tenerse en cuenta la pena mínima del delito por el que se están aceptando los cargos. Solicitó entonces que se revocara la sentencia en ese punto, y que encontrándose el procesado privado de la libertad en su lugar de domicilio, se ordenara su traslado a un establecimiento penitenciario.

6. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Durante los traslados correspondientes, el Defensor, en su condición de no impugnante, solicitó que se confirmara lo resuelto por la primera instancia, y llamó la atención en el sentido en el que esta Sala no compartiera el análisis del *A quo*, en la audiencia del 447 se habían aportado elementos que acreditaban que su asistido ostentaba la condición de cabeza de hogar respecto de su hija de 10 años de edad.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la delegada del ministerio público, de conformidad con lo previsto en los artículos 34, numeral 1°; 176, inciso final, y 179, de la Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Teniendo en cuenta que, el marco de la apelación sólo versó sobre el otorgamiento de la prisión domiciliaria regulada en el artículo 38 B del C.P., *-en virtud del principio de limitación-* procederá la Sala, a referirse únicamente sobre ese asunto.

Desde esta perspectiva debe la Sala determinar si atendiendo a la normatividad vigente y a la jurisprudencia aplicable, era dable que el Juez *A quo* le otorgara al procesado la prisión domiciliaria

del artículo 38 B del C.P. al considerar que al haberse pactado que en virtud del preacuerdo y para efectos punitivos se degradaría la participación de autor a cómplice, conllevaba que se afectaran los extremos de la sanción prevista para el delito por el cual sería condenado el procesado, y que en tal sentido, la pena mínima para el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas y explosivos, no fuera de 11 años, como establece el artículo 266 del C.P., sino de 66 meses de prisión, esto es, inferior a 8 años; o si, como lo planteó la apelante, se acudió a la figura de la complicidad, solo para efectos punitivos, esto es, para determinar la pena a imponer al procesado en virtud del preacuerdo, pero ello no tenía la entidad de alterar los márgenes del delito realmente investigado, que parte de una pena mínima de prisión de 11 años, por lo cual por incumplimiento del factor objetivo descrito en el artículo 38B # 1, no era dable que se concediera la prisión domiciliaria.

Al respecto, resulta pertinente señalar que el artículo 38 B establece:

Art. 38 B. C.P.: Requisitos para conceder la prisión domiciliaria.

- 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 (...)

En el caso que nos convoca es fundamental señalar que el preacuerdo consistió en que el procesado aceptaba su responsabilidad a título de autor, del delito de Fabricación, tráfico o porte de armas de uso de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, concretamente por la conducta de transportar explosivos (art. 366 C.P.), pero para efectos punitivos se le reconocía la pena del cómplice, pactándose la sanción de 66 meses de prisión. Siendo relevante mencionar, que esta Sala escuchó el registro de la audiencia de

verificación de preacuerdo, estableciendo que el Juez *A quo*, le advirtió al procesado que de aceptar el preacuerdo, sería condenado a la pena de 66 meses de prisión, y que no tendría derecho a la libertad por expresa prohibición legal, porque no se daría el requisito objetivo, para concederle ni el subrogado penal, ni la prisión domiciliaria; preacuerdo que fue aceptado por el procesado de forma libre, voluntaria, informada y asesorada. Llevándose a cabo posteriormente la audiencia de individualización de pena y sentencia, en la cual el defensor del procesado solicitó que se inaplicara la exigencia contenida en el numeral 1° del artículo 38B del C.P. para que se le concediera a su asistido la prisión domiciliaria, pero solicitó también que se le concediera a su representado la prisión domiciliaria como padre cabeza de hogar de su hija SAMANTA CORREA PÉREZ de 10 años de edad, allegando entre otros elementos, una declaración extrajuicio de YUBINSA PÉREZ ORTIZ madre de la menor, quien refirió que desde que nació su hija SAMANTA, la menor ha estado al cuidado de su padre DAYINSON CORREA MENESES quien le ha proporcionado siempre todo lo necesario para vivir, así como la declaración extrajuicio de CRISTINA CORREA ACEVEDO, hija del procesado, de 18 años de edad para el momento de la declaración, en la que informó que estaba cursando el grado 11 y que su padre era quien siempre había velado por ella.

En la sentencia condenatoria derivada del preacuerdo, el Juez le impuso al procesado la pena acordada, a saber 66 meses de prisión, le negó el subrogado penal, pero le concedió la prisión domiciliaria del artículo 38B.

En este contexto, en el que el Juez de primera instancia expresamente le manifestó al procesado en la audiencia de verificación del preacuerdo que si aceptaba el pacto no sería dable, por el factor objetivo, que se le otorgaran ni el subrogado penal, ni la prisión domiciliaria, no resulta razonable, que en la sentencia condenatoria el

fallador le haya otorgado al procesado la prisión domiciliaria del art. 38 B del C.P.

Al respecto señaló el *A quo* en la sentencia:

La conducta punible por la que va a ser condenada la acusada (sic) es la de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS, tipificada y sancionada en el artículo 366 del Código Penal, en la modalidad de transportar, que trae una pena de 11 a 15 años de prisión, por lo que inicialmente se consideraría que no se satisface este primer requisito, pero la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, a través de varias sentencias, entre ellas la SP3103-2016, radicado 45.181 del 9 de marzo de 2016, MP. Doctor Eugenio Fernández Carlier, ha puntualizado que cuando los extremos punitivos variarían en virtud de preacuerdos, como cuando se degrada la participación de la conducta de autor a cómplice, (que fue lo que ocurrió en esta caso concreto), reconocimientos de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, la tentativa, la ira e intenso dolor, entre otros dispositivos amplificadores, en todos los casos, influye para la determinación del mínimo de la sanción a la que hace alusión el numeral primero del artículo 38B del Código Penal. Diáfano resulta afirmar entonces, en razón de los reiterados pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que al pactarse por vía de preacuerdo, degradar la participación de la conducta punible de autor a cómplice e imponerse una pena de 66 meses de prisión a DAYISTON CORREA MENESES, modifica el ámbito punitivo en punto a verificar el requisito objetivo que se exige para el reconocimiento de la prisión en la residencia del acusado. Así las cosas, no hay duda que el primero requisito del artículo 38B, se cumple, es decir, se encuentra satisfecho.

Y aunque es claro, que la jurisprudencia ha interpretado de diferentes formas la disposición en cita, lo cierto es que por lo menos desde el año 2020 la Corte Suprema de Justicia de manera mayoritaria, ha considerado que cuando se acude a una figura que trae aparejada una pena menor, como contraprestación en virtud de un preacuerdo, llámese complicidad, marginalidad, ira, entre otras, ello tiene solamente efectos punitivos, es decir, se impondrá la pena prevista para el cómplice o para quien obró en circunstancias de marginalidad o ira, sin que se varíe en realidad, el grado de participación o la responsabilidad penal, y de contera, tampoco los límites punitivos del delito por el cual se emite la sanción; y esto, porque la conducta punible

que se ejecutó y que se investiga, es decir, la realidad, no puede variarse en virtud de un preacuerdo.

Y así, lo reiteró la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la decisión CSJ SP 359-2022, rad. 54535 de febrero 16 de 2022, indicando:

Por tanto, como se condenó como autor a quien ostentaba tal condición y así lo aceptó por vía del CUI: 05360609905720180030801 NI: 54535 Casación Mauricio Antonio Ortiz 31 preacuerdo, deben aplicarse en su respecto todas las consecuencias jurídicas, especialmente si se trata de subrogados penales, así se le haya impuesto la sanción del cómplice la cual fue referida exclusivamente para fines punitivos y no como un cambio de la tipicidad.

Por eso, carecen de fundamento los cargos propuestos en la medida en que, en contra de lo aducido por el censor, no medió violación directa de norma alguna por errónea interpretación, toda vez que el aspecto cuantitativo de los subrogados fue examinado en relación con el cargo preacordado, que lo fue, se reitera, el de autor de porte ilegal de armas, cuya sanción mínima es de 9 años de prisión, límite que ciertamente excluye el análisis y el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, como así se decidió en la sentencia recurrida, la cual, por ende, no será casada.

Así las cosas, estima la Sala que el Juez *A quo* erró al resolver incluso, contrario a sus propias planteamientos presentados en la audiencia de verificación de preacuerdo, que en el caso concreto, el reconocimiento de la condición de cómplice para efectos punitivos, modificaba el ámbito punitivo para el delito investigado, considerando así que se cumplía la exigencia objetiva para otorgar la Prisión Domiciliaria del art. 38B del C.P. Siendo claro, que tal y como se acordó en el preacuerdo, el procesado DAYINSON CORREA MENESES aceptó su responsabilidad en condición de autor, pero con la pena del cómplice, por el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, en la modalidad de transportar, que tiene una pena de prisión que va de 11 a 15 años; por lo cual, en el caso concreto no era dable, que se concediera el sustituto de la prisión domiciliaria del 38B, por lo cual la decisión de primera instancia, en este punto, debe ser

modificada, disponiéndose si no se ha hecho, el traslado del procesado que se encuentra en prisión domiciliaria, a un establecimiento penitenciario a cargo del INPEC.

Finalmente, respecto de la prisión domiciliaria como cabeza de hogar, habrá de señalarse que la condición de cabeza de hogar, no es una condición biológica sino jurídica. Al respecto, frente a los requisitos que deben acreditarse para predicar la condición de Cabeza de familia, ha señalado la Jurisprudencia, entre otras, en la sentencia 47377 de 2017 que:

Con fundamento en decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, a saber, CSJ AP, 16 jul. 2003, rad. 17.089, CSP SP, 13 abr. 2005, rad. 21.734, CSJ SP, 9 mar. 2006, rad. 24.155, CSJ AP, 28 nov. 2007, rad. 26.851, la Sala encontró que de ellas era posible concluir:

“A) La condición de cabeza de familia está referida preeminentemente al rol de provisión económica respecto de los hijos menores o mayores discapacitados, pero también puede surgir con ocasión de la asistencia afectiva y psicológica del padre o la madre respecto de aquéllos.

B) A efectos de que dicha calidad pueda afirmarse de la persona, es necesario que tenga a sus hijos menores o mayores discapacitados a cargo, económica o afectivamente, de manera exclusiva, como consecuencia de la ausencia de su pareja y de otros miembros del núcleo familiar, o porque estando presentes, no concurren al cumplimiento de los deberes por razón de una incapacidad u otra circunstancia similar.

Postura que es compartida por la Alta Corporación Constitucional que en Sentencia T-534 de 2017 cuando indicó:

La jurisprudencia constitucional, en concordancia con el mandato del artículo 43 Superior que establece el especial apoyo que debe proveerse a las madres cabeza de familia y los desarrollos legales orientados a brindar dicha protección, señaló que para tener la calidad de madre cabeza de familia es necesario:

“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento

de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar¹

En consecuencia, se advierte de una mera lectura de los elementos materiales probatorios aportados y los propios argumentos dados por el señor Defensor que, si bien el señor DAYINSON CORREA MENESES es padre biológico de la menor de edad SAMANTA CORREA PÉREZ, de 11 años de edad, tal situación no es suficiente para predicar en cabeza del procesado la condición jurídica de cabeza de hogar, en primer lugar, porque aunque la madre biológica de la menor afirmó que desde el nacimiento de la niña, el padre se había hecho cargo de todas sus necesidades, no se acreditó que la madre de la menor, que es una persona que tiene obligaciones jurídicas y morales con la niña, pues es su madre biológica, esté en una situación de imposibilidad física de hacerse cargo de la pequeña; por otra parte, porque según lo acreditado con los medios de conocimiento aportados por la defensa, la menor SAMANTA tiene una hermana mayor de edad, hija del procesado, esto es, la joven CRISTINA CORREA, quien también al faltar el padre de la menor, debe hacerse cargo de las necesidades económicas y afectivas de su hermana.

En este contexto entonces, es claro que la menor SAMANTA CORREA PÉREZ, no quedará desamparada cuando su padre sea trasladado al establecimiento penitenciario para cumplir la pena por el delito que cometió, pues están su madre biológica y su hermana que ya es mayor de edad, quienes deben hacerse cargo de las necesidades económicas, afectivas y de todo orden de la menor. Por lo cual el penado no ostenta la condición jurídica de Padre cabeza de hogar pretendida.

¹ Citando Sentencia SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Por estas razones resulta imperioso acoger los planteamientos de la apelante, por ello se modificará la decisión impugnada, revocando el numeral 4° de la parte resolutive, que concedió la prisión domiciliaria, en su lugar, se resuelve, negar tanto el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, como la prisión domiciliaria. Ordenándose el traslado inmediato del penado, si no se ha hecho, al establecimiento penitenciario que determine el INPEC.

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

FALLA

PRIMERO: SE MODIFICA la sentencia derivada de preacuerdo proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 19 de mayo de 2022 en contra de DAYISTON CORREA MENESES, al hallarlo penalmente responsable del delito de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, en la cual se le concedió al penado la prisión domiciliaria del art. 38 B del C.P.; modificándose exclusivamente en lo que respecta al otorgamiento del sustituto penal; en lugar, se **NIEGA LA PRISIÓN DOMICILIARIA** del artículo 38B del C.P. y como cabeza de familia, disponiéndose el traslado del penado (si no se ha hecho) de su lugar de domicilio al establecimiento penitenciario que determine el INPEC. Lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Así mismo, **SE SIGNIFICA** que frente a esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la

última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98, Ley 1395 de 2010. En tanto surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen.

Quedan las partes notificadas en estrados.

NOTIFÍQUESE Y 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: **d8745eaff22e384c5f412149aedf69ef06ad0348645a4a08c806001c6d647e21**

Documento generado en 28/07/2023 09:08:42 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, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 159

PROCESO: 05 154 60 00327 2020 00066 (2022 0365)

DELITO: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO

ACUSADO: JULIÁN ALEJANDRO JIMÉNEZ ROSS

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado, en contra de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor JULIÁN ALEJANDRO JIMÉNEZ ROSS por hallarlo responsable del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES AGRAVADO.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 3 de septiembre de 2020 a eso de las 17:35 horas en el Barrio Clemente Arrieta del municipio de Cauca (Antioquia) fue capturado el señor JULIÁN ALEJANDRO JIMÉNEZ ROSS cuando personal de la policía nacional, lo requirió para un registro personal y en la pretina del pantalón le encontraron un

revólver calibre 38 con 6 cartuchos, del cual no presentó documento que acreditara el permiso para portar armas de fuego.

Por estos hechos, el 4 de septiembre de 2020, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cauca (Antioquia) se celebraron las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. Se imputó el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, conducta agravada, porque se desarrolló dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET).

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de Cauca (Antioquia) en donde el 24 de noviembre de 2020, la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 29 de enero de 2021 y el juicio oral se desarrolló los días 11 de febrero, 12 de mayo, 13 de julio, 13 de septiembre y 12 de octubre de 2021. La sentencia fue leída el 7 de marzo de 2022.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo manifestó que, con la prueba de cargo practicada en el juicio oral, se acreditó el estándar probatorio exigido por el artículo 381 del C.P.P. esto es, se obtuvo un conocimiento más allá de toda duda en cuanto a que el acusado fue aprehendido tras ser hallado en poder de un arma de fuego y municiones, sin contar con el permiso para su tenencia.

Señaló que, frente a la aptitud del arma, declaró el agente de la policía Jorge Andrés Causil Lozano, indicando que realizó la prueba preliminar de disparos, con la cual se determinó la aptitud del artefacto para producir el fenómeno del disparo y de los cartuchos para percutir. La carencia de permiso para portar armas de fuego quedó acreditada con el funcionario Causil Lozano, quien se ocupó de la consulta en el CINAR, información corroborada con la certificación emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, Comando General de las Fuerzas Armadas.

Explicó que el testigo presentado por la defensa no merecía credibilidad, pues adujo una hora diferente de la captura del procesado y no pudo precisar la fecha de la ocurrencia del hecho.

En cuanto a la agravante, adujo que conforme con el decreto 893 del 28 de mayo de 2017, el Bajo Cauca Antioqueño, incluyendo Caucasia, municipio de ocurrencia de los hechos, se encuentra dentro de los territorios priorizados (PDET). Condenó al procesado a 216 meses de prisión.

LA IMPUGNACIÓN

El señor defensor del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1. Incorre el Juez en una indebida apreciación del testimonio de descargos y le resta credibilidad por la falta de precisión en la fecha y

hora de ocurrencia de los hechos, pero no frente al hecho sustancial probado, que fue estar frente a los captores y al capturado al momento de su captura sin elemento alguno.

2. El Juez le resta importancia a la mendacidad del agente de la policía que niega la presencia de testigos en el interrogatorio y en los informes elaborados por él. Pero posteriormente reconoce que sí había más personas, como en el caso concreto estuvo el señor Ballesteros, pero que por estar concentrado no vio a nadie más, lo cual se aleja de la realidad, por cuanto un agente en momentos como ese se encuentra pendiente para evitar el ataque de otros delincuentes.

3. El testigo no tenía por qué grabarse la fecha y la hora del hecho. Recordar las cosas con lujo de detalles, como sí podían ser más precisos, quienes capturaron sin arma y redactaron los informes que narran el hecho cuestionado por el que se condena al procesado.

4. El señor Ballesteros no tiene interés alguno en los hechos, más que dar a conocer lo ocurrido tal como sucedió, pero en cambio los agentes de la policía sí podrían tenerlo en dar con un famoso positivo.

5. No se probó la tipicidad del hecho, porque al juicio no compareció la persona que realizó la prueba definitiva al arma, por lo que no pudo probarse si el elemento incautado realmente era arma de fuego. La prueba preliminar de disparo no prueba que sea un arma de fuego, pues hasta las armas de fogueo producen disparos.

Solicita se revoque la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se limita a determinar si la Fiscalía demostró o no la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado.

Para el A quo, las declaraciones de los policías que realizaron la captura y verificaron el funcionamiento del arma, así como la certificación obtenida sobre la carencia de permiso para el porte de arma de fuego, son suficientes para edificar la condena. La agravante es deducible porque el municipio de Caucasia está señalado como territorio que conforman la cobertura geográfica de los programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET); en cambio, el recurrente sostiene que debe dársele credibilidad al testigo presentado por la defensa, quien afirmó que en la captura del proceso no se le decomisó arma alguna y, además, que faltó la prueba definitiva sobre la aptitud del arma de fuego supuestamente incautada.

Para decidir, la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en el juicio oral y pudo determinar que al defensor del procesado no le asiste razón en sus críticas.

1. En primer lugar, es necesario resaltar que el togado de la defensa está exigiendo una prueba determinada a modo de tarifa legal para demostrar la idoneidad del arma de fuego incautada al procesado. Sostiene que al juicio debió acudir el perito en balística y no atenderse únicamente la prueba preliminar que realizó el funcionario de la policía Jorge Andrés Causil Lozano.

Frente al tema, debe decirse que, para la Sala, el testimonio del patrullero Causil Lozano es suficiente para demostrar que tanto el arma como la munición objeto de este proceso, eran aptas para producir el fenómeno del disparo y, por tanto, se demostró sin lugar a duda la tipicidad de la conducta. Es que el señor Causil Lozano es agente de la policía con experiencia en la investigación judicial y ha realizado varias pruebas preliminares de este tipo, como lo advirtió en el juicio. Además, por su calidad de policía, es evidente que tiene conocimiento y manejo de armas de fuego, por lo cual, puede distinguir correctamente un arma simple de fogeo de un arma de fuego. Al hacer la prueba de disparo, corroboró el correcto funcionamiento del arma y en el juicio explicó su proceder y también se introdujo el informe por él realizado.

En el sistema penal colombiano rige el principio de la libertad probatoria, por lo cual, no puede exigirse que el tema tuviera que ser demostrado en juicio a través de un dictamen pericial y por una persona específica, perita en balística.

La Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal ha dejado claro que la prueba preliminar también es un medio de conocimiento que puede valorarse en el proceso penal por existir libertad probatoria.

En efecto, en decisión del 30 de octubre de 2019, Radicado 55156, M.P. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya, la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal señaló:

Como se ve, no es que las instancias hayan entendido equivocadamente que la prueba PIPH arroja resultados definitivos como consecuencia de la supresión de algunos apartes relevantes de la misma, sino que, teniendo presente que se trata de un estudio técnico preliminar, entendieron que, valorada en conjunto con los

demás medios suasorios recabados, basta para demostrar la materialidad del delito en el grado exigido para proferir condena.

Y si lo procurado por el recurrente era probar que con dicho razonamiento los juzgadores incurrieron en un error de valoración probatoria, le correspondía entonces formular la queja como un error de hecho por falso raciocinio y, por esa vía, demostrar argumentativamente que, al tener por fundamento suficiente de la condena la prueba preliminar homologada y los demás medios suasorios mencionados, aquéllos desconocieron uno o más principios de la sana crítica. Ningún esfuerzo realizó en ese sentido.

En esas condiciones, lo que en realidad subyace a la pretensión del recurrente, bajo el pretexto de denunciar un inexistente falso juicio de identidad por cercenamiento, no es otra cosa que el propósito de exigir una suerte de tarifa probatoria para la acreditación de la naturaleza de la sustancia estupefaciente, como en efecto – ahí sí explícitamente – lo planteó en el segundo cargo formulado, en el cual criticó la supuesta configuración de un error de derecho falso juicio de convicción.

Al respecto, dígase que en el sistema procesal de que trata la Ley 906 de 2004 rige la libertad probatoria, conforme lo prevé sin equívocos el artículo 373, y no existe entonces ninguna tarifa legal que imponga cierto valor suasorio a un determinado medio de conocimiento (con excepción del negativo, adjudicado a la prueba insular de referencia), ni ninguna por la cual pueda colegirse que ciertas circunstancias fácticas deban necesariamente probarse a través de elementos de juicio particulares.

Si, de acuerdo con la disposición citada, *«los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos»*, nada impone la demostración de la naturaleza de la sustancia incautada mediante uno u otro elemento de prueba predeterminado.

Esa circunstancia explica que el recurrente no haya identificado la regla tarifaria supuestamente quebrantada por las instancias, carga que le competía satisfacer en desarrollo de la queja y que no cumplió, como no podía de hecho hacerlo, sencillamente porque un precepto de esa naturaleza no aparece en el ordenamiento procesal aplicable a estas diligencias.

Y es que, en este ámbito, el censor se limitó a afirmar que *«la prueba especial para indicar definitivamente que nos encontramos frente a una sustancia estupefaciente es... el informe de Medicina Legal»*, pero no ofreció ningún razonamiento de orden normativo que sustente tal aserto, el cual, entonces, no pasa de una simple apreciación personal sin trascendencia de cara a los fundamentos del fallo atacado. Evidente, entonces, que la censura carece de fundamentación

También en decisión del 29 de septiembre de 2021, radicado 56962.

M.P. Dr. Gerson Chaverra Castro, se dijo:

Con miras a examinar este reclamo, la Sala recuerda que, de tiempo atrás y de manera pacífica, se ha reconocido el principio de libertad probatoria, conforme al cual, los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se puedan acreditar, siempre que no se violen los derechos humanos, por cualquier medio probatorio. Bajo esta perspectiva, y en desarrollo del artículo 373 de la Ley 906 de 2004, en tratándose de la materialidad objetiva de delitos del narcotráfico, no existe el cumplimiento o exigencia de tarifa legal, como lo pretende alegar el recurrente.

Entonces, siguiendo la directriz plasmada en el artículo 382 del mismo ordenamiento, son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico que no infrinja el ordenamiento jurídico.

En el presente asunto, se observa que la Fiscalía acreditó la naturaleza y calidad de la sustancia con el análisis químico de prueba PIPH que efectuó la ingeniera química Liliana Marcela Caballero Pinzón el 9 de julio de 2014, en diligencia a la que asistió la Delegada del Ministerio Público y los funcionarios del CTI que efectuaron la captura.

2. En cuanto a las otras pruebas, el recurrente solicita no darle credibilidad a los testimonios de los funcionarios de la policía que realizaron la captura del procesado y que la Sala tenga en cuenta en su lugar, lo manifestado por el testigo de la defensa Oswaldo Ballesteros Castro, pero no logra determinar las razones de valoración probatoria que lo permitan, pues es claro que los testimonios de los uniformados, fueron coherentes, asertivos, claros, circunstanciados y sin que pudiera percibirse en el juicio algún motivo para perjudicar sin razón al señor Julián Alejandro. Ellos fueron informados sobre la presencia de una persona armada en la vía pública y, por ello, se dirigieron al lugar y al hallar a la persona que reunía las características informadas, procedieron a la requisa con los resultados de encontrarle en su poder un arma de fuego.

Los funcionarios en el juicio ante las preguntas tanto del interrogatorio como del conainterrogatorio fueron claros en señalar que el señor Julián Alejandro se encontraba solo y si bien en el sector por ser vía pública había otras personas, ninguna de ellas les llamó la atención y el procedimiento se realizó sin ningún inconveniente.

En cambio, tal como lo explicara el A quo, el testimonio del señor Oswaldo Ballesteros Castro no resiste ningún análisis. No es que el testigo no recordara fechas y horas como lo alega el recurrente, sino que se atreve a señalar una hora aproximada, explicando las razones para ello, como fue que el hecho ocurrió un poco después del mediodía, lo cual no tiene ningún fundamento, pues la captura sucedió después de las cinco de la tarde. Igualmente, se aventura a señalar como fecha de los hechos el 20 de septiembre, apoyándose en su recuerdo sobre la fiesta del amor y la amistad, que él recordaba bien porque se dedica a organizar eventos, cuando es claro que los hechos ocurrieron el 3 de septiembre, fecha que, al inicio del interrogatorio del testigo, el señor defensor se la manifestó. De otra parte, no es creíble que unos agentes de la policía aborden a dos personas que están conversando y solamente se dirijan a una de ellas y la requisen y sin encontrarle nada se la lleven, mientras que a la otra simplemente le digan que se puede retirar sin siquiera requisarla para asegurarse que nada lleve consigo. Ahora, si el testigo no logra ubicarse siquiera en la fecha de los hechos y la hora aproximada en que ocurrió, poca credibilidad puede tener frente a las otras manifestaciones de lo que afirma percibió.

3. La acusación y la sentencia dedujeron la agravante contenida en el artículo 365 del Código Penal, numeral 8 que dice:

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias:

8. Numeral adicionado por el artículo 8 de la Ley 1908 de 2018. El nuevo texto es el siguiente: Cuando la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-434/21 que si bien fue inhibitoria por ineptitud de la demanda, expresó con claridad los supuestos fácticos a tener en cuenta para deducir esta agravante, doctrina constitucional que la Sala considera atendible, teniendo en cuenta la finalidad de la ley 1908 de 2018 al modificar la ley penal: fortalecer la investigación y judicialización de organizaciones criminales, y porque la propia disposición señaló su ámbito de aplicación: “Las disposiciones previstas en la presente ley se aplicarán en la investigación y judicialización de los Grupos Delictivos Organizados (GDO), y los Grupos Armados Organizados (GAO)”.

En la decisión citada, la Honorable Corte Constitucional explicó:

Pues bien, a juicio del demandante el legislador en ejercicio de su margen de configuración normativa infringió los derechos a la igualdad y al debido proceso que dispensa el orden constitucional, por cuenta de una disposición (art. 8º de la Ley 1908 de 2018) que, con fundamento en un factor de orden territorial, aumenta al doble la pena por la comisión de un determinado tipo penal, esto es, la fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego. Es decir, el actor sustenta el concepto de la violación en que el agravante punitivo contenido en la norma acusada supuestamente genera contextos territoriales diferenciados de aplicación de pena.

No obstante la alegación del demandante, como se expuso líneas atrás (fls. 17 y 18), como quiera que el artículo 1º de la Ley 1908 de 2018¹ expresamente dispone que las normas contenidas en dicha regulación sólo son aplicables a los Grupos Armados Organizados y a los Grupos Delictivos Organizados, encuentra la Corte que tal como lo advierte la Fiscalía General de la Nación y la Universidad Militar Nueva Granada

¹ **ARTÍCULO 1o. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** Las disposiciones previstas en la presente ley se aplicarán en la investigación y judicialización de los Grupos Delictivos Organizados (GDO), y los Grupos Armados Organizados (GAO).

Las disposiciones establecidas en el Título III se aplicarán exclusivamente para los Grupos Armados Organizados (GAO).

efectivamente el demandante realizó una interpretación asistemática, atribuyéndole un alcance que no se desprende de su verdadero tenor, pues la misma no es aplicable a la generalidad de la ciudadanía, como erradamente lo plantea el actor en relación con la presunta transgresión de los derechos a la igualdad y al debido proceso.

De este modo, contrario al entendimiento descontextualizado del demandante el artículo 8º de la Ley 1908 de 2018 establece un agravante punitivo consistente en duplicar la pena con respecto al delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, siempre que concurren dos condiciones, a saber: que la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), a la vez que la persona sindicada pertenezca a uno de los denominados grupos GAO o GDO.

Conforme con la anotada doctrina, los fundamentos fácticos de la agravante en comento son dos: que la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), a la vez que la persona sindicada pertenezca a uno de los denominados grupos GAO o GDO y ninguno de ellos fue considerado en los hechos jurídicos relevantes expuestos en la formulación de acusación. Igualmente, la prueba no versó sobre la pertenencia o no del procesado uno de estos grupos, por lo cual no quedó demostrada la agravante y no puede deducirse.

Por lo anterior, la Sala debe redosificar la pena. Se tiene que el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES consagrado en el artículo 365 del Código Penal, tiene aparejada un a pena entre 9 y 12 años de prisión y como el A quo impuso el mínimo de la pena, la sanción de prisión que debe purgar el hallado responsable se establece en NUEVE (9) AÑOS. En el mismo monto se reduce la pena accesoria a la de prisión de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Por el monto de la pena, no hay lugar a otorgar alguno de los sustitutos penales.

Visto lo anterior, la Sala confirmará la sentencia impugnada, con la modificación anunciada.

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 la siguiente **MODIFICACIÓN**: El señor JULIÁN ALEJANDRO JIMÉNEZ ROSS deberá purgar una pena principal de **NUEVE (9) AÑOS DE PRISIÓN**. La pena accesoria a la de prisión de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se establece en un término igual al de la pena principal.

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: **ab962f992b75c61b8269d4262399416cfabbd47852f137f607e91a2dd70602ac**

Documento generado en 31/07/2023 05:05:29 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 159

PROCESO: 05 250 61 09280 2020 80099 (2022 1241)
DELITO: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO
ACUSADO: EUSEBIO ANTONIO CONDE JACINTO
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado, en contra de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor EUSEBIO ANTONIO CONDE JACINTO por hallarlo responsable del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES AGRAVADO.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 27 de octubre de 2020, a eso de las 20:10 horas, en el corregimiento Puerto Claver del municipio de el Bagre (Antioquia), miembros del Ejército Nacional que realizaban labores de patrullaje, en la vía pública, observaron a un ciudadano con actitud sospechosa por lo que le solicitaron un registro personal y le encontraron al interior de un bolso tipo canguro, un arma de fuego tipo

revólver, marca llama, calibre 38, número externo IM0138 y 3 cartuchos para la misma, aptos para el fin creado, sin que exhibiera el respectivo permiso para el porte. El mencionado resultó ser EUSEBIO ANTONIO CONDE JACINTO.

Por estos hechos, el 28 de octubre de 2020, ante el Juez Promiscuo Municipal de El Bagre (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. Se imputó el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES AGRAVADO (porque la conducta se desarrolló dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET), conforme con el decreto 893 de 2017).

El proceso pasó al Juzgad Penal del Circuito de Cauca (Antioquia) en donde el 7 de abril de 2021 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 22 de octubre de 2021 y el juicio oral se desarrolló los días 26 de abril y 4 de mayo de 2022. La sentencia condenatoria fue leída el 23 de agosto de 2022.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo manifestó que con los testimonios recibidos se acreditó que el acusado fue aprehendido en el corregimiento Puerto Claver del municipio de El Bagre (Antioquia) por miembros del Ejército Nacional, tras haberle hallado en poder de un arma de fuego tipo revólver y 3 cartuchos para la misma, aptos para el fin creado y sin contar con el permiso para su tenencia.

Aseguró que la defensa pretendió demostrar que su pupilo no portaba el arma de fuego, pero las manifestaciones de los testigos no tienen la entidad suficiente para edificar la tesis alternativa, ni la fortaleza para diluir la de su antagonista, tampoco para generar por lo menos dudas, ello en virtud a las incongruencias advertidas. Referente a la tipicidad de la agravante imputada precisó que se encontraba acreditada, en el entendido que de conformidad con el decreto 893 del 28 de mayo de 2017, el Bajo Cauca Antioqueño, incluyendo El Bagre, municipio de ocurrencia de los hechos, se encuentra dentro de los territorios priorizados. Impuso el mínimo de la pena, esto es, 216 meses de prisión.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó inmediatamente el recurso de apelación.

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

Su inconformidad se limita a la agravante deducida.

Expresa que la ley 1908 de 2018 en el artículo primero, señala que el ámbito de aplicación de esa norma es para la investigación y judicialización de los grupos delictivos organizados GDO y los grupos armados organizados GAO.

No está de acuerdo en la aplicación de esa agravante, porque durante el proceso no se estableció por parte de la Fiscalía que su

representado perteneciera a algún grupo armado tal como lo estipula la norma en el artículo primero frente a ese ámbito de aplicación.

A su modo de ver no se le debe dar aplicación al agravante, porque la ley 1908 en su artículo primero nos está diciendo que el ámbito de aplicación es frente a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados. De lo contrario, se está ante una responsabilidad objetiva que tiene prohibición en el régimen penal. No se logró probar en el proceso penal que esta persona hubiese pertenecido a un grupo delincuencial.

2. El señor Fiscal como sujeto no recurrente, solicita se confirme la decisión. Sostiene que para saber si la agravante es aplicable debe mirarse las normas que regulan cuáles son los municipios que comportan los planes de desarrollo con enfoque territorial. Efectivamente se demostró que los hechos ocurrieron en un municipio bajo esta hipótesis factual, lo mismo se puede evidenciar de acuerdo al contenido del decreto 893 del año 2017 el cual en el numeral 3º define cuales son los municipios que tienen esa cobertura de planes de desarrollo con enfoque territorial y efectivamente se encuentra para el Departamento de Antioquia los municipios del Bajo Cauca Antioqueño, entre ellos, el municipio de El Bagre (Antioquia). Si bien la ley viene encaminada para la judicialización de organizaciones criminales, también es cierto que estos decretos normativos surgieron con la suscripción de los acuerdos de paz y para proteger estos municipios que tenían más injerencia sobre grupos ilegales y considerando que era el porte ilegal de arma un elemento generador de delitos, fue que se decidió incluir en el numeral 8 esta disposición y si bien no se realizó ninguna práctica probatoria encaminada a demostrar que este ciudadano hacía parte de algún grupo armado ilegal, le es aplicable la agravante, porque frente a la comprensión

territorial el legislador dispuso que la persona que portara un arma de fuego en determinados sitios sería merecedor a duplicar la pena.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se limita a determinar si la agravante prevista en el numeral ocho del artículo 365 del Código Penal es o no deducible en el presente caso.

Para el A quo, la agravante sí puede tenerse en cuenta, porque el municipio de El Bagre (Antioquia) está señalado como territorio que conforman la cobertura geográfica de los programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET); en cambio, el recurrente sostiene que el ámbito de aplicación de la ley 1908 de 2018, la cual incluyó la mencionada agravante, se circunscribe a la investigación y judicialización de los grupos delictivos organizados GDO y los grupos armados organizados GAO.

Para decidir, la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en el juicio oral y pudo determinar que al defensor del procesado le asiste razón en sus críticas.

La acusación y la sentencia dedujeron la agravante contenida en el artículo 365 del Código Penal, numeral 8 que dice:

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias:

8. Numeral adicionado por el artículo 8 de la Ley 1908 de 2018. El nuevo texto es el siguiente: Cuando la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-434/21 que si bien fue inhibitoria por ineptitud de la demanda, expresó con claridad los supuestos fácticos a tener en cuenta para deducir esta agravante, doctrina constitucional que la Sala considera atendible, teniendo en cuenta la finalidad de la ley 1908 de 2018 al modificar la ley penal: fortalecer la investigación y judicialización de organizaciones criminales, y porque la propia disposición señaló su ámbito de aplicación: “Las disposiciones previstas en la presente ley se aplicarán en la investigación y judicialización de los Grupos Delictivos Organizados (GDO), y los Grupos Armados Organizados (GAO)”.

En la decisión citada, la Honorable Corte Constitucional explicó:

Pues bien, a juicio del demandante el legislador en ejercicio de su margen de configuración normativa infringió los derechos a la igualdad y al debido proceso que dispensa el orden constitucional, por cuenta de una disposición (art. 8º de la Ley 1908 de 2018) que, con fundamento en un factor de orden territorial, aumenta al doble la pena por la comisión de un determinado tipo penal, esto es, la fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego. Es decir, el actor sustenta el concepto de la violación en que el agravante punitivo contenido en la norma acusada supuestamente genera contextos territoriales diferenciados de aplicación de pena.

No obstante la alegación del demandante, como se expuso líneas atrás (*f/s. 17 y 18*), como quiera que el artículo 1º de la Ley 1908 de 2018¹ expresamente dispone que las normas contenidas en dicha regulación sólo son aplicables a los Grupos Armados Organizados y a los Grupos Delictivos Organizados, encuentra la Corte que tal como lo advierte la Fiscalía General de la Nación y la Universidad Militar Nueva Granada efectivamente el demandante realizó una interpretación asistemática, atribuyéndole un alcance que no se desprende de su verdadero tenor, pues la misma no es aplicable a la generalidad de la ciudadanía, como

¹ **ARTÍCULO 1o. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** Las disposiciones previstas en la presente ley se aplicarán en la investigación y judicialización de los Grupos Delictivos Organizados (GDO), y los Grupos Armados Organizados (GAO).

Las disposiciones establecidas en el Título III se aplicarán exclusivamente para los Grupos Armados Organizados (GAO).

erradamente lo plantea el actor en relación con la presunta transgresión de los derechos a la igualdad y al debido proceso.

De este modo, contrario al entendimiento descontextualizado del demandante el artículo 8º de la Ley 1908 de 2018 establece un agravante punitivo consistente en duplicar la pena con respecto al delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, siempre que concurren dos condiciones, a saber: que la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), a la vez que la persona sindicada pertenezca a uno de los denominados grupos GAO o GDO.

Conforme con la anotada doctrina, los fundamentos fácticos de la agravante en comento son dos: que la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), a la vez que la persona sindicada pertenezca a uno de los denominados grupos GAO o GDO y ninguno de ellos fue considerado en los hechos jurídicos relevantes expuestos en la formulación de acusación. Igualmente, la prueba no versó sobre la pertenencia o no del procesado uno de estos grupos, por lo cual no quedó demostrada la agravante y no puede deducirse.

Por lo anterior, la Sala debe redosificar la pena. Se tiene que el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES consagrado en el artículo 365 del Código Penal, tiene aparejada un apena entre 9 y 12 años de prisión y como el A quo impuso el mínimo de la pena, la sanción de prisión que debe purgar el hallado responsable se establece en NUEVE (9) AÑOS. En el mismo monto se reduce la pena accesoria a la de prisión de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Por el monto de la pena, no hay lugar a otorgar alguno de los sustitutos penales.

Visto lo anterior, la Sala confirmará la sentencia impugnada, con la modificación anunciada.

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 la siguiente **MODIFICACIÓN**: El señor EUSEBIO ANTONIO CONDE JACINTO deberá purgar una pena principal de **NUEVE (9) AÑOS DE PRISIÓN**. La pena accesoria a la de prisión de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se establece en un término igual al de la pena principal.

En lo demás, rige el fallo de primera instancia.

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

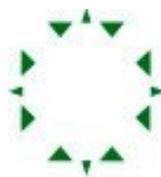
Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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: **1301390ff89ce0c5c81fa7517bbaa4dd159a90aa49967110ada3fa4039adf073**

Documento generado en 31/07/2023 05:05:20 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, ocho (8) de agosto dos mil veintitrés (2023)

**Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta N° 78 del 2 de agosto de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria – estándar de prueba para condenar – prueba de referencia
Radicado	05-034-61-00141-2021-80042 (N.I. TSA 2023-0972-5)
Decisión	Revoca

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa de ELIVER DE JESÚS SALDARRIAGA GALEANO en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Andes - Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P., Ley 906 de 2004.

HECHOS

Según los encontró probados la sentencia de primera instancia:

“Se extractan como hechos jurídicamente relevantes del marco acusatorio, que el día 3 de julio de 2021, en inmediaciones de la vereda ‘El Líbano’, de esta municipalidad de Andes, Antioquia, la menor cuyos nombres corresponden a las iniciales D.Y.S.R., quien para ese entonces contaba con once (11) años de edad, recibió en su celular una llamada telefónica, así como una fotografía en la que se exponían los genitales de su señor padre, el aquí acusado ELIVER DE JESÚS SALDARRIAGA GALEANO, además de mensajes de texto y audio de parte de este, constitutivos de propuestas indecorosas, en el sentido que la menor le remitiera a través de su aparato celular fotografías en condición de desnudez mientras miccionaba.”¹

LA SENTENCIA

El 14 de abril del año 2023, el Juzgado Penal del Circuito de Andes, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de SALDARRIAGA GALEANO al declararlo penalmente responsable, como autor, del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, artículo 209 y 211-5 del C.P., en consecuencia, le impuso la pena de doce (12) años de prisión, además, negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Para soportar su decisión adujo esencialmente lo siguiente:

Olga Cristina Londoño Gil fue testigo directa de la conducta, la que se llevó a cabo a través de un celular y de la aplicación WhatsApp, además, dicho testimonio es consistente con la versión previa de la víctima, la que se incorporó mediante prueba de referencia para no revictimizarla, y con la

¹ Sentencia condenatoria de primera instancia, archivo “DOC. 70. SENTENCIA CONDENATORIA ORDINARIA”, folios 1-2.

declaración anterior de María de los Ángeles Restrepo Herrera, madre de la niña, prueba de referencia que fue debidamente incorporada en juicio. Adujo el Juez que las falencias al recolectar una entrevista a Londoño Gil no afectan su testimonio, y que la omisión de la madre de la niña de acudir al juicio evidencia un intento por torpedear el proceso.

En esas condiciones, según la primera instancia, se demostró que el acusado efectuó reiteradas proposiciones a su hija Y.D.S.R., de 11 años de edad, para que le enviara fotos desnuda y orinando, adicionalmente, aquel le remitió una foto de su pene a la menor.

El investigador José Manuel Calvo Usma dio cuenta del contenido de los referidos mensajes, pues se encargó de su extracción del celular de la niña, y consultó con esta sobre quién era el remitente, aunque esto último no fue el objeto de la actividad investigativa encomendada al testigo. Además, no hay dudas sobre la mismidad del elemento por lo cual no son relevantes las eventuales falencias en la cadena de custodia.

Sumado a lo expuesto, la psicóloga Nora Inés Zapata Restrepo y el trabajador social Yamid Alonso Gómez Gómez, sirvieron de corroboración periférica al observar afectaciones en la niña a causa de los hechos.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa presentó y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la sentencia y la consecuente absolución de su representado. Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

No se alcanzó el conocimiento necesario para condenar pues no se acreditó que fuera el procesado quien realmente interactuaba libidinosamente con la niña a través del celular. Además, no se evidenció la

indisponibilidad de D.Y.S.R. y de María de los Ángeles Restrepo Herrera para acudir al juicio, de ahí que no podían decretarse como pruebas de referencia sus declaraciones anteriores. El investigador José Calvo Usma informó que los mensajes provenían de un contacto identificado como “papá”, los transliteró de forma antitécnica, y se remitió indebidamente a información referencial sobre el responsable de los hechos.

Por su parte, Olga Cristina Londoño Gil manifestó que las fotos del pene enviadas al celular de la niña eran de SALDARRIAGA GALEANO porque así se lo dijo la progenitora de la víctima, sin embargo, en dichas imágenes no se ve el rostro del sujeto y Londoño Gil aseguró en juicio que no observó las fotografías. Además, la testigo destacó que Calvo Usma la hizo firmar formatos de entrevista en blanco que luego aquel llenó a su antojo. Aseguró el recurrente que tal irregularidad también se dio durante la denuncia.

El acusado fue capturado en dos oportunidades y aportó sus datos, sin que se evidenciara que fuese él el dueño del celular desde el que se enviaron los mensajes, o su remitente.

Se valoró como prueba pericial el testimonio de Yamid Alonso Gómez Gómez, cuando no se decretó como tal, lo que implicó un detrimento para los intereses del procesado.

El dispositivo móvil de la víctima no fue sometido a cadena de custodia ni a un correcto análisis técnico para la recuperación de la información que contenía, la que se incorporó de forma equivocada en el debate oral. Adicionalmente, la línea desde donde provinieron los mensajes es de la madre de la menor, como se puede ver en la noticia criminal.

La audiencia de acusación fue aplazada múltiples veces por causas no atribuibles a la defensa contractual. Luego, se pidió libertad por vencimiento de términos, pero para evitarlo el Juzgado de Conocimiento

adelantó las audiencias de anuncio del sentido del fallo y lectura de sentencia.

No hubo pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será revocada. A fin de sustentar debidamente tal anuncio, primero, se analizará el concepto de prueba de referencia, luego, nos centraremos en la valoración probatoria que impide adoptar un fallo condenatorio.

1. De la prueba de referencia

Acerca de la noción de la prueba de referencia, el artículo 437 del Ley 906 de 2004 dispone que esta clase de prueba es toda aquella 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”*. Sobre el tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“Así, conforme a la definición legal traída por el legislador, se entiende por **prueba de referencia** (artículo 437 del C. de P. P.), toda declaración rendida fuera del juicio oral que se utiliza en este, por no ser posible su práctica en el juicio, para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación*

punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate².”³

Ahora, para su decreto y práctica son necesarios: el debido descubrimiento de los medios probatorios, la existencia de una declaración anterior al juicio oral, solicitud, demostración de la causal de procedencia excepcional de tal tipo de prueba, pronunciamiento expreso de las partes y del Juez, **explicación del medio de prueba con el que se pretenda incorporarla, y la adecuada incorporación en juicio**. Todo, teniendo en cuenta la necesidad de armonizar los derechos de los menores y las garantías del procesado. La línea jurisprudencial⁴ sobre estos requisitos ha sido pacífica, y para el objeto de esta providencia, se impone destacar lo siguiente en relación a los dos últimos presupuestos citados:

“Cuando se admite una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia, la parte que lo solicita debe demostrar su existencia y contenido. A su vez, la parte contra la que se aduce la prueba de referencia tiene derecho a ejercer los derechos de contradicción y confrontación frente a estos medios de prueba. Por ejemplo, puede atacar la autenticidad del documento que contiene el relato o la credibilidad de los testigos que dicen haberlo escuchado, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar la credibilidad del testigo que declaró por fuera del juicio oral (Arts. 440 y 441 Ley 906 de 2004).

(...)

(...)Una vez admitida la prueba de referencia, la confiabilidad de los medios de prueba utilizados para demostrar la existencia y contenido de la declaración debe analizarse durante la valoración de la prueba (CSJ SP, 6 Mar. 2013, Rad. 34509).”

² CSJ SP729-2021, 3 mar., rad. 53057; CSJ AP5785-2015, 30 sep., rad. 46153; entre otras.

³ CSJ SP radicado 61078 del 24 de agosto de 2022, AP4640-2022, M.P. Hugo Quintero Bernate. Sobre el tema, véase entre otras, radicados 43866 del 16 de marzo de 2016, y 44056, del 28 de octubre de 2015, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

⁴ Sobre el tema, véase entre otras, SP CSJ radicados 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 934-2020; 43651 del 7 de febrero de 2018, SP105-2018, ambas M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; 55957 del 12 de febrero de 2020, SP399-2020, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

(...)

El proceso de incorporación de la declaración anterior al juicio oral dependerá del medio de prueba utilizado por la parte para lograr dicho cometido. Así, por ejemplo, si lo dispuesto para dichos efectos es un documento, deberán aplicarse en lo pertinente las reglas de la prueba documental (autenticación, admisión, lectura del documento, etc.), y si se pretende utilizar un testimonio, son aplicables las reglas de la prueba testimonial (el testigo deberá comparecer al juicio para ser sometido a interrogatorio cruzado, sólo podrá declarar sobre lo que directa y personalmente haya percibido, etc.) (CSJ SP, 8 Abr. 2014, Rad. 36784)."⁵

Desconocer las exigencias legales y jurisprudenciales establecidas para la correcta incorporación de prueba de referencia implica actuar bajo un equivocado entendimiento de la debida legalidad, lo que no puede subsanarse por la pasividad de la defensa o la desacertada dirección dada por el Juez.

Este tema está ligado al estándar de prueba necesario para condenar, artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que establece que *"la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia"*, y sobre el cual, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló:

"En todo caso, debe tener claro la Fiscalía que la admisión de prueba de referencia, sin posibilidades de ejercer el derecho a la confrontación, no sólo implica la limitación de los derechos del procesado, sino además la obligación de realizar una investigación especialmente meticulosa, bien para hacer frente a la restricción consagrada en el artículo 381 del ordenamiento procesal penal y para brindarle al juez mejores elementos de juicio para decidir sobre un tema de tanta trascendencia para los derechos fundamentales como lo es la responsabilidad penal.

(...)

⁵ SP CSJ radicados 44056 del 28 de octubre de 2015, SP-14844-2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Lo anterior sin perjuicio de que lo dispuesto en la parte final del varias veces citado artículo 381 sea trasgredido de forma velada, cuando la responsabilidad está basada exclusivamente en prueba de referencia, pero para ocultar esa realidad procesal se enuncian “pruebas” que terminan siendo impertinentes o inconexas con los aspectos factuales determinantes del juicio de responsabilidad. (...).⁶ (Negrillas fuera del texto original).

En ese orden, cuando la fiscalía pretenda soportar su hipótesis en pruebas de referencia está obligada a adelantar una investigación especialmente minuciosa, orientada a obtener otros medios de conocimiento a fin de superar el estándar necesario para condenar. Si la causal de admisión de la prueba de referencia sobreviene en juicio, debe atender con suma diligencia el debate oral para lograr que las pruebas practicadas sirvan para el mismo propósito. Lo anterior ya que la información referencial sólo tiene trascendencia si se logra acompañar de elementos que le corroboren con suficiencia, a fin de superar el citado estándar de prueba. Debe recalcarse que estas limitaciones, propias de la prueba de referencia, emergen como garantía para la contraparte, quien no pudo hacer uso pleno del derecho de contradicción.

Descendiendo al asunto que nos concita, la fiscalía solicitó, a modo de pruebas de referencia, el decreto de dos versiones previas: (i) una de la menor, y (ii) otra de su madre. El Juez accedió a tales pretensiones, sin embargo, estas no se incorporaron a través de ningún medio de conocimiento, sino de manera directa, así: la primera, con la reproducción de una entrevista efectuada a D.Y.S.R. el 21 de julio de 2021 por Yarley Rodríguez Rivas, investigadora del CTI; y la segunda, con la lectura, por parte del fiscal, de la denuncia interpuesta por María de los Ángeles Restrepo Herrera.⁷ Tales actos los realizó directamente el fiscal sin testigo de acreditación.

⁶ CSJ SP radicado 43866 del 16 de marzo de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

⁷ Juicio oral del 9 de marzo de 2023, archivo “DOC. 53. VIDEO AUDIENCIA CONTINUACIÓN JUICIO - SE SUSPENDE”, récord 00:17:45 a 02:13:40.

Nótese que con ese proceder se impidió cualquier posibilidad de contradicción por parte de la defensa, además, ello entrañó la omisión en los requisitos de **explicación del medio de prueba con el que incorporarían las declaraciones previas, y la adecuada incorporación en el debate oral.** En consecuencia, la entrevista practicada a D.Y. y la versión consignada por Restrepo Herrera en la denuncia no pueden ser objeto de valoración por parte de esta Sala.

Adicionalmente, se debe señalar que, a parte de lo descrito en los párrafos anteriores, durante el resto del proceso no medió solicitud expresa de ninguna otra prueba de referencia. En esas condiciones, los demás testimonios deben examinarse bajo la regla establecida en el artículo 402 del C.P.P., la cual impone que solo se puede declarar sobre aspectos que son de conocimiento directo y personal.

También se recalca que el ente acusador debió blindar con especial cuidado el caso desde el punto de vista probatorio, pues conforme perfiló en la solicitud de prueba de referencia, la menor y su madre no estaban disponibles para rendir sus testimonios. Bajo los anteriores postulados será analizada la valoración probatoria efectuada por el Juez de cara a las objeciones del recurrente.

2. Sobre la valoración probatoria

Se destaca que en juicio oral se practicaron cinco testimonios, cuatro de cargo: Jorge Manuel Calvo Usma, Nora Inés Zapata Restrepo, Yamid Gómez Gómez y Olga Cristina Londoño Gil; y uno común: ELIVER DE JESÚS SALDARRIAGA GALEANO; además, se estipuló que la víctima nació el 12 de marzo de 2010, y las plenas identidades de ella y el procesado. A estos medios de conocimiento nos referiremos para advertir sus deficiencias a fin de colmar el estándar de prueba necesario para condenar.

- **El testimonio de Nora Inés Zapata Restrepo**

Nora Inés Zapata Restrepo, ⁸ psicóloga del ICBF de Andes, informó que elaboró una valoración psicológica de verificación de derechos a D.Y.S.R. el 22 de julio de 2021, con el objeto de observar si se presentó alguna afectación en las esferas cognitiva, emocional y comportamental. Al respecto, encontró una afectación en la esfera emocional, lo que fue evidente pues la niña tenía pesadillas, las cuales eran somatizaciones de una experiencia sexual negativa que dijo haber vivido. Preciso que para su labor tuvo en cuenta básicamente la entrevista semiestructurada a la menor, quien asistió con su progenitora, y aunque en un inicio se mostró nerviosa, luego se calmó y contestó de forma clara, coherente y consciente de su entorno. Recomendó tratamiento psicológico debido a que las afectaciones se causaron por una persona cercana.

Aseguró que solo llevó a cabo la primer valoración. Explicó que la entrevista semiestructurada es donde se hacen preguntas claves a la niña, indagando en todas las esferas, y que en psicología una afectación es cuando presenta problemas en los campos analizados, como dificultades para concentrarse o memorizar, para tener un buen desarrollo o manifestar sentimientos, alteraciones mentales, o autolesiones. Manifestó que la menor tenía 11 años, según los documentos que aportó, y que los hallazgos eran compatibles con violencia sexual.

Describió que dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, el PARD se hace mediante la intervención de un equipo interdisciplinario que conoce el caso, visita la casa de la afectada, luego se reúnen y exponen los hallazgos a los padres y a la defensora de familia para que ella decida.

⁸ Juicio oral del 16 de enero de 2023, archivo "DOC. 43. VIDEO AUDIENCIA CONTINUACIÓN JUICIO - SE SUSPENDE", récord 00:06:10 a 00:54:23.

Es importante destacar que durante el testimonio Zapata Restrepo utilizó información aportada por D.Y., datos que no fueron de su conocimiento directo, así que se trata de información referencial que, como consecuencia de su indebida incorporación, no puede ser valorada. En consecuencia, esta prueba no es suficiente para dar cuenta de hechos jurídicamente relevantes.

Por otra parte, la profesional no explicó los principios científicos o técnicos en los que se fundamentó su actuación, se limitó a dar cuenta de lo que observó en la niña y de lo dicho por esta, es decir, no estableció con claridad si su intervención realmente debe catalogarse como pericia. En ese orden, tampoco dio cuenta del grado de aceptación del procedimiento utilizado, ni de los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso.

Lo observado con esta testigo contrasta con lo dispuesto en los artículos 405 y 420 del C.P.P., según los cuales, la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, y para su apreciación se debe tener en cuenta la claridad y exactitud de las respuestas, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos, o artísticos en que se apoya, entre otros.

Nótese que la testigo sólo ofreció una percepción acerca de la actitud de la menor y de la versión entregada por aquella, con fundamento en esto, adujo que D.Y. somatizó una experiencia sexual negativa teniendo pesadillas. Sin embargo, la experiencia sexual y las pesadillas son fruto de la versión de la menor, sin que la profesional explicara porqué la afectación emocional implica la somatización, y más importante aun, porqué dichas situaciones, que no le constan, dan cuenta de la real existencia del abuso. De ahí que las apreciaciones de Nora Inés Zapata Restrepo no tengan la entidad legal para considerarse como una prueba científica que hubiere

abonado un elemento adicional con carácter profesional al acervo probatorio.

Así las cosas, tendría que analizarse como un testimonio entregado en razón de una labor desarrollada por una entrevistadora que, pese a su calidad profesional, en estricto sentido, no llevó a cabo una valoración psicológica, sino una entrevista de la víctima.

Entonces, las manifestaciones de la profesional resultan insuficientes si lo buscado es sostener la base científica de un dictamen psicológico. En otras palabras, lo que se evidenció fue la precariedad de la prueba conforme a los lineamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ⁹ para efectos del análisis de la prueba pericial.

- **El testimonio de Yamid Alonso Gómez Gómez**

Yamid Alonso Gómez Gómez,¹⁰ profesional universitario del área de trabajo social del ICBF, informó que corroboró el cumplimiento de derechos en la casa de la progenitora y la niña, a quienes entrevistó con el objeto de verificar factores de riesgo, encontrando varios, según lo que se informó, como afectación de los alimentos, una violencia sexual, y problemas de aprendizaje. Estableció que se presentaba un núcleo monoparental, integrado por la progenitora y dos hijos.

Sobre la violencia sexual, supo lo que relató la madre de la menor, información cobijada por el principio de buena fe. Sugirió intervención psicológica especializada con la víctima, a quien el ICBF ha hecho seguimiento, obteniendo mejorías. Señaló que documentó su labor en el informe de valoración inicial, y que solo entrevistó a la mamá en presencia de la niña.

⁹ SP CSJ radicado 50637, SP2709-2018, del 11 de julio de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹⁰ Juicio oral del 16 de enero de 2023, archivo "DOC. 43. VIDEO AUDIENCIA CONTINUACIÓN JUICIO - SE SUSPENDE", récord 00:55:20 a 01:25:30.

Sobre esta prueba importa destacar que, pese a que no se decretó como prueba pericial, el Juez equivocadamente le dio tal connotación. Nótese que el objeto de su intervención era identificar factores de riesgo para D.Y.S.R., labor que llevó a cabo limitándose solo a lo dicho por las entrevistadas, por lo que esta prueba solo sirve para dar cuenta de lo expuesto en tales versiones previas, las que tenían por objeto saber cómo estaba constituida la familia de la víctima, dato de escasa trascendencia para resolver este caso.

Nótese que, en dichos términos, este testigo no aporta información directa de los hechos jurídicamente relevantes, lo que sabe sobre ellos se lo transmitió la progenitora, a la que dio credibilidad con fundamento en el principio de buena fe, de ahí que su versión en relación a tal aspecto es netamente referencial.

- **El testimonio de José Manuel Calvo Usma**

José Manuel Calvo Usma,¹¹ policía judicial, informó que recibió la denuncia presentada por María de los Ángeles Restrepo Herrera, madre de la víctima, quien también le aportó un celular.

Destacó que efectuó una fijación fotográfica del citado elemento y lo auscultó, encontrando en él unos mensajes del 3 de julio de 2021, vía WhatsApp, entre D.Y.S.R. y un contacto denominado “papá”, los cuales le llamaron la atención, en concreto, porque tal sujeto envió a la víctima una fotografía en la que se percibía un pene, además, unas notas de voz en las que aquel le pedía a su interlocutora que le enviara fotos y videos orinando, que aprovechara mientras la mamá dictaba clases de catequesis, y que él le explicaría algo.

¹¹Juicio oral del 2 de noviembre de 2022, archivo “DOC. 38. VIDEO AUDIENCIA CONTINUACIÓN JUICIO - SE SUSPENDE”, récord 00:15:10 a 01:37:05.

Precisó el testigo que su intervención se limitó a una fijación fotográfica del elemento y que no se trató de una extracción de información, también que no utilizó ningún método para cotejar e identificar las voces, ni solicitó información adicional a las empresas de telecomunicaciones.

Aunque lo relatado por el investigador aportada indicios que incriminan al procesado, la prueba presenta falencias que impiden sostener en ella una condena. A propósito, es necesario destacar que la actividad desplegada por Calvo Usma se basó en la información que de manera referencial le aportó la denunciante, nótese que solo de esa forma pudo identificar a los participantes en la conversación de WhatsApp, pues ningún otro acto investigativo dijo haber efectuado para tal fin, sí que realmente al testigo no le consta que sean la víctima y el acusado quienes interactuaron allí.

Dicho de otra forma, como las versiones de María de los Ángeles Restrepo Herrera no se incorporaron debidamente al juicio, resulta imposible tener en cuenta lo dicho por esta para superar la limitación del testimonio de José Manuel Calvo Usma. Adicionalmente, este último no llevó a cabo ninguna actuación investigativa adicional para corroborar objetivamente lo dicho por la denunciante, en concreto, que fuese ELIVER DE JESÚS SALDARRIAGA GALEANO quien envió a su hija dichas notas de voz y la fotografía.

En este punto resulta importante destacar que como la denuncia se incorporó indebidamente en juicio y con este testigo no se discutió ni delimitó los números de las líneas celulares involucradas en la conversación, no se cuenta con datos para asegurar quién era el contacto que tuvo comunicación con D.Y., pues según la fiscalía, era el acusado, mientras que el recurrente sugiere que era la progenitora.

- **El testimonio de Olga Cristina Londoño Gil**

En juicio oral, Olga Cristina Londoño Gil¹² informó que en la tarde del sábado 3 de julio de 2021 se encontraba con la menor D.Y.S.R., de 11 años de edad, en una cancha, mientras la madre de aquella dictaba clases de catequesis cerca de allí. Destacó que, en un momento la menor se asustó al recibir unos mensajes en su celular, los cuales le mostró, al reproducir las notas de voz escuchó a un hombre, a su parecer y conforme manifestó la niña, el acusado, pidiéndole a esta que le enviara un video orinando y que él le explicaría algo, sin embargo, el sujeto no se precisó qué era lo que le enseñaría.

Posteriormente, manifestó que ELIVER DE JESÚS llamó a D.Y. al celular, la víctima puso el dispositivo en altavoz y de esa manera la testigo escuchó cuando el hombre le dijo que se vieran al día siguiente para compartir tiempo juntos, además, propuso que el encuentro fuera en la avenida “*circunvalar*”, pues dicho lugar tenía poco flujo de personas. Conversación que le pareció bastante extraña a Londoño Gil.

Adicionalmente, Olga Cristina manifestó haber observado en el citado celular que el interlocutor de la menor le envió a esta una foto en la que se apreciaba a un sujeto exhibiendo su pene, pero sin mostrar su rostro, aunque la madre de la menor sí dijo reconocer. También describió que en la fotografía el hombre estaba ubicado en un baño, al lado de un balde, y tenía una pantaloneta.

Afirmó la testigo que tras percibir los mensaje de voz, la fotografía y la llamada, advirtió que todos provinieron de un mismo contacto, el que la niña tenía guardado como “*papá*”. Señaló que conocía a SALDARRIAGA GALEANO porque estuvo en varias oportunidades en la casa donde este vivía con la víctima y la progenitora de esta, quienes eran sus vecinas en el

¹²Juicio oral del 28 de febrero de 2023, archivo “DOC. 48. VIDEO AUDIENCIA CONTINUACIÓN JUICIO - SE SUSPENDE”, récord 00:05:20 a 01:32:30.

Líbano y quienes le corroboraron la identidad del remitente. Conforme a ello, aseguró que fue este sujeto el que habló con la niña en la llamada telefónica y quien envió la foto y las notas de voz. También precisó que estuvo con la menor entre las 3 y 6 p.m., aproximadamente, que la madre de D.Y.S.R. se quedó con el referido celular después de observar las conversaciones, y que al siguiente día, esta última denunció los hechos.

Durante el contrainterrogatorio, Olga Cristina Londoño Gil manifestó que rindió una entrevista a un investigador de la fiscalía vía WhatsApp, sin embargo, cuando se le puso de presente el respectivo documento, no lo reconoció, en su lugar, aseguró que lo allí consignado no fue expuesto por ella, adujo nunca haber manifestado que el procesado fuese manipulador y machista, e indicó que el policía judicial le hizo firmar una hoja en blanco, la que se llenó con información alejada de la realidad.

Nótese que, descarta la información referencial indebidamente incorporada en juicio, esta testigo es la única que pueda dar cuenta directa de la comunicación lasciva objeto de la presente controversia. Sin embargo, la fiscalía no logró robustecer suficientemente este medio de conocimiento a fin de colmar el estándar de prueba necesario para condenar, artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Ciertamente, Olga Cristina aportó información que resulta atinente a los hechos jurídicamente relevantes, en ese sentido, expuso que observó que la menor recibió, vía celular, una fotografía con contenido sexual explícito, además, unos mensajes de voz de un hombre solicitándole un video orinando, y también, una llamada de la misma persona buscando concertar un encuentro a solas en un lugar poco concurrido.

Sin embargo, esta prueba presenta limitaciones de especial connotación que no puede pasar por alto la Sala. Véase que, pese a manifestar que percibió de manera directa los citados mensajes de voz y fotográficos, la fiscalía no se los puso de presente para poder acreditar que se tratase de

los mismos elementos incorporados con José Manuel Calvo Usma. En ese orden, aunque los testimonios de Calvo Usma y Londoño Gil parecieran referirse a una misma conversación, la fiscalía omitió presentar el elemento a Olga Cristina para que esta lo reconociera, y poder así establecer en el juicio oral que en efecto fuese la misma comunicación.

Adicional a lo acabado de exponer, Olga Cristina Londoño Gil no es concluyente sobre un aspecto de trascendente relevancia para solucionar el caso: la identidad del interlocutor de la menor. Al respecto, la testigo adujo que se trataba del acusado, afirmación que sostuvo en que lo conocía porque en varias oportunidades fue a la residencia de aquel y lo distinguía, aun así, a lo largo del interrogatorio cruzado destacó que reconoció al procesado porque la niña tenía el contacto de su interlocutor guardado como "papá", además, porque dicha situación fue corroborada por D.Y.S.R. y la progenitora de esta.

En esas condiciones, no es claro si en realidad la testigo sabía quién era la persona que enviaba los mensajes a D.Y. o simplemente lo supuso tras hablar con la víctima y su madre, caso en cual, su manifestación sería prueba de referencia, la que como se ha venido exponiendo, no puede ser valorada. La duda que emerge no fue superada durante la práctica de esta prueba, ni con las demás, por lo que resulta imposible, en términos del artículo 381 del C.P.P., afirmar más allá de toda duda razonable, que fue ELIVER DE JESÚS SALDARRIAGA GALEANO quien sostuvo tal conversación con la menor.

Otro punto que no se aclaró totalmente con la testigo fue el lugar de los hechos, Olga Cristina solo dijo que estaba en una cancha con D.Y.S.R., pero no precisó en dónde estaba ubicado tal escenario. Adicional a ello, la testigo expuso que era vecina de la menor en El Líbano, pero no precisó si la cancha estaba ubicada allí, y tampoco informó a qué municipio pertenece tal sector. Pese a que habló sobre la ubicación del procesado, adujo que fue María de los Ángeles Restrepo Herrera quien se lo dijo.

Aunque un análisis inicial de la prueba podría inclinarse por la tesis abusiva, lo cierto es que en una evaluación más rigurosa no puede desconocerse que la información incriminatoria se refiriere, en gran medida, a circunstancias que solo pueden conocerse a través de prueba de referencia, la que en este caso no puede ser valorada.

- **El testimonio del acusado**

ELIVER DE JESÚS SALDARRIAGA GALEANO,¹³ renunciando a su derecho a guardar silencio, fue presentado como testigo común. Informó que en el año 2021 vivía con D.Y., hasta que se separó de su compañera sentimental por una presunta infidelidad de ella, quien lo amenazó con denunciarlo ante la comisaría de familia si no le suministraba los productos del mercado.

Aseguró que lo capturaron en dos oportunidades, la primera vez fue el 4 de julio (no precisó el año), evento en el que le incautaron su celular y no se lo devolvieron. También expuso que ese mismo día habló con D.Y.S.R. en el parque principal del municipio de Andes, y que un día antes se comunicó con esta por celular a través de los móviles de su otra hija y el de la madre de la niña. Expuso que esta fue la única vez que tuvo contacto vía celular con la menor, a quien negó haber enviado fotos, explicando que no sabe cómo hacerlo. También afirmó que no ha sido denunciado por hechos similares.

Esta prueba tiene un valor probatorio mínimo, nótese que el sujeto negó haber llevado a cabo la conducta acusada, y aunque aceptó que se comunicó con su hija vía celular, adujo que fue a través de celulares

¹³Juicio oral del 9 de marzo de 2023, archivo "DOC. 53. VIDEO AUDIENCIA CONTINUACIÓN JUICIO - SE SUSPENDE", récord 02:23:20 a 03:05:05.

diferentes a los referidos por la fiscalía, además, no dio cuenta de algún contexto abusivo.

3. Conclusiones

Precisando lo expuesto en esta providencia: la imposibilidad de adoptar un fallo de condena tiene fundamento en que los medios de conocimiento con los que se cuenta para adoptar la sentencia resultan insuficientes a fin de demostrar la hipótesis acusatoria dado que con ninguno se demostró con claridad que el procesado sostuviera la conversación lasciva definida en la acusación, y en ese orden, superar el estándar negativo de prueba del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Sin duda, no poder contar con el testimonio de la víctima afectó las posibilidades de demostración de la tesis acusatoria. Tampoco se incorporó debidamente información referencial que sirviera para suplir tal falencia.

Aunque se cuenta con elementos indiciarios sobre el delito, principalmente la información aportada con los testimonios de Olga Cristina Londoño Gil y José Manuel Calvo Usma, lo cierto es que estas pruebas resultan insuficientes para demostrar todos los aspectos circunstanciales definidos en la hipótesis acusatoria.

Importa resaltar que, aun cuando la fiscalía no lo logró probar con suficiencia su tesis, ello no implica necesariamente que la conducta no existiera o que el acusado no la cometiera, sino que se presentan falencias probatorias imposibles de superar sobre circunstancias esenciales del delito, lo que impiden proferir una sentencia condenatoria. A su vez, no puede aceptarse una teoría que otorgue claridad sobre la inocencia del acusado, pues las pruebas de cargo tienen contenido incriminatorio pero insuficiente para condenar.

En estas condiciones, fue la precariedad en la labor acusatoria la que obliga al Tribunal a hacer prevalecer el principio de la duda en favor del acusado,¹⁴ en tanto no se logró llevar un conocimiento suficiente, más allá de duda razonable, estándar probatorio previsto en el artículo 381 del C.P.P., para imponer una sentencia de condena.

Por consiguiente, no podrá ser otra la decisión que la de revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia absolver a ELIVER DE JESÚS SALDARRIAGA GALEANO al no contarse con prueba suficiente para demostrar su responsabilidad penal en los hechos jurídicamente relevantes definidos en la acusación. En ese orden, se deberá ordenar su libertad, siempre que no sea requerido por otra autoridad, toda vez que quedará sin vigencia la sentencia condenatoria.

Sin necesidad de otras consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Andes - Antioquia el 14 de abril de 2023, y en su lugar, **ABSOLVER** a ELIVER DE JESÚS SALDARRIAGA GALEANO por el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, de conformidad con los hechos que fueron objeto de la acusación.

¹⁴ “En otras palabras, el proceso de prueba puede concluir sin un resultado claro. La necesidad que tiene el Juez de resolver a pesar del resultado estéril queda entonces cubierta por el reconocimiento de las reglas legales de decisión que indican al Juez en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El in dubio pro reo en el proceso penal y, en general las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas.” Gascón Abellán, Marina. Cuestiones probatorias. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado N° 61. 2012. Pág. 75

SEGUNDO: ORDENAR la libertad inmediata del procesado de no ser requerido por otra autoridad. Se **expedirán las comunicaciones** de rigor.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **92d8f58195754da6183c896b4a70c1a3f4d612836e67efeccc5843fb3f59623d**

Documento generado en 03/08/2023 08:29:38 AM

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

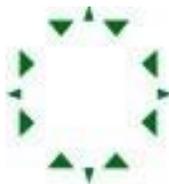
Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Yenifer Mazo Pino y otras

Delito: Hurto Agravado

Radicado: 05 44040890012022 00001

(N.I.2023-1114-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, ocho (8) de agosto dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 78 del 2 de agosto de 2023

Proceso	Sentencia
Sistema	Ley 1826 de 2017—procedimiento abreviado—
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05 44040890012022 00001 (N.I.2023-1114-5)
Decisión	Modifica

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Marinilla Antioquia.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Yenifer Mazo Pino y otras

Delito: Hurto Agravado

Radicado: 05 44040890012022 00001

(N.I.2023-1114-5)

HECHOS

Fueron relacionados en la sentencia de primera instancia así:

“El 08 de enero de 2022, a las 03:30 horas, en el parque principal del municipio de Marinilla, fueron capturadas en flagrancia las señoras YÉNIFER MAZO PINO, JÉNIFER TAPIAS ÚSUGA, LAURA VANESA GARCÍA ÁLVAREZ y LILIANA ANDREA JIMÉNEZ UÑATES, por señalamientos que hicieran varios ciudadanos que participaban en las festividades de la localidad, como presuntas autoras de hurtos a celulares, en tanto la policía encontró a LAURA VANESA GARCÍA ÁLVAREZ al interior de un bolso marca Totto, color agua marina, los siguientes móviles: un (1) celular marca Samsung Galaxy J4 color dorado, un (1) equipo móvil marca Redmi Note 105 color azul con número de IMEI 865565050109566 y 865565050109574, de propiedad de JEIMER ESTIVEN JIMÉNEZ MORALES, un (1) celular marca WAEI A1 color azul, un (1) equipo móvil marca iPhone 12 Pro Max color gris con números de IMEI 358686415030331 y 358686415036346. A YÉNIFER MAZO PINO, en la pretina del pantalón, se le encontró un (1) celular Moto G8 Power Lite color azul con IMEI 351622117713392, con una tarjeta SIMCARD del operador Claro con número 3147069302 de propiedad del señor YEISON FERNEY CASTAÑEDA GIRALDO. A LILIANA ANDREA JIMÉNEZ UÑATES se le encontró en la pretina del pantalón un (1) equipo celular marca Redmi9C color azul mate, sin IMEI. A JÉNIFER TAPIAS ÚSUGA se le encontró en su poder una billetera color negro marca bitabone que contenía documentos de JUAN MANUEL VELÁSQUEZ VALDERRAMA”

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Yenifer Mazo Pino y otras

Delito: Hurto Agravado

Radicado: 05 44040890012022 00001

(N.I.2023-1114-5)

ACTUACIÓN PROCESAL

Previo a la instalación de la audiencia concentrada, el 9 de mayo de 2023 manifestaron las procesadas Yénifer Mazo Pino y Liliana Andrea Jiménez Uñates su voluntad de allanarse a los cargos. Tal aceptación fue verificada y aprobada por el Juez Primero Promiscuo Municipal de Marinilla agotándose inmediatamente el trámite previsto en el artículo 447 del C.P.P..

La fiscalía solicitó se tuviera en cuenta para efectos de la concesión del subrogado a las procesadas debido a que cada una de ellas contaba con antecedentes penales. Hizo referencia a informe de registro de antecedentes penales y/o anotaciones de la policía nacional

La defensa solicitó reconocimiento para sus representadas de la rebaja del 50% de la pena a imponer y que se impusiera el mínimo de la pena, debido a la etapa procesal en la que se dio la aceptación.

LA SENTENCIA

El 24 de mayo de 2023 se profirió sentencia condenatoria en contra de las procesadas Yénifer Mazo Pino y Liliana Andrea Jiménez Uñates al hallarlas penalmente responsables del delito de hurto agravado. Para lo que interesa a esta decisión a Liliana Andrea Jiménez Uñates le impuso pena de doce (12) meses de prisión y negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal, debido a la existencia de antecedentes penales dentro de los cinco años anteriores.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación.

- 1- El Juez consideró probado con el informe presentado por la fiscalía que Liliana Andrea Jiménez Uñates cuenta con antecedentes penales, a pesar que tales antecedentes condenatorios deben estar acreditados con las respectivas sentencias. Por tanto, al no ser aportadas, no se puede tener en cuenta la prohibición en contra de las sentenciadas.

Solicita se modifique la sentencia otorgando la suspensión condicional de la ejecución de la pena a Liliana Andrea Jiménez Uñates.

CONSIDERACIONES

La Sala abordará las inconformidades del recurrente para lo cual se analizará si se demostró en debida forma la existencia de antecedentes penales.

- (i) Previamente: Liliana Andrea Jiménez Uñates fue condenada de manera anticipada —tras realizar un allanamiento a cargos— **por una conducta** punible de hurto agravado descritas en los artículos 239, 241 numeral 10 del C.P. La sentencia no se percató de la inconsistencia en la acusación y avaló tal calificación jurídica que desconoció la propia narración de los hechos que daba cuenta de varios hurtos en contra de distintas víctimas. Tal error no fue objeto de la apelación por lo que habrá de mantenerse en respeto de la limitación de la segunda instancia.
- (ii) Frente al tema del subrogado penal. Afirmó la defensora que no se demostró en debida forma la existencia de antecedentes penales estando imposibilitado el Juez de instancia para aplicar la

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Yenifer Mazo Pino y otras

Delito: Hurto Agravado

Radicado: 05 44040890012022 00001

(N.I.2023-1114-5)

prohibición establecida en el artículo 68º y negar la suspensión condicional de la pena a su prohijada.

La Sala tres de este Tribunal en un caso similar expresó lo siguiente:

“Es imprescindible tener claro cómo se adquiere la connotación de antecedentes penales, para lo cual es faro ineludible el artículo 248 de la Constitución Nacional, y allí se preceptúa que "... Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva..." tienen esa calidad. No hay duda, en ese entorno, que la mejor manera de demostrar la calidad del antecedente es aportando la copia auténtica de la sentencia condenatoria proferida; empero dentro del contexto de la libertad probatoria, bien podría ser con otro tipo de documento.

*A manera meramente ejemplificativa, bien pudiera ser con una constancia expedida por el funcionario judicial que la emitió o quien vigile la pena, etc., pero **de la norma constitucional surge necesario no solo que se acredite la providencia condenatoria, sino que es inexorable que se demuestre que fue en forma definitiva; en otras palabras, que cobró ejecutoria material, bien porque no se interpusieron los recursos de ley o porque aun habiéndose propuesto, se resolvieron confirmando la decisión condenatoria de primer grado.***

Es asunto de simple lógica: no basta la sentencia de primera instancia, sino que la misma haya hecho tránsito a cosa juzgada; es decir, que el efecto condenatorio, de manera ordinaria, no se puede remover. Solo de esa manera hay seguridad jurídica; pues mientras sea posible la revocatoria de la condena, por los cauces

normales, no se le puede tener como cierta y definitiva”¹. (negritas propias)

En el mismo sentido la Sala Penal de la CSJ²

*“Pero hay más, desde el punto de vista probatorio, el a quo no podía afirmar en estricto sentido que, al momento de la comisión de los hechos materia de investigación en este proceso, LEONIDAS AMÉZQUITA tenía antecedentes penales. No porque exista tarifa probatoria alguna para acreditarlo, sino debido a que no se probó la preexistencia de una condena a la conducta por la cual se condenó a aquél en el presente trámite; **mucho menos, que esa determinación estuviera ejecutoriada.**”*

En el presente asunto solo se aportaron anotaciones de registros de la policía nacional, no obran sentencias ni mucho menos constancias donde se evidencie que las mismas alcanzaron su firmeza, bien porque no se interpuso el recurso ordinario de apelación o porque habiéndose interpuesto se obtuvo confirmación en segunda instancia.

En esas condiciones, el soporte presentado por la Fiscalía, no es idóneo para acreditar la existencia de antecedentes penales a la acusada.

La única razón por la que se negó el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena a Liliana Andrea Jiménez Uñates fue la prohibición contenida en el artículo 68 A, al estimarse como probado que habían sido condenadas por delito doloso dentro de los 5 años anteriores a esta sentencia.

¹ S.P 05-002-61-00183-2013-80150 N.I. 2019-0543-3, del 20 de mayo de 2019, M.P. Juan Carlos Cardona Ortiz.

² CSJ Sala Penal Radicación N° 53.651 de 2019.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Yenifer Mazo Pino y otras

Delito: Hurto Agravado

Radicado: 05 44040890012022 00001

(N.I.2023-1114-5)

Al no concurrir la restricción normativa, deberá concederse el subrogado. Por tanto, se concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de dos (2) años. Deberán garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 65 del Código Penal. Se impondrá la misma caución impuesta para la otra condenada equivalente a doscientos mil (\$200.000) pesos.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la decisión apelada, en el sentido de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena a Liliana Andrea Jiménez Uñates por el término de dos (2) años para lo que deberán suscribir la diligencia de compromiso, y prestar caución prendaria doscientos mil (\$200.000) pesos, dentro de los cinco (5) días a la ejecutoria de esta decisión. **Cancelar la orden de captura** expedida en contra de la condenada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la providencia de origen y naturaleza conocidos.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Yenifer Mazo Pino y otras

Delito: Hurto Agravado

Radicado: 05 44040890012022 00001

(N.I.2023-1114-5)

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

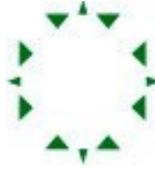
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **b5dcd71bcd413f2c5b875e122f90a6cf268e7b8fe683cfa25f27eb3d88bdcc30**

Documento generado en 03/08/2023 08:28:33 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 DE DECISIÓN

Medellín, ocho (8) de agosto dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 78 del 2 de agosto de 2023

Proceso	Penal – Ley 1826 de 2017
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria
Radicado	05 690 60 00309 2020 00084 (N.I.:2022-1858-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P. ley 906 de 2004.

HECHOS¹

La presente investigación se inició a raíz de la denuncia que interpusiera Duberney Márquez Serrano, quien indica que el día 22 de mayo de 2019, a eso de las 17:30 horas, en la zona rural del Municipio de Santo Domingo-Antioquia, vía que de este conduce a la ciudad de Medellín, sector Raudal; el señor JORGE MARIO FRANCO CARDONA conductor del vehículo tipo camión, marca FORD, línea cargo 815, color blanco, modelo 2007 y de placas TJA-571, causó lesiones de manera culposa al señor DUBERNEY MÁRQUEZ SERRANO, conductor del vehículo tipo motocicleta, marca Yamaha RX 115, color rojo, modelo 2005, de placas ZHD38A, quien impactó contra el vehículo tipo camión el cual se encontraba estacionado en contravía, por lo cual el señor DUBERNEY cae al suelo, sufriendo fracturas en miembro inferior derecho (tibia y peroné); lesiones que le que le derivaron una incapacidad médico-legal definitiva de CIENTO OCHENTA (180) días y secuelas con deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; perturbación funcional de miembro inferior derecho de carácter permanente; perturbación funcional de órgano de la locomoción también de carácter permanente.

LA SENTENCIA

El 11 de octubre de 2022, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, el Juez Promiscuo Municipal de Santo Domingo Antioquia, profirió fallo condenatorio en contra de Jorge Mario Franco Cardona por haberlo encontrado responsable como autor del delito de lesiones culposas previsto en los artículos 111, 112, 113, 114 y 117 del Código Penal, en donde resultó lesionado Duberney Márquez Serrano. Como consecuencia de ello se

¹ Así fueron presentados los hechos jurídicamente relevantes en el escrito de acusación.

impuso pena de nueve (9) meses y 18 días de prisión y multa de seis punto nueve (6.9) salarios mínimos legales mensuales vigentes y privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas por un periodo de dieciséis meses (16) meses.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión el defensor presentó oportunamente recurso de apelación en vía de obtener la absolución de su representado. La inconformidad se basa de manera esencial en lo siguiente:

El Juez desconoció la declaración del señor DUBERNEY MÁRQUEZ SERRANO quien aceptó que transitaba a una velocidad de más de 60 kilómetros por hora, sin contar lo informado por el inspector de policía CARLOS ANDRÉS AREIZA quien indicó que el lugar donde ocurrió el accidente la velocidad permitida era de 30 kilómetros por hora.

Refiere que según lo anterior, el despacho desconoció testimonios de la defensa donde indicaron que el señor Duberney el día del accidente iba a una velocidad superior a los 60 k/h, por tanto, se debe absolver a su prohijado por culpa exclusiva de la víctima.

Indica que hay una violación directa de la ley sustancial. Según como ocurrieron los hechos frente a la imputación objetiva, el resultado lesivo no fue solo producto del actuar de su prohijado, como se informó obedeció al exceso de velocidad de DUBERNEY MÁRQUEZ SERRANO y de un tercero que tenía la puerta del vehículo abierta, tal y como lo indicó la víctima.

Afirma que, en el ámbito de la imputación objetiva, la realización del tipo objetivo se predica cuando el hecho causado por una persona crea un riesgo jurídicamente desaprobado y el mismo se concreta en

un resultado, siempre y cuando exista relación de causalidad entre el riesgo creado y el resultado. Por tanto, para imputar el resultado al tipo objetivo no es suficiente que un sujeto produzca un riesgo que pueda formar parte de la cadena de causalidad natural que conduce al resultado nocivo; sino que, es necesario, además, que ese riesgo no permitido creado por el autor, y no otro, sea el mismo que se materialice en el resultado.

Advierte que, la imputación al tipo objetivo por un resultado final, podría excluirse para el autor original, cuando el riesgo creado por éste habría producido un efecto distinto, de no ser por la intervención de otro sujeto; quien, a su vez, genera otro riesgo que concurre con el anterior o lo incrementa, con entidad suficiente para desviar significativamente el curso causal original o para crear otro nexo causal diverso.

Por último, refiere que el despacho desconoce lo dicho por los testigos, en relación a la costumbre que existe en el municipio, referente a que los vehículos de carga se orillan para descargar, lo que es una práctica usada en la región por las condiciones de la vía y ello lo ha denominado la jurisprudencia como error de prohibición culturalmente condicionado y de esta manera la pena a imponer se reduce a la mitad.

Por lo anteriormente expuesto peticona se reemplace la decisión y se absuelva a su prohijado por tratarse desde la óptica de la imputación objetiva, la responsabilidad exclusiva de la víctima. De manera subsidiaria, de no ser procedente se conceda la rebaja establecida por tratarse de un error de tipo culturalmente condicionado.

La Fiscalía como no recurrente Informó que no es posible afirmar que porque la víctima se desplazaba a un límite superior o aproximado a los

60 k/h haya sido el responsable de sus propias lesiones. Los testimonios valorados en conjunto, fueron claros en indicar que se trataba de una vía de doble sentido, que la velocidad no influyó en la ocurrencia del accidente, más sí el hecho de haberse parqueado un camión conducido por FRANCO CARDONA en contravía y en una curva, con lo cual obstaculizó por completo la visibilidad de la víctima y de otros potenciales usuarios de la vía.

De los testimonios de los peritos expertos de la Unidad de Criminalística de la Policía de Carreteras, quedó claro que el hecho del vehículo estar estacionado en ese lugar, bajo las condiciones ya conocidas, fue lo que produjo el resultado de las lesiones, siendo esta entonces la causa determinante del suceso.

Además, el INT. VARGAS BAQUERO informó que según el artículo 107 del Código Nacional de Tránsito en una vía secundaria como esta (intermunicipal rural) la velocidad permitida es de 60 km/h, concluyendo que cuando se habla de un factor determinante se refieren al factor principal, descartando entonces de plano y técnicamente que el obrar de la misma víctima hubiese sido la causa de sus propias lesiones.

Solicita se confirme la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Procederá la Sala a resolver las inconformidades del impugnante con la decisión de primera instancia. Se anticipa que la decisión será confirmada.

Indicó el recurrente que el Juez se equivocó en valorar la prueba respecto a los testimonios de: DUBERNEY MÁRQUEZ SERRANO quien

informó que se movilizaba a 60 klm/h; y del inspector de Policía CARLOS ANDRÉS AREIZA quien indicó que en la vía solo se podía transitar a un máximo de 30 klm/h; afirmando que la causa del accidente fue por culpa exclusiva de la víctima por el exceso de velocidad en la vía.

Cotejadas las declaraciones realizadas por los testigos anteriores, se tiene lo siguiente:

- En realidad Duberney Márquez Serrano indicó que se movilizaba aproximadamente en un máximo de 60 Klm/h, advirtió que no había señalización que indicara a qué velocidad se podía transitar en ese sector.²
- Ahora, respecto a la declaración del inspector de Policía CARLOS ANDRÉS AREIZA quien informó que en la vía solo se podía transitar a un máximo de 30 klm/h, se estableció que lo que específicamente informó el testigo fue lo siguiente: *“para la vía de la motocicleta solo había una señalización de transito de - curva preventiva-. Para el sentido del camión no se tuvo en cuenta las señales. Sin embargo, había una que regulaba la velocidad a 30 klm/h, pero solo aplica para la vía que llevaba el camión y no la motocicleta”*.³

El defensor mal interpretó lo informado por el inspector de Policía para indicar que el Juez realizó una indebida valoración probatoria. El testigo es claro en informar que no había señalización de prevención de disminución de velocidad en la vía que llevaba la víctima.

Se denota que la teoría que pretende plantear la defensa carece de pruebas. En primer lugar, no fue posible probar a qué velocidad

² Record 36:50 en adelante “38AudienciaJuicioOralParte1”

³ Record 47:25 en adelante “41AudienciaJuicioOralParte5” Misma información aportó el intendente VARGAS BAQUERO, Record 00:17:20 en adelante “44Audiencia JuicioOralParte7”

especifica iba la víctima⁴ y, por otro lado, tampoco demostró cual era la velocidad permitida en la vía que llevaba Duberney Márquez Serrano al momento de los hechos.

Por el contrario, según declaración del Intendente Elver Moncada Parra Funcionario de Policía de Carreteras, al no existir señalización que regule la velocidad, según el artículo 107 del Código Nacional de Tránsito en una vía secundaria como esta (intermunicipal rural) la velocidad permitida es de 80 km/h.⁵

Además de lo anterior, no se encuentra trascendencia en el presunto exceso de velocidad en el que se desplazaba la víctima, con el accidente ocurrido. La percepción de la velocidad a la que se desplazaba la motocicleta que conducía la víctima no es objeto de consideración.

De conformidad con los hechos de la acusación y según lo expuesto por el Juez de primera instancia luego de la valoración integral de la prueba, el accidente devino de la falta de deber objetivo de cuidado que tuvo JORGE MARIO FRANCO CARDONA por estar estacionado en contravía, muy cerca de la curva, ocupando la mayor parte del carril contrario, sin señalización alguna, infringiendo las normas de tránsito, artículos 55, 76 y 77 de la ley 769 del 2002 Código Nacional de Tránsito.

Es así, que la causa determinante del accidente fue estacionarse en lugar prohibido e invadir el carril contrario y no el exceso de los límites de velocidad como lo quiso hacer ver la defensa.

Tampoco es cierto lo informado por el recurrente al proponer que el resultado lesivo no fue solo producto del actuar de su prohijado, sino

⁴ Los testigos de la defensa se centraron en indicar que Duberney Márquez Serrano iba a exceso de velocidad (a más de 60 km/h – a 100 km/h) sin establecerse porque medio especial o tecnológico se determinó el nivel de velocidad.

⁵ Record 01:08:00 en adelante “41AudienciaJuicioOralParte5”

que obedeció al exceso de velocidad de Duberney Márquez Serrano y de un tercero que tenía la puerta del vehículo abierta, queriendo plantear una concurrencia figura que no procede en este caso. Para ello citó la sentencia SP1369-2022 Radicación N° 52728⁶ donde se habló de *la imputación objetiva e interferencia en los cursos causales y concurrencia de riesgos*. Aunque la figura no fue desarrollada por el recurrente, la hipótesis que pretendió presentar es desacertada. La concurrencia de riesgos presupone un hecho inicial por parte del sujeto activo, debe existir relación de causalidad entre el riesgo creado y la influencia de otros riesgos desaprobados concurrentes, creados por terceros o la víctima. Aquí el riesgo creado por el sujeto activo se concretó por sí solo, estacionó un camión de forma indebida, hecho que provocó que Márquez Serrano resultara lesionado al transitar por la vía, posterior a ello, no existió otra causa u otro riesgo, pues el daño fue creado por el acto inicial ocasionado por el procesado.

De la practica probatoria no se infiere una narración en contra de lo realmente sucedido, es más, el recurrente no cuestiona el actuar de Jorge Mario Franco Cardona en los hechos, pues, su reparo se centra en una posible "culpa exclusiva de la víctima", o, una concurrencia de culpas o de riesgos (como se informó, esto último no fue desarrollado). La defensa pretende desdibujar el grado de responsabilidad de Jorge Mario Franco Cardona con otras teorías que no fueron probadas y no proceden en este caso. Lo cierto es que de la valoración probatoria realizada por el Juez de primera instancia no cabe duda que Jorge Mario Franco Cardona realizó la causa determinante del hecho al infringir el deber objetivo de cuidado ya mencionado.

Por tanto, solo el actuar del implicado creó el riesgo jurídicamente desaprobado. Con su actuar aumentó el riesgo que lleva implícito la

⁶ Frente a la concurrencia de riesgos se presentó el siguiente ejemplo "*cuando el autor inicial, con la intención de matar a una persona, le causa graves heridas que ponen en serio peligro su existencia; y, no obstante, la víctima fallece más adelante, adicionalmente por: i) fallas relevantes del personal médico en el diagnóstico o tratamiento; o ii) comportamiento contraindicado del mismo paciente frente a su proceso de curación*"

actividad peligrosa de conducción de vehículos. Aunque el ejercicio de ésta, pese a su peligrosidad, se considera socialmente permitida, el legislador, al autorizarlo (riesgo jurídicamente permitido), fija determinados y concretos parámetros de forzoso acatamiento. Uno de éstos, es el de tomar todas las medidas necesarias para evitar poner en riesgo a los demás. Dicha disposición pretende evitar, justamente, que el desempeño de una actividad esencialmente peligrosa pueda causar peligro a todos los que intervienen en el tráfico vial.

En consecuencia, se observa que, en el asunto bajo juicio, lo decisivo desde una óptica normativa para la concreción del resultado lesivo, fue que el conductor del vehículo imprudentemente, se estacionó en contravía (antes de iniciar una curva), ocupando el carril contrario, sin ningún tipo de señalización. Tal actitud llevó a que su vehículo fuera obstáculo para los demás rodantes que se movilizaban en la vía invadida, como ocurrió con Duberney Márquez Serrano. Nada obligaba a la víctima a predecir que otro sujeto del tráfico, violara una norma tan básica de este ámbito. En efecto, con una conducción reglamentaria por parte del acusado, atendiendo las citadas normas de tránsito, el resultado lesivo no se hubiese producido.

De manera que conforme al artículo 9º de la ley 599 de 2000, ese nexo causal fue ocasionado en virtud de la infracción del deber objetivo de cuidado, en cuanto que desconoció las normas de tránsito que disciplinan la conducción del vehículo y que fue determinante para la producción del resultado.

De esta manera se cumple con la carga argumentativa que impone la demostración de que el resultado haya sido producto de la concreción del riesgo creado y que ha sido expuesto por la Corte Suprema de Justicia.⁷

⁷ "Básico y fundamental en orden a la declaración de responsabilidad penal tratándose de la imputación de delitos culposos, lo constituye la posibilidad demostrada de atribuir al sujeto agente el incumplimiento del deber objetivo de cuidado, con lo cual se introduce un elemento

Con lo expuesto queda claro que, la conducta realizada por el procesado, frente a la falta del deber objetivo de cuidado, infringiendo las normas de tránsito, afectó la salud de la víctima Duberney Márquez Serrano.

Por último, respecto al *error de prohibición culturalmente condicionado*, aunque la defensa en los alegatos de conclusión informó que era costumbre que los habitantes del sector estacionaran vehículos en ese lugar, tal error de prohibición no fue objeto de discusión ante el Juez de primera instancia, no se desarrolló, ni se probó nada al respecto.

Se procederá, entonces a confirmar la decisión proferida en primera instancia, en los términos precisados, en relación con el objeto de la apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto fue materia de apelación.

normativo en esta clase de delitos que debe ser valorado en el propio momento de constatarse la tipicidad de la conducta, quedando la posibilidad de actuar de diversa manera para ser estudiada en sede de culpabilidad. Por lo tanto, no tiene hoy cabida entre nosotros el criterio original de causalidad que posibilitaba cualquier clase de imputación, sino que un resultado lesivo sólo puede ser objetivamente imputado, siempre y cuando dicho resultado sea previsible y viole el deber objetivo de cuidado y esa vulneración sea a la postre la que materialice el evento producido". CSJ Penal.30 de nov de 2011 e 37249 M.P. Salazar Otero.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

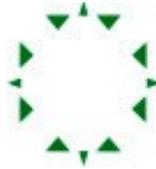
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **bedc4c05b6cc8230fe608bf18f4bfcffcfabfca6ff415a42072357ec6a8ca56**

Documento generado en 03/08/2023 08:28:24 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, ocho (8) de agosto dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 79 del 3 de agosto de 2023

Proceso	Penal Ley 906 de 2004
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria
Radicado	05 615 60 00364 2020 00382 (N.I. TSA 2023-0544-5)
Decisión	Revoca y absuelve

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el numeral primero del artículo 34 del C.P.P., ley 906 de 2004.

1. HECHOS

Según los encontró probados la sentencia de primera instancia:

“El día 2 de agosto de 2020, a tempranas horas de la mañana, en la finca de nombre de “Cantarrana”, ubicada en la vereda Quirama, del Municipio de El Carmen de Viboral, Antioquia, JHON FREDY RODRÍGUEZ ALONSO produjo dos heridas con arma cortopunzante; así mismo, disparó en dos oportunidades con arma de fuego al señor Jaime Palacio Escobar, quien se encontraba solo en el lugar. Las heridas causadas a Palacio Escobar produjeron su deceso, a más de que Rodríguez Alonso no contaba con permiso de autoridad competente para portar el arma de fuego accionada.”

2. LA SENTENCIA

El 27 de marzo del año 2023, luego de finalizada la audiencia de juicio oral, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia profirió fallo condenatorio en contra de JHON FREDY RODRÍGUEZ ALONSO, como autor de un concurso de delitos de homicidio agravado artículo 103-104-7 y porte ilegal de arma de fuego artículo 365 del C.P.. En consecuencia, le impuso pena de cuatrocientos doce (412) meses de prisión, igualmente, le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

3. IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión el Defensor presentó y sustentó el recurso de apelación en vía de obtener la absolución de su representado. Sus inconformidades pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Alega que la apelación se centra en refutar el análisis probatorio ofrecido en la sentencia acerca de la prueba testimonial, puesto que, en relación con la evidencia física, la fiscalía no allegó exámenes relacionados con ella que permitirán corroborar su hipótesis.

Señala que la sentencia evaluó la prueba testimonial de forma parcial y no conjunta, como es necesario.

Advierte que la Juez no evaluó la necropsia médico legal que daba cuenta que en el miembro viril de la persona muerta presentaba una sugilación, que se traduce en un “chupón o chuponazo” una equimosis causado por una fuerte succión con la boca, lo que indica que al señor Jaime le realizaron sexo oral en su pene, por lo que se establece que tuvo sexo oral con cualquiera de los amantes que tenía, según lo que se probó, por lo que no se encontraba solo en su cabaña. De forma que no se estableció en compañía de quién se encontraba el señor Jaime Palacio, horas antes de que su cuerpo fuera hallado.

Sobre el testimonio del primer respondiente, indica que el agente Henao Santa dio cuenta que ese mismo día estuvo en la finca el señor Oswaldo León Echeverri Hincapié realizó trabajos en la finca. Resalta que en otro aparte informó que no vio cuchillos ni armas de fuego alrededor del cuerpo de Jaime Palacio.

Sobre la declaración de Jafet Londoño resalta que, según este testigo del CTI, Jaime Palacio murió a las ocho, nueve o diez de la mañana y a esta falta de precisión, se suma el hecho de que nunca preguntó por los resultados de los exámenes a los elementos materiales probatorios, estos son, el cuchillo y la vainilla y que no lo hizo debido al cúmulo de trabajo. Recuerda que el policía dejó ver que nunca conoció a qué lugar se envió la vainilla, ni qué resultado arrojó.

Advierte que no se realizó ningún tipo de prueba a las evidencias para descartar presencia de sangre, semen o cualquier otro vestigio biológico. Agrega que según ese mismo investigador no fue hallada un arma de fuego y a pesar de eso se condenó por un homicidio con ese tipo de arma.

Descarta que las fotografías aportadas por la fiscalía sobre el lugar de los hechos sirvan para establecer la participación del acusado en el homicidio por el que se le condenó. Advierte que el fotógrafo reconoció que no se pudo conocer la causa ni la persona acerca de la muerte de Jaime Palacio.

Señala que en el cuchillo hallado en el lugar no se halló huellas dactilares del acusado, sangre, semen o cualquier otro vestigio biológico que lo relacionara con el homicidio.

Acerca del informe de jefe de investigación Henan de J Morales Monsalve, la sentencia se limitó a citar algunos apartes, pero no lo analizó en conjunto. Destaca que la sentencia reseñó que este investigador halló unas evidencias y las sometió a cadena de custodia, pero no se refirió a que de esas no se obtuvo ningún resultado.

Cuestiona la información de este investigador sobre la forma como llegó a los datos sobre cuero de ánima y alias el negro por cuenta de Marta Libia, dada la mala reputación de aquellos. Señala que esto debió alertar a la Juez sobre la credibilidad esa testigo.

Resalta que el Investigador dio cuenta de que realizó unas interceptaciones telefónicas de no arrojaron ningún resultado.

Alega que la Juez no se detuvo en que este mismo testigo respondió de forma negativa al hecho de que si a las prendas halladas se le practicó algún tipo de examen en busca de algún vestigio biológico y

el resultado fue negativo. Recuerda que directamente el testigo respondió que no existió evidencia de que esa sudadera perteneciera a Jhon Fredy Rodríguez y que lo comprometiera al acusado con el crimen.

Por otra parte, cuestiona que la Juez no se detuviera en la falta de consistencia de Carlos Andrés Vallejo sobre el tiempo que supuestamente esperó en un lugar al acusado, dado que no tenía consigo un celular o un reloj, a pesar de que reconociera que llevaba dos días ingiriendo alcohol y consumiendo droga. Resalta que él reconoció que no sabía qué estaba pasando aquel día, recordaba muy poco y que con ese estado no se puso a analizar dónde llegaron, ni qué ruta cogieron. Puntualmente resalta que el testigo no dio cuenta dónde estuvo John Fredy ni hasta qué lugar estuvieron juntos. Agrega que el testigo también fue inconsistente respecto de las prendas que vestía el acusado aquel día, antes y después de que regresó al lugar a donde lo acompañó. Aduce que el testigo dio cuenta que ese día no vio nada y solo supo cuando el fiscal se lo contó. Alerta que el testigo dijo que no recuerda la fecha, que no sabe si estaba en el 4, 5 o 6 de enero. Y que cuando se le preguntó dónde estaba el 2 de agosto, dijo que no sabía en qué fecha sucedieron las cosas.

Alega que el testimonio de referencia Juan Pablo Palacio se aceptó, a pesar de que no se llevó elemento de convicción que verificara la imposibilidad del testigo para declarar. Reprocha que para la Juez fuera suficiente ver al presunto testigo en una cama, para habilitar solo con esta circunstancia que la declaración fuera leída en juicio oral por un testigo de acreditación.

Señala que por todas estas circunstancias no es posible afirmar, como lo hizo la Juez, que estuvieran claras todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los testimonios de Carlos Andrés y Juan Pablo.

Sobre el testimonio de Uriel Alfonso Urrego, señala que es irrelevante en relación con la responsabilidad del acusado y por el contrario dio cuenta que habló con Jaime el día de su muerte hacia las 7:30 de la mañana y lo percibió solo sin compañía. Destaca que este testigo afirmó que no tenía pruebas en contra de John Fredy ni conocía quién dio muerte a Jaime Palacio.

Del testigo Oswaldo León Echeverri Hincapié resalta que dijo haber hablado con Jaime a las 8:30 de la mañana y no a las 8 como lo afirmó la sentencia. Resalta que este testigo reconoció no haber sido testigo de la muerte.

Sobre Ricardo Andrés García mayordomo de la finca indicó que estaba en el testamento del señor Jaime Palacio Escobar y que recibió un parte del seguro de vida y que en ese seguro había otras personas. Señala que amaneció el dos de agosto en la finca. Advierte que allí estuvo pesar de que la fiscalía debió aislar el lugar. Resalta que este testigo reconoció que Esneider era otra pareja sentimental de Jaime, quien iba frecuentemente donde este.

3.1. Intervención de las partes no recurrentes

La fiscalía señala que la tarea de la defensa se limitó a descalificar el trabajo de la fiscalía y de la Juez. Estima que el apelante se dedicó a señalar la prueba en cada minuto y segundo en lugar de hacer un análisis en conjunto. Dice que, por el contrario, la decisión de primera instancia se ajusta a los cánones constitucionales y procesales, lo que permiten inferir que fue acertada, por lo que demanda su confirmación.

El representante de víctimas señala que la apelación de la defensa se limitó a destacar de forma aislada respuestas puntuales favorables a su pretensión. Entiende que la defensa hizo una crítica gramatical y no

jurídica a las razones ofrecidas en la sentencia. Señala así, que quien no hizo una evaluación conjunta de la prueba fue la defensa. Aduce que la fiscalía no pudo haber ofrecido pruebas biológicas, pues el acusado no fue capturado en flagrancia. Aduce que el apelante no atacó la inferencia razonable que ofreció la sentencia para edificar la responsabilidad penal del acusado. Señala que sí hubo un testigo directo y a la vez un testigo de referencia.

4. CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será revocada. Como se verá, la decisión de primera instancia dejó de apreciar elementos esenciales de las pruebas debatidas. Estas circunstancias analizadas en conjunto no permiten superar el estándar probatorio para imponer una sentencia condenatoria. La tarea de la fiscalía fue deficiente, en especial, en el aporte de evidencias y en la corroboración de lo expuesto por sus testigos. La absolución no se deriva de la demostración de inocencia del acusado sino de la precariedad en la tarea demostrativa que le correspondía a la fiscalía.

4.1 Premisas para condenar.

La Sala abordará cada uno de los argumentos ofrecidos en la sentencia para sustentar la condena en contra del acusado y a la vez, a partir de las inconformidades planteadas en el recurso, se resaltarán las inconsistencias que impiden sostenerla. En esta vía se expondrá cómo las premisas que ofreció el Juez de primera instancia no constituyen razón suficiente¹ para dar por probada la teoría del caso de la fiscalía.

¹ CSJ Penal 33837 de 2015M.P. Fernández Carlier “La Sala, en sentencias como CSJ SP, 13 feb. 2008, rad. 21844, y CSJ SP, 12 sep. 2012, rad. 36824, ha definido al principio de razón suficiente como «aquel que reclama, en aras de reconocer el valor positivo de verdad de un enunciado, un motivo apto o

La parte considerativa de la sentencia se agota, en gran parte, en la reiteración de lo informado por varios de los testigos de cargo. En punto de análisis probatorio se ofrecieron las siguientes premisas:

4.1.1. La Juez entendió que: "Coinciden los relatos de Carlos Andrés Vallejo Silva y Juan Pablo Palacio Aguirre, al identificar las principales circunstancias de tiempo modo y lugar en que observaron a Jhon Fredy Rodríguez Alonso ese mes de agosto de 2020, momentos previos al asesinato de Jaime Palacio Escobar, pese a no haber presenciado en forma directa los momentos en que esta persona perdió la vida."

Al respecto es relevante recordar que Vallejo Silva compareció a juicio oral en dos ocasiones. En la primera fue escuchado por el Juez desde un dispositivo telefónico en un lugar abierto. El dispositivo se identificaba con un nombre que correspondía a dos de los testigos de cargo, circunstancia de la que solo se percató la audiencia al final de la declaración. Esta circunstancia, más su apreciación acerca de que el testigo miraba hacia los lados al contestar algunas preguntas, llevó al Juez a solicitar la repetición del testimonio en la sede del Juzgado. En la siguiente sesión, en presencia de la Juez que profirió la sentencia, se repitió el interrogatorio cruzado. La Juez estimó que era necesaria la repetición ordenada por el Juez que le precedió.

También debe recordarse que la declaración de Juan Pablo Palacio Aguirre ingresó como prueba de referencia ante la indisponibilidad del testigo por su situación de salud.

Estas circunstancias, sumadas a la evidente y constante imprecisión del testigo, no permiten llegar a la conclusión ofrecida por la Juez acerca de que "Coinciden los relatos de Carlos Andrés Vallejo Silva y Juan

idóneo para que ello sea así y no de cualquier otra forma». En otras palabras, es el que «alude a la importancia de establecer la condición –o razón– de la verdad de una proposición» o «a la aserción que requiere de otra para ser reconocida como válida».

Pablo Palacio Aguirre, al identificar las principales circunstancias de tiempo, modo y lugar en que observaron a Jhon Fredy Rodríguez Alonso ese mes de agosto de 2020”

El aspecto temporal no fue claramente determinado como lo propone la sentencia. El aspecto temporal hace relación a cuál fue la época o el día en que los dos testigos habrían acompañado a John Fredy Rodríguez a un lugar fuera de la ciudad del Medellín en horas de la madrugada, cuando momentos antes departían licor y droga en el parque de Boston.

La sentencia de forma inexplicada parte de que lo narrado por los testigos ocurrió en el mes de agosto de 2020. Veamos en detalle qué se extrae sobre este punto a partir del interrogatorio cruzado.

El testigo Carlos Andrés Vallejo² contestó una pregunta de la fiscalía acerca de qué se encontraba haciendo el dos de agosto de 2020 en la madrugada y de inmediato se aprestó a narrar la situación de su desplazamiento fuera de la ciudad en compañía de John Fredy Rodríguez a quien conocía como “el mocho” y un conocido con el apodo de “el negro”, en un taxi que tomaron en el sitio donde departían.

La fiscalía no se detuvo en que el testigo explicara qué razón lo llevó a responder con precisión acerca de ese dos de agosto. La defensa sí abordó el asunto en el contrainterrogatorio. La respuesta del testigo habla por sí sola:

“Testigo: la fecha es que la fecha yo no recuerdo en qué fecha estábamos, cuatro, cinco, seis de enero, febrero no sé, yo estaba borracho, mejor dicho. No recuerdo la fecha de lo ocurrido.

² Sesión de juicio oral del 6 de junio de 2022

Defensa: Ud. recuerda donde se encontraba el día dos de agosto del año 2020?

Testigo: No sé en qué fecha habrán sucedido las cosas.

Defensa. ¿O sea que Ud. no recuerda dónde estaba el 2 de agosto del año 2020?

Testigo: Esa fecha yo pude haber estado en otro lado, pero en este momento no recuerdo exactamente cuándo ocurrieron las cosas.

Defensa: ¿Cuáles cosas?

Testigo: Los hechos del señor Jhon Fredy.

Defensa ¿Cuáles hechos del señor Jhon Fredy?

Testigo: Lo que él hizo por allá en la finca. No sé qué fecha era esa y yo no me acuerdo dónde estaba en esa fecha que Ud. me está diciendo.

Defensa ¿O sea que Ud. no recuerda fecha de los hechos en concreto de las cosas que está imputando acá como testigo?

Testigo: No señor."

La defensa hizo luego unas preguntas, asumiendo que lo narrado por el testigo hubiere sucedido el dos de agosto, pero con la constancia de que en esas condiciones seguiría contrainterrogando al testigo.

Ante tan desconcertantes respuestas del testigo acerca de la fecha que acompañó al acusado fuera de Medellín, la fiscalía no rescató al testigo en el interrogatorio re directo, dejando en ciernes la claridad del testigo acerca del esencial aspecto temporal que cuestionó la defensa

y que fue contestado por el testigo con datos imprecisos, por no decir abiertamente confusos.

La declaración de referencia de Juan Pablo Palacio Aguirre³, precisamente por tal carácter tiene limitante para aclarar la época en que él, junto con Carlos Andrés Vallejo, se desplazaron con el acusado fuera de la ciudad. En la lectura que el testigo de acreditación hizo de la declaración de Palacio Aguirre se lee: “eso fue un sábado amanecer domingo a comienzos de agosto de 2020, esa noche yo me encontraba en una esquina con Andrés, le dicen Jamaica, era de noche, en ese momento llegó Fredy”. Dado que en el interrogatorio de Carlos Andrés ya se evidenciaba la inconsistencia resaltada, era momento para que la fiscalía, teniendo a su disposición al testigo que entrevistó al declarante de referencia, hubiese interrogado sobre cómo se produjo la determinación del aspecto temporal en esa entrevista. Sin embargo, la fiscalía no se detuvo en el asunto.

Si en gracia de discusión se obviara la indeterminación acerca de la época en que estos testigos dijeron haber acompañado al acusado fuera de la ciudad, en horas de la madrugada donde los dejó en un sitio mientras incursionaba él solo en un lugar, las imprecisiones y falencias probatorias acerca de varias otras circunstancias impiden que se llegue a la conclusión que entendió probada la sentencia.

4.1.2 La Juez dio por probado que unas prendas encontradas dos días después de los hechos en la parte superior de la finca “Cantarrana” corresponderían a las que habría dejado John Fredy Rodríguez en el lugar dado que según los testigos Carlos Andrés Vallejo y Palacio Aguirre aquella madrugada esta persona se internó en un lugar y luego regresó con otras prendas.

³ Ingresó con el testigo de acreditación Hernán Morales en la sesión del 13 de enero de 2023.

Efectivamente el investigador Hernán Morales dio cuenta del hallazgo de dos prendas de color oscuro en predios de la finca mencionada. El Fotógrafo fijó las prendas en imágenes aportadas en el álbum correspondiente, donde se observa el lugar del hallazgo y las prendas.

Más allá del cuestionamiento de la defensa acerca de la marca comercial de las prendas, la Sala pudo verificar que las mencionadas prendas, que según el mismo investigador fueron rotuladas y recogidas en cadena de custodia, **no fueron llevadas como evidencia al juicio oral**. Tampoco le fueron exhibidas las fotografías a ninguno de los testigos que las mencionaron, precisamente las fotografías fueron ingresadas como prueba después de la práctica de los testimonios de Carlos Andrés Vallejo y Marta Libia Orrego Rodríguez, quienes por distintas razones dijeron estar en la capacidad de reconocer prendas de vestir de propiedad del acusado.

El señor Vallejo dijo que el investigador Hernán Morales le mostró las prendas halladas en la finca. En el mismo sentido se pronunció la testigo Orrego Rodríguez⁴. Lo mismo habría manifestado el testigo de referencia Juan Pablo Palacio. No obstante, como las evidencias no fueron llevadas a juicio para que allí en presencia del Juez y de cara a las partes ocurriera la exhibición, autenticación, verificación de la cadena de custodia y el reconocimiento de las evidencias por parte de los testigos, la Juez no podía tener por cierto que las prendas presuntamente mostradas en unas entrevistas a los testigos por la policía judicial permitieran, con tal procedimiento extra-juicio, formar el conocimiento judicial obligado para la adecuada aducción de evidencias en el debate probatorio y a partir de allí concluir que esas prendas fueron dejadas en el lugar por el acusado después de cometer el crimen.

⁴ Sesión del juicio oral de 10 de octubre de 2022

En verdad, la referencia de la Juez sobre este hecho fue más descriptivo que analítico, pues relacionó la mención de las prendas por parte de los testigos Vallejo y Palacio; relacionó que los testigos dieron cuenta de un cambio de ropa, pero dejó sin redondear una conclusión a partir de lo relacionado. Sin embargo, se entiende que esas evidencias fueron una de las premisas que usó para sustentar la condena, pues antes y después de esa relación la Juez hizo afirmaciones acerca de la responsabilidad del acusado en el crimen.

En todo caso, véase que las prendas halladas fueron objeto de algún tipo de estudio, no especificado, cuyo resultado fue negativo. Llama la atención el no hallazgo de algún tipo de rastro si como lo entiende la sentencia esa ropa se la quitó el procesado después de haber asestado dos heridas con arma blanca a su víctima. Ni cabellos, sangre o cualquier otro vestigio se halló en las prendas.

4.1.3. La siguiente premisa probatoria que ofreció para sustentar la conclusión de responsabilidad fue la siguiente:

“También es de especial consideración que en su relato, Carlos Andrés Vallejo Silva, en forma desprevenida y espontánea señaló que durante el tiempo que esperaba a Jhon Fredy, en un sitio que identificó como un morrito, **escuchó ladrar unos perros**, detalle al cual hicieron alusión igualmente los señores Uriel Orrego, cuando el mismo **Jaime le había manifestado que los perros ladraron mucho en la madrugada**, y el testigo Oswaldo Echeverry, quien ese domingo 2 de agosto de 2020, también en horas tempranas de la mañana estableció contacto telefónico con el señor Jaime, y a través de ese medio notó así mismo **que los perros ladraban** por lo cual lo cuestionó sobre las razones por las que los perros estaban bravos, respondiendo su interlocutor que así estaban desde temprano.

No es causalidad entonces que Carlos Andrés Vallejo, haya aludido a esa situación concreta, ubicado en un sitio donde debía esperar a Jhon Fredy Rodríguez Alonso y que de manera coetánea y sin establecerse conexión alguna, las personas cercanas a Jaime Palacio Escobar den cuenta de ese mismo hecho, siendo lo cierto que cuando, momentos después sin tenerse el dato exacto tuvo ocurrencia el deceso del aludido señor”

Además de la pronunciada contingencia que constituye un dato como el relacionado -el ladrido de unos perros- lo que en verdad descarta la solidez del argumento es que el resto de las premisas aceptadas en la sentencia se soportaran en pruebas que no fueron aportadas de forma adecuada por la fiscalía. En otras palabras, la coincidencia de la alerta de los perros en determinada situación podría haber sido un dato adicional, pero nunca definitivo ni principal, por las serias deficiencias que se vienen describiendo en relación con las pruebas de cargo.

4.1.4. En relación con el testigo Carlos Andrés Vallejo la sentencia expresó, para respaldar la condena:

“Incluso, logra verificarse de manera objetiva lo relatado por este último testigo, quien habiendo continuado solo con el procesado hasta un punto más adelante, tuvo la oportunidad de escuchar *un ruido similar a pólvora o a un disparo* que sería finalmente el momento en que el acusado disparó a su víctima.”

“Y, por lo tanto, mientras Carlos Andrés Vallejo lo esperaba en ese sitio alejado, pero no muy distante de los demás, Rodríguez Alonso ingresó de manera furtiva por un sitio no permitido de la finca, para luego llegar al kiosco donde se encontraba Palacio Escobar, *propinándole dos heridas con arma blanca y dos heridas con arma de fuego.*”

Veamos qué expresó el testigo Vallejo en relación con *el ruido* que dijo haber escuchado mientras esperaba a Rodríguez Alonso. Al interrogatorio directo expresó

“El ruido fue una especie de tiro, yo de bala no es que conozca mucho, y sí escuché como *paa*. Y luego yo no le paré bolas. Y ya cuando el señor fiscal⁵ me citó me dijo que si sería un tiro y yo le dije que no sé. No sé conocer qué es un tiro. El sonido lejos ni cerca.”

La sentencia da por cierto que el testigo escuchó un disparo a pesar de que las expresiones del testigo fueron altamente dubitativas al respecto. No solo dubitativas. El relato indicaría que quien sugirió que el ruido que dijo haber escuchado pudo ser un tiro, fue quien se encargó de entrevistarlo. Así se desprende de la respuesta del testigo: “Y ya cuando el señor fiscal me citó me dijo que si sería un tiro y yo le dije que no sé conocer qué es un tiro”.

A pesar de ello la Juez se basó en ese relato para asegurar que “mientras Carlos Andrés Vallejo lo esperaba en ese sitio alejado, pero no muy distante de los demás, Rodríguez Alonso ingresó de manera furtiva por un sitio no permitido de la finca, para luego llegar al kiosco donde se encontraba Palacio Escobar, propinándole dos heridas con arma blanca y dos heridas con arma de fuego”

No se comprende cómo de la deficiente relación de lo expuesto por el testigo acerca del sonido que dijo haber escuchado se puede derivar que este relato coincide con el momento en que el acusado estaba “propinándole dos heridas con arma blanca y dos con arma de fuego”

El investigador Hernán Morales dio cuenta de que cerca al cadáver se encontraron dos elementos: Una vainilla y un cuchillo. Según el

⁵ El testigo se refiere como fiscal al investigador Hernán Morales.

investigador fueron enviados para su estudio- no se especificó con exactitud qué tipo de estudio- con resultados negativos.

De esta manera, a pesar de que la fiscalía dio cuenta del hallazgo de estas evidencias, de ellas no se puede derivar conclusión que refuerce la teoría del caso de la fiscalía, pues no se informó si la vainilla correspondía a los proyectiles que causaron la muerte de Jaime Palacio.

El cuchillo fue objeto de algún análisis- no especificado por el investigador- con resultado negativos.

Así las cosas, a partir de la ausencia de hallazgos en dichas evidencias no se puede derivar argumento a favor del condenado, pero, obviamente, tampoco en su contra.

4.1.5 La sentencia refiere dos circunstancias que habrían facilitado la comisión del crimen al acusado: (i) que conocía la finca de la víctima y que con tal conocimiento pudo saber de puntos distintos a la entrada principal por dónde acceder para lograr su cometido criminal, y (ii) que sabía que el señor Jaime Palacio estaba acompañado entre semana y permanecía solo los fines de semana. Reconoce que tales circunstancias las conocían otras personas por lo que no serían unívocas en el señalamiento, pero finalmente las utiliza arguyendo que de esa información sí se valió el acusado por cuanto su falta de univocidad se reforzaría con las demás premisas ofrecidas en la sentencia.

Si como se viene detallando, las premisas que ofreció la sentencia no se aprecian sólidas, el argumento decae pues como allí se acepta estas circunstancias solo servirían en una valoración positiva de responsabilidad con el resto de elementos de prueba, que el análisis

del Tribunal encuentra insuficiente, en especial por la precaria labor probatoria de la fiscalía.

4.1.6. En relación con las pruebas de descargo, los testimonios de la esposa, del hijo del acusado, del acusado y de los videos aportados por el investigador de la defensa, la sentencia afirmó:

“la información acopiada a partir de esas pruebas no le resta mérito a las pruebas de cargo analizadas porque en realidad el tiempo en que se observa a quien afirma el investigador de la defensa, se trata del acusado, no excluye aquella oportunidad con que contó Rodríguez Alonso para desplazarse a jurisdicción de El Carmen de Viboral a la Finca Cantarrana donde se ubicaba el señor Jaime Palacio. Recuérdese que el íter criminis comenzó a materializarse desde horas de la madrugada a eso de las cuatro de la mañana aproximadamente como es calculado por los testigos Carlos Andrés Vallejo y Juan Pablo Palacio, y se concluyó cuando ya había salido la luz del sol, **lo que permite indicar que fácilmente a eso de las nueve de la mañana Fredy había regresado a su casa**” (negrilla del Tribunal).

La cuestión abordada en esta premisa de la sentencia es el aspecto temporal en relación con la prueba que indicaría la posibilidad de que el acusado estuviere presente en el municipio del Carmen de Viboral finca “cantarrana” al momento del crimen.

En el numeral 4.1.1 ya se explicó las dificultades para dar por probado que el testigo hubiese dado cuenta de que el relato sucediera el dos de agosto de 2020. De nuevo, si en gracia de discusión se aceptara que se tratase de esa fecha, la comparación de los testimonios de cargo es ciertamente inconsistente sobre las circunstancias temporales.

Según acepta la sentencia, los testigos de cargo dieron cuenta que hacia las cuatro de la mañana se habrían encontrado los dos testigos,

Carlos Alberto y Juan Pablo, con el acusado y un taxista en el parque del Barrio Boston de la ciudad de Medellín. De allí se habrían desplazado hasta la vereda Quirama en donde se ubica la finca Cantarrana, sitio en que se encontraba el señor Jaime Palacio. La sentencia señala que, si desde esa hora comenzó el desplazamiento, a las nueve de la mañana el acusado ya habría podido estar en Medellín de nuevo.

De tales circunstancias es necesario realizar algunas precisiones que ponen en cuestión la conclusión de que en ese lapso el condenado pudo consumar el crimen de Jaime Palacio.

El señor Uriel Orrego⁶ dio cuenta de que habló con Jaime Palacio más o menos entre 7:30 y 8:00 de la mañana del dos de agosto de 2020. Por su parte Oswaldo Echeverri⁷ dio cuenta que habló con Jaime Palacio hacia las 8:30 de la mañana.

Estos datos aportados por testigos de cargo dificultan afirmar, como lo hace la sentencia, que, si la víctima se encontraba aún con vida a las ocho u ocho y media de la mañana, el acusado pudiera haber estado a las nueve de la mañana en el barrio Boston de la ciudad de Medellín.

Tal posibilidad no se corrobora con otros datos expresados por el testigo Carlos Alberto Vallejo, como los siguientes: (i) que cuando llegaron al lugar, y se dispuso a esperar al acusado, aún estaba oscuro; (ii) que cuando John Fredy salió de ese lugar se mantenía esa oscuridad; (iii) que en el sitio en que se internó John Fredy tardó allí más o menos media hora (iv) que cuando retornaron a Medellín por el Barrio Zamora ya había amanecido. Este último dato pareciera sugerir el amanecer era reciente. Estas circunstancias indicarían que el acusado, según la versión del testigo Vallejo, tuvo que haber asesinado a Jaime Palacio

⁶ Sesión de juicio oral del dos de noviembre del 2021

⁷ Sesión de juicio oral del 9 de agosto 2022

en la madrugada o el amanecer, dato que no concuerda con el hecho probado de que se encontraba con vida hacia las 8:00 de la mañana.

Además, si se quisieran relativizar esas circunstancias, véase que, si Jaime Palacio estaba vivo a las 8:00 u 8:30 a.m. y el acusado ya estaba en Medellín a las 9:00 a.m. de ese mismo día, tuvo que haber: hallado su víctima, asestado dos disparos y dos heridas con arma blanca, bañarse las manos, cambiarse de ropa, llegar hasta donde lo esperaba Carlos Andrés, desplazarse hasta el taxi, tomar rumbo hacia Medellín desde el municipio del Carmen de Viboral, pasar por el Barrio Zamora y llegar al barrio Boston, todo esto en, más o menos, media hora, si es que se acepta la conclusión de la Juez de que ya estaba allí a eso de la nueve de la mañana.

La Sala no puede utilizar algún conocimiento personal acerca de la distancia entre los dos puntos, solo sería prudente anotar que el municipio de Carmen queda ubicado en el oriente del departamento, por fuera el área metropolitana del Valle del Aburrá. Era carga de la fiscalía probar, en estas específicas condiciones, la capacidad del acusado de estar en esos dos lugares en las condiciones que se ofrecen en la prueba.

4.1.7. Con la evaluación de los videos aportados por la defensa se verifica que la sentencia afirmó como probados dos hechos que se contradicen entre sí. En un aparte de la sentencia se concluye: **“lo que permite indicar que fácilmente a eso de las nueve de la mañana Fredy había regresado a su casa”**.

No obstante, al analizar los videos aportados por la defensa la Juez cuestiona que el acusado pudiese ser la persona que aparecen en la grabación abriendo su negocio a las 9:17 de la mañana del 2 de agosto de 2020 y el día anterior en el mismo lugar, pero previamente

acepta que sí pudiera ser quien se observa en horas de la noche del 1 de agosto de 2020. La defensa sostiene, con la versión de tres testimonios y el investigador, que el acusado abrió su local en el barrio Boston hacía las nueve de la mañana del 2 de agosto de 2020.

En la sentencia se afirma: “En su lugar, lo que evidencia el video incorporado como prueba documental por parte de la defensa, es que, para ese primero de agosto de 2020, quien señalan en la imagen como Jhon Fredy Rodríguez Alonso, se encuentra vestido con un pantalón y camiseta negros, descripción que concuerda con la realizada por el testigo Carlos Andrés Vallejo para esa fecha que dice haber acompañado a Fredy en las horas de la madrugada a un sitio por fuera de la ciudad de Medellín, oportunidad en que también estaba presente Juan Pablo alias el negro.

Así mismo, la imagen que data del 2 de agosto de 2020, domingo, muestra a una persona que dice el testigo de la defensa se trata de Rodríguez Alonso, sin embargo, observada en detalle, dista mucho de las características fenotípicas observadas a simple vista en el video que corresponde al día anterior, tratándose de una persona de contextura más gruesa y cuyo modo de caminar no es el mismo que el percibido frente a la persona observada en el video del primero de agosto, de ahí que no sea suficiente la afirmación que hace en su declaración el investigador Mario Alberto Rojas, en el sentido de constarle que esas imágenes del primero y 2 de agosto de 2020, registran sin duda alguna al procesado, insístase, de ello según lo percibido en el juicio no se tiene certeza.”

La Sala observó en detalle las grabaciones aportadas por el investigador de la defensa Mario Alberto Rojas⁸ quien acreditó la evidencia.

⁸ Sesión de juicio oral de dos de febrero de 2023.

Se exhibieron tres fragmentos de video: dos de la noche del 1 de agosto de 2020 y uno de la mañana del 2 de agosto de 2020, unos minutos después de las 9:00 a.m.

En el primer y segundo segmento del 1 de agosto, el testigo relaciona y señala tres personas. Uno sería el acusado, otra su esposa y la tercera sería la hija de aquellos. Se estableció por varios testigos que el acusado atendía un negocio – supermercado- en el barrio Boston. La grabación, según el testigo de acreditación, se obtuvo de las cámaras públicas de seguridad en las que se alcanza a percibir lo que sería el portón del negocio.

En el primer fragmento se observan dos personas saliendo de un local. El hombre que según el testigo corresponde al acusado va vestido de una camiseta de un color claro y un pantalón oscuro.

En el segundo segmento se señalan tres personas, entre ellas un hombre que correspondería al acusado quien se percibe con una camiseta de color claro y unos pantalones cortos. No se encuentra entonces el fundamento fáctico para afirmar, como se hizo en la sentencia que allí se ve a: “quien señalan en la imagen como Jhon Fredy Rodríguez Alonso, **se encuentra vestido con un pantalón y camiseta negros**, descripción que concuerda con la realizada por el testigo Carlos Andrés Vallejo para esa fecha que dice haber acompañado a Fredy en las horas de la madrugada a un sitio por fuera de la ciudad de Medellín”

En el tercer fragmento del día dos de agosto se observa un hombre que se dirige al mismo local a las 9: 17 minutos de la mañana, se percibe a una persona que correspondería a un hombre con un pantalón oscuro y una camiseta gris. La sentencia cuestiona la posibilidad de que la persona que allí se observa sea el acusado. Advierte que se trata de

una persona de una contextura mayor que el observado en la grabación del día anterior.

Esta conclusión presenta varias dificultades. La fiscalía no cuestionó al testigo de que la persona de esta grabación pudiera no ser el acusado, de forma que la propuesta de la Juez parte de una apreciación no debatida en juicio y no cuestionada por la fiscalía. Más allá de esta falencia se tiene que el video del segundo día muestra en pocos segundos la presencia de una persona al parecer de sexo masculino, ya de día y con otro tipo de indumentaria. En esas condiciones resulta difícil llegar a la conclusión propuesta unilateralmente por la Juez y, se insiste, sin ningún tipo de controversia por las partes.

Véase que en cualquier caso la sentencia da por probado dos hechos no compatibles: que el acusado ya estaba en el barrio Boston de Medellín hacia las nueve de la mañana y a la vez que él no era la persona que estaba abriendo su negocio a la misma hora.

En conclusión y resumen de las consideraciones ofrecidas por el Tribunal: la fiscalía tenía como prueba de cargo relevante el testimonio de Carlos Alberto Vallejo y el testimonio de referencia de Juan Pablo Palacio junto con el testigo que lo entrevistó. Contaba como evidencia con una ropa abandonada, hallada cerca del lugar del crimen, una vainilla y un cuchillo.

También contaba con el testimonio de Martha Libia Orrego, quien hizo clara expresión de conocer las prendas que utilizaba el acusado. Sin embargo, la fiscalía no utilizó la evidencia en juicio oral para colmar las evidentes falencias que se han reseñado en la declaración de Carlos Alberto Vallejo. Ni a él ni a la testigo Marta Orrego se le exhibieron las evidencias en el curso de su testimonio en el juicio oral. El resultado negativo de las evidencias en relación con los estudios que se ordenaron no puede desecharse como intrascendente para la

evaluación de la tarea investigativa y utilizarlo como argumento a favor de la teoría del caso de la fiscalía.

En estas condiciones, fue la precariedad en la labor acusatoria la que obliga al Tribunal a hacer prevalecer el principio de la duda en favor del acusado⁹, en tanto no se logró llevar un conocimiento suficiente, más allá de duda razonable, estándar probatorio previsto en el artículo 381 del C.P.P para imponer una sentencia de condena.

Sin necesidad de otras consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia condenatoria del 27 de marzo del año 2023, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia en contra de JHON FREDY RODRÍGUEZ ALONSO, como autor de un concurso de delitos de homicidio agravado artículo 103-104-7 y porte ilegal de arma de fuego artículo 365 del C.P.

SEGUNDO: En su lugar se **ABSUELVE** al acusado por los hechos y delitos objeto de la acusación. **Se ordena proferir orden de libertad** en su favor, la que se hará efectiva si no existe requerimiento de otra autoridad judicial. Se **expedirán las comunicaciones** de rigor.

⁹ “En otras palabras, el proceso de prueba puede concluir sin un resultado claro. La necesidad que tiene el Juez de resolver a pesar del resultado estéril queda entonces cubierta por el reconocimiento de las reglas legales de decisión que indican al Juez en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El in dubio pro reo en el proceso penal y, en general las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas.” Gascón Abellán, Marina. Cuestiones probatorias. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado N° 61. 2012. Pág. 75

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **d3dde621e9c688fa76d12d14760fe07bc5ec030d503446512f361ff5b4cab822**

Documento generado en 03/08/2023 02:20:24 PM

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