

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 145

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
2023-1313-1	Tutela 2° instancia	DEIBY MILENA DURANGO LONDOÑO	SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Agosto 17 de 2023
2022-1249-2	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	ELSY DEL SOCORRO BUESAQUILLO BONILLA Y OTROS	Declara desierto recurso de reposición	Agosto 17 de 2023
2023-1367-2	Tutela 2° instancia	IVÁN ENRIQUE CHAVERRA PINO	COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Agosto 17 de 2023
2023-1476-2	Decision de Plano	HOMICIDIO Y OTRO	NELSON ENRIQUE ARENAS QUIÑONES	Declara infundado impedimento	Agosto 17 de 2023
2023-1369-2	auto ley 906	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	J.S.C.U	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 17 de 2023
2023-1504-3	Tutela 1° instancia	EVER DE JESÚS OROZCO GRISALES	DIRECCION SECCIONAL DEL FISCALIAS DE BOGOTA Y OTROS	Admite tutela. Niega medida previa	Agosto 17 de 2023
2023-1510-3	Tutela 1° instancia	FREDY CONTRERAS GALEANO	.	inadmite acción de tutela	Agosto 17 de 2023
2023-1263-3	Tutela 2° instancia	JOAN SEBASTIÁN TORO SERNA	UARIV	modifica fallo de 1° instancia	Agosto 17 de 2023
2023-1401-3	Tutela 1° instancia	GABRIEL ANTONIO ATEHORTÚA GAVIRIA	JUZGADO 4° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Deniega por hecho superado	Agosto 17 de 2023
2023-0308-4	auto ley 906	FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO	VIANOR ANTONIO ATENCIO CANOLES	Revoca auto de 1° instancia	Agosto 17 de 2023
2023-1390-4	accion de revision	RUBÉN DARÍO ROJAS TAMAYO	JUZGADO 4° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA	inadmite acción de tutela	Agosto 17 de 2023
2023-1477-4	Consulta a desacato	SERGIO HUMBERTO CADAVID BEDOYA	UARIV	confirma sanción impuesta	Agosto 17 de 2023
2023-0526-6	auto ley 906	RECEPTACION Y OTROS	JAIME ALEJANDRO SUAREZ	Decreta nulidad	Agosto 17 de 2023

2023-1448-6	Recurso de Queja	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	CIELO DELSY ARANGO VALDERRAMA	Declara improcedente recurso de queja	Agosto 17 de 2023
2023-13776	Tutela 1ª instancia	ANDRÉS FELIPE MONSALVE PÉREZ	JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA Y OTROS	Deniega por hecho superado	Agosto 17 de 2023
2023-1149-2	auto ley 906	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	CARLOS ALBERTO MUÑOZ CASTAÑO	Decreta nulidad	Agosto 17 de 2023
2023-1270-5	sentencia 2ª instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	ANA MARÍA BETANCUR ARBOLEDA	Confirma sentencia de 1° Instancia	Agosto 17 de 2023
2023-1276-5	sentencia 2ª instancia	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	JENNIFER SÁNCHEZ SUÁRES Y OTROS	Confirma sentencia de 1° Instancia	Agosto 17 de 2023
2023-0534-5	sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	WILLIAM DE JESÚS URREGO BEDOYA	Confirma sentencia de 1° Instancia	Agosto 17 de 2023
2023-1046-5	sentencia 2ª instancia	OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR	HÉCTOR JAIME QUINCHÍA ARANGO	Confirma sentencia de 1° Instancia	Agosto 17 de 2023

FIJADO, HOY 18 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, diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 170

PROCESO : 05234 31 89 001 2023 00108 (2023-1313-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : DEIBY MILENA DURANGO LONDOÑO
ACCIONADO : SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE S.A.S Y OTROS
PROVIDENCIA: FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la señora DEIBY MILENA DURANGO LONDOÑO en contra de la sentencia del 05 de julio de 2023 emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba, Antioquia, mediante la cual declaró improcedente la solicitud de amparo.

LA DEMANDA

Manifestó la accionante que fue empleada de Servimax Servicios Temporales Est S.A.S prestando sus servicios como auxiliar de enfermería en el Hospital Nuestra Señora del Perpetuo Socorro de Dabeiba bajo la modalidad de contrato individual por obra o labor, cuyo último contrato tenía un plazo estimado de 5 meses, con fecha de inicio el 01 febrero de 2022 y terminación el 30 de junio de 2022.

Informó que, en el mes de octubre de 2021, quedó en embarazo y

solo se enteró de su estado en el mes de febrero de 2022, que debido a sus complicaciones de salud fue necesario llevar a cabo un parto inducido, por lo que su hijo nació el 28 de julio de 2022, en el Hospital San Vicente de Paul, en Medellín.

Argumentó que su estado de embarazo fue de alto riesgo y que regresó al municipio de Dabeiba a las oficinas de la empresa ya que no se le estaba cancelando su licencia de maternidad, en esa ocasión le indicaron que no se podía cancelar su licencia porque la empresa Servimax Servicios Temporales EST S.A.S, tenían problemas internos.

Afirmó que entre el 01 de julio y 14 de octubre de 2022 Servimax Servicios Temporales Est S.A.S no cumplió las obligaciones laborales de renovar su contrato, teniendo en cuenta que se encontraba dentro del fuero de maternidad e incumplió las obligaciones de pagar las obligaciones de seguridad social, de conformidad con la ley, adeudando a la fecha tales emolumentos así como también la indemnización por despido sin justa causa y multa por despido ilegal de mujer embarazada que prevé el numeral 3 del artículo 239 del código sustantivo del trabajo, así como las prestaciones sociales correspondiente a vacaciones, prima de servicios, cesantías, intereses sobre las cesantías y la sanción por mora en dicho pago acreditado la mala fe por parte de la empresa por actuar sin observancia de las prohibiciones que establece el Código Sustantivo del Trabajo y Jurisprudencia Constitucional.

Indicó que en varias ocasiones ha intentado comunicarse para obtener una respuesta de fondo en el cual se le indique una fecha cierta, plazo razonable en el cual se verá materializado el pago de

todas las acreencias laborales sin obtener respuesta.

Aseveró que el 30 de marzo de 2023 se llevó a cabo audiencia de conciliación en donde si bien no fue citada, acudió para hacer valer sus derechos laborales, pero ninguna de las dos entidades accionadas tuvo animo conciliatorio.

Adujo que no cuenta con recursos para hacer valer sus derechos laborales mediante un proceso jurídico y a lo largo de este año ha tenido que costear los gastos de su hijo con ayudas económicas de terceros, teniendo en cuenta que durante la mayor parte del año pasado quedó sin trabajo y no se le brindaron las garantías que por derecho le correspondían.

Solicitó se amparen los derechos fundamentales invocados y como consecuencia se ordene el pago todos los salarios, prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación 01 de Julio hasta el momento actual o hasta la terminación del contrato inmediatamente siguiente, así mismo ordene que se paguen los aportes al sistema general de seguridad social (salud, pensión, riesgos laborales) desde el momento de su desvinculación hasta el momento actual.

LAS RESPUESTAS

1.- El Ministerio del Trabajo, en su contestación oportuna manifestó que, revisadas las bases de datos de la coordinación grupo de atención al ciudadano y trámites del Ministerio del Trabajo de los años 2021 y 2022, y lo que va del 2023, no aparece solicitud de la empresa Sociedad de Activos Especiales S.A.E S.A.S y Servimax Servicios Temporales, para que fuera

autorizada la terminación laboral con la señora Deiby Milena Durango Londoño.

Indicó que buscó en el gestor documental de la de señora Deiby Milena Durango Londoño no ha radicado querrela y/o queja en contra de la empresa Sociedad de Activos Especiales y Servimax Servicios Temporales EST S.A.S, ni solicitó amparo de pobreza.

2.- La Fiscalía 54 Adscrita al Grupo Especial para Investigación y Judicialización de Delitos Económicos- Financieros, expuso inicialmente aclaración de los antecedentes de la acción de extinción de dominio, explicando que, mediante Resolución del 12 de septiembre de 2022, en el radicado 11001 60 99068 2021 00314, decretó medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y toma de posesión de haberes y negocios de sociedades, entre otro; de varios establecimientos de comercio, entre ellos la sociedad comercial denominada Servimax Servicios Temporales E.S.T. S.A.S; llevándose a cabo la diligencia y entregando la mencionada entidad accionada a la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. "SAE S.A.S.", entidad que por mandato legal administra los bienes que son objeto de esas medidas y que son procesos de naturaleza extintiva.

Informó que mediante correo electrónico remitió el pasado viernes 9 de junio por la Gerencia de Sociedades Activas de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S, que la entidad nombró mediante Resolución No.1303 del 9 de diciembre de 2022, como depositario provisional para la administración de la sociedad Servimax Servicios Temporales E.S.T S.A.S, a la representante legal Nohora Cecilia Medina Galeano.

Manifestó que corresponde a la Sociedad de Activos Especiales S.A.S, a través de su depositario provisional que haya designado para continuar la administración de la sociedad Servimax Servicios Temporales E.ST S.A.S.

3.- La depositaria Nohora Cecilia Medina Galeano argumentó que la acción propuesta excede el término razonable no viendo el perjuicio inminente ya que es después de casi un año que la misma se interpone. Que mediante la Resolución No. 1303 de fecha 9 de diciembre de 2022 se le nombró depositaria provisional para la administración de la sociedad Servimax Servicios Temporales E.S.T. S.A.S y que a la fecha se encuentran desplegando labores correspondientes para sanear toda la situación laboral de los trabajadores de la empresa intervenida.

4.- El Hospital San Vicente, refirió que, según los registros de información, la paciente registra un episodio de hospitalización desde el 26 de julio al 4 de agosto del 2022 donde le enviaron el siguiente plan. “Alta con recomendaciones de cuidado en casa y sobre la importancia de tomar los medicamentos. Fórmula médica con, ácido acetilsalicílico 100 mg al día, tomar de forma indefinida. Clopidogrel 75 mg día, por un mes, luego suspender. Ecocardiograma de control en 1 mes Cita de control por Cardiología en un mes”

Informó que, respecto al pago de prestaciones sociales y salarios, el Hospital no está habilitado para ello, por tanto, es necesario que se realice la solicitud a las entidades correspondientes, quienes son las responsables de realizar lo solicitado.

5.- La Sociedad de Activos Especiales, en su escrito de contestación, indicó que las erogaciones pretendidas por la parte

demandante se desprenden de una supuesta relación laboral, entablada con Servimax Servicios Temporales EST S.A.S que, a pesar de haber sido objeto de un proceso de extinción de dominio, no por ello deja de ser el verdadero empleador y el obligado directo sobre las acreencias laborales.

Afirmó que como quiera que entre la parte accionante y su representada nunca surgió relación laboral en tanto si la parte accionante desarrolló alguna actividad, no fue en beneficio de SAE S.A.S, ni bajo su poder subordinante y mucho menos bajo remuneración por parte de esta última, por tanto, no puede ahora reclamar el pago de las obligaciones dejadas de pagar por un tercero como empleador. Por lo que considera que es inviable la solicitud que hace la parte accionante al pretender que sea SAE S.A.S. quien pague las obligaciones laborales dejadas de pagar por Servimax Servicios Temporales EST S.A.S, por tanto, se impone la improcedencia de la acción de tutela.

6.- La Coosalud EPS argumentó que la entidad no ha vulnerado ningún derecho de la usuaria, por el contrario, ha actuado de manera oportuna de acuerdo con los lineamientos establecidos en la normatividad vigente. De manera que se procedente el concepto la falta de legitimación de la acusa por pasiva, puesto que esa entidad no se encuentra vulnerando ningún derecho del afiliado.

EL FALLO IMPUGNADO

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

“...En el caso bajo estudio se tiene que la accionante reclama la protección de su derecho fundamental a la vida, salud, estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, presuntamente vulnerado por SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE S.A.S SERVIMAX SERVICIOS TEMPORALES EST S.A.S, en tanto omitió renovar su contrato laboral, pese a que se encontraba con fuero de maternidad.

Analizadas las pruebas obrantes en el expediente, se observa que la señora DEIBY MILENA DURANGO LONDOÑO, suscribió con SERVIMAX SERVICIOS TEMPORALES EST S.A.S, contrato por duración de la obra o labor, con fecha de inicio del 1 de febrero de 2022 y terminación el 30 de junio de 2022.

Se verifica además que la accionante dio a luz a su hijo el día 28 de julio de 2022, es decir 28 días después de haberse finiquitado la relación laboral, sin embargo, COOSALUD EPS, le reconoció la licencia de maternidad correspondiente a los 126 días, siendo cancelado a la empresa SERVIMAX SERVICIOS TEMPORALES EST S.A.S el 16 de septiembre de 2022. Que debido a que la empresa accionada no había realizado el pago de la licencia a la señora Deiby Milena, para el día 21 de octubre de 2022 la afectada interpuso acción de tutela solicitando le fuera cancelada su licencia, por consiguiente, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Dabeiba, profirió la sentencia No. 028 del 8 de noviembre de 2022, a través de la cual tuteló los derechos invocados y ordenó a la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. “SAE S.A.S.”, realizar el reintegro y devolución de los dineros retenidos con ocasión de la intervención de la Fiscalía 54 delegada a la empresa SERVIMAX SERVICIOS TEMPORALES EST S.A.S y que fueron producto del pago de la licencia de maternidad; esta decisión fue confirmada en segunda instancia por este despacho a través de la sentencia No. 113 del 15 de diciembre de 2022.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que ha transcurrido casi un año desde la terminación del contrato de obra o labor, hasta la interposición de la presente acción, como quiera que el contrato finalizó el 30 de junio de 2022 y la acción fue radicada el 20 de junio de 2023.

Ahora bien, sería el caso proceder con el estudio de fondo sobre la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora, si no fuera porque en el presente caso se observa, que no se cumplen con los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela, en lo que respecta al requisito de la inmediatez.

Frente al requisito de inmediatez el Alto Tribunal Constitucional ha establecido que procede dentro de un término “razonable y proporcionado” a partir del hecho que originó la vulneración; así, cuando el titular de manera negligente ha dejado pasar un tiempo excesivo o irrazonable desde la actuación irregular que trasgrede sus derechos, se pierde la razón de ser del amparo y consecuentemente su procedibilidad.

Cierto es que no existe un plazo perentorio o determinante para interponer la acción de tutela, de manera que la prudencia del término debe ser analizado por el juez en cada caso atendiendo a las particulares circunstancias fácticas y jurídicas del asunto; de ahí que, si el lapso es prolongado, deba ponderar si:

- (i) que exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes;
- (ii) que la inactividad justificada no vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión;

(iii) que exista un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado y;

(iv) que el fundamento de la acción de tutela surja después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma, en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.¹

Ahora bien, tal como se indicó en la precedencia, para establecer el cumplimiento del requisito de la inmediatez en las acciones de tutela encaminadas a obtener la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo, la Corte Constitucional ha evaluado dos aspectos: (i) el lapso entre el despido y la interposición de la acción de tutela debe ser razonable y (ii) el momento en que se presenta el amparo debe ser oportuno en relación con el embarazo y los meses posteriores al parto.²

En el presente asunto no se observa justificación alguna sobre la inactividad de la señora DEIBY MILENA DURANGO LONDOÑO, para no haber interpuesto la presente acción en un término oportuno; mírese que la señora Deiby para la fecha del vencimiento del contrato aún no había dado a luz a su bebé, pues para el día 26 de julio de 2022, reportó el ingreso en las instalaciones del Hospital San Vicente Fundación de Medellín-Antioquia para su trabajo de parto, y el contrato venció el 30 de junio de 2022, por lo que pudo advertir esta situación previamente y haber desplegado las acciones de amparo correspondientes.

Frente al segundo cuestionamiento, según el cual debe existir un término prudente entre la radicación de la acción y los meses posteriores al parto, se evidencia que la señora Deiby, dio a luz a su bebé el 28 de julio de 2022, y la tutela la presentó el 20 de junio de 2023, no encontrándose a la fecha en licencia de maternidad, ni en periodo de lactancia, pues se reitera, ha pasado casi un año desde la terminación de su contrato y no obra justificación alguna de su inactividad para presentar la acción. Téngase en cuenta además que la señora Deiby durante el periodo de licencia presentó acción de tutela en contra de la misma accionada solicitando el pago de su licencia de maternidad, así mismo instauró incidente de desacato para exigir su cumplimiento, lo que quiere decir que la actora se encontraba en la capacidad de promover el presente mecanismo constitucional para la protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad; sin embargo dejó transcurrir más del término razonable.

Bajo el entendido Jurisprudencial según la cual, le corresponde la carga argumentativa a quien instaura la acción, a fin de determinar que no existe una tardanza injustificada o irrazonable al momento de acudir a la acción de tutela, se concluye que la accionante no cumplió con la obligación de establecer las razones por las cuales dejó transcurrir casi un año desde que se dio por terminado el contrato laboral para la radicación de la acción; si bien la accionante manifestó que su embarazo fue de alto riesgo, no solo dejó transcurrir el término de su licencia de maternidad, si no de su periodo de lactancia para instaurar el mecanismo de amparo; a su vez se evidencia que durante el término transcurrido si presentó acción de tutela para la protección de otros derechos fundamentales, no ejerciéndolo así para la defensa de su

¹ Sentencia T-695/17

² Sentencia SU 075/18

derecho a la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad; adicionalmente se advierte que la licencia de maternidad fue debidamente pagada a la señora Deiby, por lo que no se infiere que se cause un perjuicio irremediable.

En consecuencia, se declarará improcedente la acción invocada, por no encontrarse llenado el presupuesto de inmediatez, por lo que se releva al constitucional de pronunciarse más a fondo respecto a los derechos invocados...”

LA IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó la decisión indicando que aún cuando por varios medios y en varias oportunidades ha intentado hacer valer sus derechos siguen negando sus derechos y que la carga en ese sentido debería ser proporcional teniendo en cuenta que las razones que no le llevaron a interponer acción de tutela anteriormente no es otra que no contar con los recursos económicos para asesorarse con un profesional en derecho y esperanza y mera expectativa de que sus acreencias laborales serían reconocidas.

Manifestó que es cierto que dio a luz el 28 de julio de 2022; es decir, 28 días después de haberse finiquitado la relación laboral y que Coosalud EPS le reconoció la licencia de maternidad; sin embargo, es erróneo que la empresa Servimax Servicios Temporales EST S.A.S., el 16 de septiembre de 2022 le hayan cancelado dicha licencia de maternidad pues al no tener recursos económicos acudió donde el defensor del pueblo, quien le redactó escrito de tutela cuya pretensión buscaba que era el pago de su licencia de maternidad cuyo fallo protegió sus derechos el 22 de noviembre de 2022, viendo que la tutela, ni los correos enviados al juzgado, comunicando incumplimiento, tuvieron efecto perdió la esperanza.

Afirmó que solo hasta el 3 de mayo de 2023 y mediante abogado que radicó incidente de desacato y el Juzgado Primero Promiscuo Municipal sancionó a la empresa Servimax Servicios Temporales E.S.T. y finalmente materializó el pago de su licencia de maternidad lo cual evidencia una vulneración de sus derechos fundamentales.

Informó que si bien el A quo dijo que han transcurrido casi un año desde que terminó unilateralmente el contrato de trabajo hasta que se radicó la acción de tutela no puede entender que ha estado inactiva para hacer valer sus derechos pues acudió ante un defensor del pueblo a poner la queja respecto de las vulneraciones de sus derechos, quien determinó procedente radicar la acción de tutela para reclamar el pago de su licencia de maternidad pero obvió reclamar las demás acreencias laborales pues como lo ha manifestado no cuenta con conocimientos en derecho y debido a que estaba sin trabajo le resultaba imposible asumir el pago de un profesional en derecho que le asesorara al respecto.

Expresó que a todos los trabajadores de Servimax Servicios Temporales E.S.T. los citaron a audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo el 30 de marzo de 2023 a excepción de ella por lo cual tuvo que presentarse a reclamar sus derechos los cuales por no ser citada se le iba a negar su intervención, por lo que le otorgó poder a un abogado y fue quien permitió que se escucharan sus pretensiones pero las empresas demandadas manifestaron no tener ánimo conciliatorio, además en múltiples oportunidades envió correos y acudió de manera presencial a solicita el pago de sus acreencias laborales sin respuestas.

Dijo que en el mes de mayo de 2023 la empresa Servimax Servicios Temporales intervenida por la SAE, citó a todos los trabajadores a excepción de ella para comunicarles que iban a llevar a cabo el proceso de liquidaciones y pago de acreencias laborales siendo su caso el único en donde ni enviaron liquidación ni le pagaron las acreencias laborales por despido ilegal de mujer embarazada, indemnización por despido sin justa causa, prestaciones sociales y sanción por mora en el pago.

Mencionó que el Juzgado Promiscuo del Circuito no tuvo en cuenta en el momento de decidir sobre sus pretensiones pues si bien la tutela se radico dentro del término de un año guarda justificación en que a lo largo del año siguen vulnerando sus derechos al mínimo vital, seguridad social, estabilidad laboral reforzada, dignidad humana y que es sujeto de especial protección desconociendo el reconocimiento al pago de las acreencias laborales que le adeudan y si bien, es cierto que antes acudió al juez constitucional para el pago de su licencia de maternidad, sin mala fe el defensor del pueblo de Dabeiba consideró que vía tutela solo procedía la protección de la licencia de maternidad.

Solicitó que se revoque el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Dabeiba; en consecuencia, se amparen sus derechos fundamentales vulnerados por la empresa Servimax Servicios Temporales E.S.T. y la depositaria de Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S.

Refirió que en estos asuntos como mecanismo preferente, se ha justificado dado que, si bien en la jurisdicción ordinaria existe un mecanismo para resolver las pretensiones de reintegro y pago de

acreencias laborales, ese no tiene un carácter sumario para restablecer los derechos de sujetos de especial protección constitucional amparados por la estabilidad laboral reforzada como es su caso, pues precisamente en razón a su condición económica tuvo que acudir ante el defensor del pueblo, además tiene prioridades más importantes como la manutención de su hijo y pagar las deudas que adquirió para solventar los gastos de su hogar en especial de su hijo.

CONSIDERACIONES

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

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

Además, debe insistir la Sala en que conforme lo dispone el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces para obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, cuando existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

En el presente caso, tenemos que la accionante solicita se ordene el pago de todos los salarios, prestaciones sociales dejados de percibir desde el 01 de julio de 2022 hasta el momento actual o hasta la terminación del contrato inmediatamente siguiente, además de que se paguen los aporte a seguridad social por el mismo periodo anterior como también la indemnización por despido injusto sin el permiso del Ministerio del Trabajo a su favor.

Es así como, el accionante pretende por esta vía constitucional solicitar la protección al derecho al mínimo vital, seguridad social, estabilidad laboral reforzada y dignidad humana aduciendo que es una persona de especial protección constitucional por ser mujer embarazada.

Ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones,

resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.”³

Es de anotar, que únicamente la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable y la vulneración de un derecho fundamental, haría posible tramitar la petición de tutela para proteger transitoriamente los derechos de DEIBY MILENA DURANGO LONDOÑO, pero el mismo no se observa en éste caso, pues del análisis de las pruebas allegadas, si bien la afectada puede estar soportando un perjuicio, este no tiene el carácter de irremediable, que pudiera evitarse con el ejercicio transitorio de esta acción, ya que como se pudo confirmar con el escrito de tutela en su numeral noveno en la parte final que indica “...durante la mayor parte del año pasado me quede sin trabajo...”, además se encuentra afiliada a la Nueva EPS en calidad de cotizante.

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

³ Sentencia T-625 de 2000

mantenido de forma invariable en la jurisprudencia posterior⁴ y en el presente caso no se acreditó dicho daño irreparable.

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

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

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

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

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

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

A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que

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

son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

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

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

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

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

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

“(…) debe recordarse que la situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, supone la

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

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

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

Conforme con el recuento frente a los hechos expuestos en la demanda y la documentación aportada, tal y como acertadamente lo analizó el juez de primera instancia, no se aportó prueba del perjuicio irremediable que padece la afectada, toda vez que se encuentra laborando y se encuentra afiliada a la Nueva EPS para su atención en salud, situación que le puede permitir sobrevivir mientras se desarrolla el proceso ordinario que inclusive ya está realizando las primeras etapas del mismo como fue la audiencia de conciliación, por tanto, no está demostrada esa situación irreparable que haga procedente de manera excepcional el amparo.

Es de advertir, que la señora Deiby Milena Durango Londoño está solicitando el pago de acreencias de un contrato de trabajo que al parecer no cumplió con los requisitos exigidos para su terminación por cuanto si bien era a término fijo en el momento de terminación se encontraba en estado de embarazo y era de alto riesgo, pero como lo dice la misma accionante cuando ingresó a laborar ya estaba en estado de gestación sin tener conocimiento del mismo situación que debe ser discutida dentro de un proceso ordinario laboral, y es una situación que de ser estudiada por la vía ordinaria.

Además, no se logra desvirtuar el principio de inmediatez, ya que fue en el mes de julio de 2022, donde sucedió el despido por la terminación del contrato por el cual fue contratada y solo hasta el 20 de junio de 2023 presentó la acción de tutela con el fin de que se le protegieran sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta que anteriormente realizó el uso de la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad expedida por la EPS, y que esta herramienta no exige pago de honorarios y además que hay muchas entidades que hacen asesorías de manera gratuitas para la realización de las acciones de tutelas sin dejan de un lado que la utilización de este medio no exige conocimientos de derechos para lograr su utilización y miremos que estamos frente a una persona con estudios superiores ya que el contrato que está atacando ella fue contratada como auxiliar de enfermería, lo que se puede asegurar que es una persona con suficiente estudio para lograr por si sola hacer uso de la acción de tutela y así lograr la protección de sus derechos en el momento adecuado y oportuno.

En consecuencia, en el presente caso no se encuentran

configurados los requisitos de procedibilidad de esta acción constitucional que habiliten su estudio excepcional, pues la parte actora cuenta con otros medios de defensa establecidos en la ley para demandar su pretensión y no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable. Así mismo, se advierte que no es la acción de tutela el instrumento adecuado por el cual se pueda entrar a ordenar el pago de los derechos salariales e indemnizaciones por despido injustificado y aún más cuando reitera en este momento la accionante no está totalmente desprotegida ya que recibe un salario y está afiliada a la EPS para el cuidado referente a su estado de salud de ella y su hijo menor, por lo que se insiste no es un tema constitucional en el presente caso.

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

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

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

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **08d6f13c17c66d9df1b17d59c11e7c6f3f6856a5bff7131b3b1b9c6974a19bbc**

Documento generado en 17/08/2023 04:04:10 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Medellín, diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

1. CONSIDERACIONES

Sería del caso, resolver el recurso de reposición interpuesto contra el auto interlocutorio proferido el 18 de julio de 2023 por esta Corporación en el cual se declara desierto el recurso de apelación en contra de la sentencia del 19 de julio de 2022 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en virtud del cual se condenó a los señores Jonathan García Sevilla, Julio César Álvarez Manco y Elsy Del Socorro Buesaquillo Bonilla por haberlos hallado penalmente responsables, en calidad de coautores, del concurso de conductas punibles de concierto para delinquir agravado (art. 340-2 C.P.), dos homicidios agravados, (art. 103 y 104-7 C.P), tres secuestros simples agravados y atenuados (art. 168, 170- 1 y 2 y 171 C.P.) y dos secuestros simples agravados (art. 168 y 170-1 y

2), imponiéndoles a cada uno, sanción de cuatrocientos noventa y seis (496) meses de prisión, y multa de seis mil cuatrocientos treinta y tres punto treinta y uno (6.433.31) s.m.l.m.v, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, sin que en favor de los encartados se haya concedido algún sustituto o subrogado penal, no obstante, advertirse que el recurso se presentó por fuera del término de ley.

Lo anterior, como quiera que, según constancia secretarial, emitida por el Dr. Alexis Tobón Naranjo, se indica:

Constancia Secretarial: Paso a Despacho de la H. Magistrada NANCY ÁVILA DE MIRANDA proceso de la referencia, indicando que, dentro del presente trámite se corrió el término para interponer el respectivo recurso de reposición frente al auto que declaró desierto el recurso de apelación impetrado frente al fallo de primera instancia.

Traslado que se fijó el pasado 03 de agosto de 2023 desde las 08:00 a.m. el cual finalizó el día 08 de agosto de 2023 a las 5:00 P.M., traslado que fue informado a las partes (PDF 09 y 10).

Es de anotar que el día 08 de agosto a eso de las 05:04 de la tarde se recibe email donde el Dr. Jorge Gómez Castro en calidad defensor interpone recurso de reposición frente a la decisión proferida el pasado 18 de julio (PDF 005).

A Despacho para lo pertinente, agosto diez (10) de dos mil veintitrés (2023)

Claro es para esta Magistratura que según, el horario judicial establecido para el despacho accionado, el cierre del mismo es a las 5:00 p.m. por ende, los escritos que allegaren después de esta hora son extemporáneos, situación que es conocida por los abogados litigantes, sin que con ocasión a las circunstancias

especiales (virtualidad judicial) deba interpretarse como una extensión del horario laboral, pues se reitera el cierre del juzgado y por ende la oportunidad legal para allegar a través de correo electrónico el escrito de impugnación iba hasta las 5:00 p.m. del 8 de agosto de 2023.

No desconoce la Sala la realidad adyacente por la que estamos atravesando en atención a la pandemia, sin embargo, tal circunstancia no puede ser óbice para que los abogados interpreten de manera errónea los términos procesales ya consagrados para estos efectos, menos aún que se excusen en comunicaciones extraoficiales de los juzgados realizadas a través de medios tecnológicos que videntemente apuntan a la diligencia en los diferentes tramites por cuestiones de descongestión judicial, para omitir el acatamiento de un término legal, que debe ser atendido y que por ende, al desconocerlo demuestra pues la falta de diligencia y responsabilidad que comprende la labor.

Evidente resulta que el recurso de reposición allegado por el demandante al correo electrónico se remitió a las 5: 04 p.m., lo que se corrobora con la constancia secretarial emitida por el Secretario de la Corporación, observándose que el mismo se realizó por fuera del horario laboral.

Sobre el particular, esta Corporación ha proclamado, en un caso análogo que, con arreglo al artículo 228 de la Constitución, el postulado de prevalencia del Derecho sustancial, que implica el reconocimiento de que las finalidades superiores de la justicia no pueden resultar sacrificadas por

razones consistentes en el culto ciego a reglas procesales o a consideraciones de forma no indispensables para resolver en el fondo el conflicto del que conoce el juez.

Sin embargo, dejó claro que el enunciado principio constitucional que rige las actuaciones judiciales no implica la inexistencia, la laxitud o la ineficacia de toda norma legal obligatoria para quienes participan en los procesos, o la eliminación, *per se*, de las formas indispensables para que los juicios lleguen a su culminación -pues allí está comprometido el derecho sustancial de acceso a la administración de justicia-, ni, para el asunto del que ahora se trata, puede significar la absoluta pérdida del carácter perentorio de los términos procesales. Todos estos elementos integran la «*plenitud de las formas propias de cada juicio*», contemplada como factor esencial del debido proceso, según el artículo 29 de la Carta Política, y por lo tanto no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido sino instrumentos necesarios para que el derecho material se realice objetivamente y en su oportunidad¹.

Con ello, es claro que el funcionamiento interno y administrativo de la Rama Judicial se rige bajo los lineamientos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, Corporación encargada según la Ley Estatutaria, entre otras funciones, en fijar los días y horas de servicios de los despachos judiciales (numeral 26 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996), señalándose en esa misma normatividad la obligación de los funcionarios y empleados de. *observar estrictamente el horario de trabajo, así*

¹ STP16711-2018 rad. 101785.

como los términos fijados para atender los distintos asuntos y diligencias².

para tales afectos, el Consejo Superior de la Judicatura, en acuerdo PCSJA21-11840 del 26 de agosto de 2021 en su artículo 24 inciso 1° dispuso que: "*Horario para la recepción virtual e documentos en los despachos judiciales y dependencias administrativas. Las demandas, memoriales, documentos, escritos y solicitudes que se envíen a los despachos judiciales, después del horario laboral de cada distrito se entenderán presentadas el día hábil siguiente; los despachos judiciales no confirmarán la recepción de estos mensajes de correo electrónico por fuera de las jornadas laborales sino hasta el día hábil siguiente*". (Énfasis adrede).

Así las cosas, ante lo extemporáneo del recurso de reposición, deviene su inadmisión, ordenándose la devolución del expediente al juzgado de origen.

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

2. RESUELVE:

PRIMERO: Declarar desierto el recurso de reposición, según lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

² Numeral 7° del artículo 153 Ley 270 de 1996.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede ningún recurso.
Devuélvanse las diligencias al Juzgado de origen.

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **2935c242d325b9264e1c2e3cc2e11707f3f888411a94d77ba7cb2f56e5267bcb**

Documento generado en 17/08/2023 01:19:02 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P: DRA. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 050453104001202300164
Rdo. Interno: 2023-1267-2
Accionante IVÁN ENRIQUE CHAVERRA PINO
Accionado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y
LA UNIVERSIDAD LIBRE
Actuación: Fallo tutela de 2ª Instancia No. 032
Decisión: Se confirma fallo de primera instancia

Medellín, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta No. 086

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación interpuesto por la apoderada del señor IVÁN ENRIQUE CHAVERRA PINO, contra el fallo de tutela proferido el día 04 de julio de 2023, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó-Antioquia, mediante el cual se negó el amparo deprecado.

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

2. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

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

(...)

“La apoderada judicial del accionante aduce que, el señor Iván Enrique Chaverra Pino se inscribió al Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316, 2406 de 2022 Directivos docentes y docentes, Población Mayoritaria, zonas rural y no rural, dirigido por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y la Universidad Libre, quién presentó las pruebas escritas obteniendo un resultado de 69.09 establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad Libre.

Señaló que presentó solicitud de información previo a instaurar reclamación respecto a lo siguiente:

“a. Cuadernillo de las preguntas empleadas durante la prueba practicada al suscrito el 25 de septiembre de 2022.

b. Original de hoja de respuestas diligenciada por el suscrito en dicha oportunidad.

c. Claves de respuesta correcta para cada pregunta del cuestionario.

d. Valor otorgado a cada una de las preguntas empleadas durante la prueba practicada al suscrito.

e. Fórmula matemática desarrollada a través d la cual se obtuvo el puntaje publicado el 03 de noviembre de 2022, en la cual solamente se aborden los cálculos matemáticos, estadísticos y, en general, los procedimientos técnicos para obtener los

resultados del suscrito; y presentó reclamación ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad Libre, solicitando:

- 1. Se admita la existencia material de errores y se imputen los ítems 3,6,8,9,12,20,24,31,33 y 34 con las consecuencias que ello acarree en su puntaje, su inclusión en la lista de aprobados, y la favorabilidad que corresponda a terceros.*
- 2. Además, se me comparta la fórmula matemática desarrollada a través de la cual se obtuvo el puntaje obtenido publicado el 03 de noviembre de 2022.*
- 3. Comunicarme mi nuevo puntaje directo o puntaje directo ajustado."*

El 02 de febrero de 2023, le dieron respuesta a la reclamación, confirmando la misma.

Considera que se le están vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, y acceso a cargos públicos por mérito e igualdad.

Pide se ampare el derecho constitucional al debido proceso, acceso a cargos públicos por mérito, Trabajo e igualdad, vulnerado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre en la etapa de prueba escrita, resultados y reclamación dada en el marco del proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316, 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes, Población Mayoritaria, zonas rural y no rural..."

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de Primera Instancia con fundamento en los elementos de prueba allegados a la actuación³, de las normas legales y fundamentos constitucionales, negó el amparo deprecado por la apoderada del accionante al considerar que

(...)

“...se puede concluir que en este caso no existe vulneración a los derechos fundamentales invocados por el accionante, toda vez que participó del proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316, 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes, Población Mayoritaria, zonas rural y no rural del municipio de Apartadó, por lo que ha tenido todas las oportunidades legales de las cuales ha hecho uso, y de las cuales ha tenido respuesta; sin embargo, en la prueba de selección del concurso de mérito para docentes y directivos docentes, fue excluido de continuar en las siguientes etapas debido a que el puntaje mínimo exigido para el cargo con OPEC 181817 de Coordinador de la Secretaría de educación del municipio de Apartadó es de 70, y el obtenido por el accionante fue de 69.09, por lo tanto, no es la acción de tutela la vía idónea para debatir lo pretendido, sino la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La acción de tutela no se encuentra concebida para dirimir asuntos legales ni administrativos que conciernen con el diseño del concurso de méritos, ni tiene la competencia para modificar los resultados de dicho trámite; pues cada convocatoria, como aquí sucede, en cumplimiento del debido proceso, tiene previstos los mecanismos propios de defensa frente a las irregularidades que se puedan presentar en su curso.

En ese orden de ideas, proceder a ordenar la interrupción del avance del concurso cuando ya ha sido publicado los resultados, solo porque el accionante considera que la calificación debió ser superior a la obtenida; o que se admita la existencia material de errores, se decreta la nulidad de unas preguntas incorporadas en el examen, para que se proceda a la

³ Reclamación realizada por el accionante de fecha 22 de noviembre de 2022 dentro del procesoProceso de Selección No. 2187 de 2021, correspondiente a la Entidad Territorial Certificada en Educación Municipio De Apartadó No Rural y la respuesta emitida en el mes de enero de 2023 por la Coordinación General de Convocatoria Directivos Docentes y Docentes.

recalificación de las respuestas; o que se decrete la nulidad de la metodología de la calificación detallada, se incluya en la lista aprobados, porque no le fue favorable al accionante, para que se aplique otra distinta; y conceder un término adicional para que el accionante aporte de manera extemporánea la documentación que acredite los requisitos mínimos y antecedentes en la plataforma SIMO, son cuestiones puntuales que no tienen relevancia constitucional, si al accionante se le han respetado los derechos que le asisten en el concurso mencionado.

De suerte que la acción de tutela es improcedente contra actos y actuaciones administrativas, dado su carácter subsidiario, motivo por el cual, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la prevista legalmente para anular los actos administrativos para dejarlos sin efectos, tal como el accionante lo solicitó en las pretensiones de la demanda.

No obstante, la sentencia SU067 de 2022 alude a tres excepciones a la regla general de improcedencia de la acción de tutela en los concursos de mérito: i) inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido, ii) configuración de un perjuicio irremediable y iii) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo. En ese orden, no se advierte que el accionante haya promovido el proceso administrativo para demandar que se subsanen las irregularidades expuestas en la extensa demanda de tutela. Tampoco demostró la existencia de un perjuicio irremediable en los términos de la jurisprudencia constitucional. Y los asuntos planteados por el accionante, se enmarcan dentro de la competencia de la justicia administrativa, cuyo procedimiento consagra mecanismos efectivos de defensa ante la vulneración ostensible de disposiciones legales.

(...)

Finalmente se resalta, frente a los ítems cuestionados, que la entidad accionada, luego del estudio pertinente, indicó lo siguiente:

Así las cosas, para el caso particular de los ítems mencionados y luego del análisis descrito, se confirma que los ítems 3-6-8-9-12-20-24-31-33-34 dan cuenta de un comportamiento acorde con los parámetros establecidos dentro del instrumento de evaluación y evaluó de forma

correcta lo pretendido en la prueba, teniendo en cuenta el análisis psicométrico y técnico al cual se someten todos los ítems.

Por consiguiente, no le corresponde a la jurisdicción constitucional entrar a definir cuál es la respuesta correcta a cada ítem cuestionado por el accionante, quien acudió, para su demostración, a Leyes y Decretos ordinarios, poniendo de presente con ello que el tema fundamental de la presente acción de tutela es de naturaleza legal, ya que existe total discrepancia entre los resultados que la Universidad Libre estimó correctos, con la interpretación legal de la normativa que regula cada ítem y que llevó al accionante a otra conclusión que le permitiese continuar con el proceso. Así que no es posible admitir por la jurisdicción constitucional que las apreciaciones del accionante son las correctas, para modificar el resultado final, cuando en ello no está involucrada la afectación de un derecho fundamental, sino la particular apreciación del accionante, frente a la de las entidades accionadas, en relación con cada ítem en particular

En consecuencia, como la respuesta al problema no es positiva, se negará la presente acción de tutela.

Corolario de lo anterior, el juez de primer grado resolvió:

PRIMERO: *NEGAR la acción constitucional interpuesta por el ciudadano IVÁN ENRIQUE CHAVERRA PINO, identificado con la cédula 11. 814. 051, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

4. DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

El señor Iván Enrique Chaverra Pino, inconforme con la decisión de primera instancia a través de su apoderada judicial

interpuso el recurso de impugnación, el cual argumentó en los siguientes términos:

(...)

"...lo que atañe al debido proceso la Corte Constitucional ha señalado que "La Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.

En lo que se refiere a la inmediatez, se tiene que la notificación de respuesta a la reclamación se llevó a cabo el 02 de febrero de 2023, contando con un término prudente de seis meses, esto es hasta el 02 de agosto de 2023.

Y por último, en cuanto a que el mecanismo de tutela es un requisito residual y subsidiario, la Corte Constitucional ha establecido que solo procede cuando (i) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados -, o (ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (iii) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o (iv) la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

(...)

Así, prima facie, la Corte ha considerado que la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretenda atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues, el legislador de estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos. Allí podría solicitarse, además, la puesta en marcha de medidas cautelares si es que la protección del bien es urgente y no soportaría el tiempo que tarde la resolución del litigio. Sin embargo, siguiendo lo advertido en el párrafo

anterior, puede que, en algunos supuestos, a la luz de las circunstancias particulares ofrecidas en el caso, se advierta que este medio judicial no es idóneo ni eficaz. Escenario en el que la acción de tutela devendrá procedente.

Vistos los hechos probados que rodean el caso que nos ocupa los cuales fueron omitidos por el Despacho en primera instancia, se puede estimar que, por lo menos a primera vista, era deber del actor acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que allí se dirimiera el conflicto suscitado. En efecto, ambos tutelantes, al momento en que instauran sus respectivas acciones de tutela, cuestionaron, por lo menos, dos decisiones de la CNSC, sin embargo, como el proceso lo dirige la Universidad Libre quien no es una entidad pública podría cuestionarse el carácter de acto administrativo de la respuesta a la reclamación, que podría indicar que no es la mencionada jurisdicción la llamada a resolver el asunto. No obstante, un proceso judicial ante la jurisdicción contenciosa es ciertamente más dispendioso que el previsto para tramitar una acción de tutela, pero esta simple consideración no hace ineficaz ese medio judicial principal

“...la Corte Constitucional ha advertido que, siguiendo consideraciones similares a las expuestas en la Sentencia T-340 de 2020, en los casos sometidos a estudio de iguales condiciones, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo pudo ser ineficaz para el actor debido a las condiciones en que se encontraba. En concreto, si se demandara ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo un asunto relacionado con la prueba escrita de admisión, la orden de dicho Juez en tiempo sería nugatoria, puesto el concurso en esa etapa no existiría y se perdería la oportunidad de acceder a las demás etapas necesarias que le permitieran participar en la conformación de la lista de elegibles, de la cual se resalta tiene una vigencia de dos años, término que supera la duración de un proceso judicial y de hecho la medida cautelar sería suspender el efecto del acto administrativo, lo que no necesariamente daría la oportunidad de participar en el concurso si no mantener las cosas en suspensión, por lo que se convertiría en un perjuicio irremediable.

En tal sentido es probable que, de haber acudido a la jurisdicción contenciosa, para el momento en que se hubiere emitido sentencia y en caso de que la misma hubiese sido favorable a los intereses de los tutelantes,

aquella no habría tenido más que una finalidad resarcitoria. Esto porque, para ese momento, seguramente ya habrían perdido vigencia las listas y, por tanto, la expectativa de ser nombrados en los cargos pretendidos se habría visto frustrada.

De ese modo, se considera que se configuran los presupuestos para que el Despacho en segunda instancia concluya que existe una procedencia excepcional de la acción de tutela por parte de mi representado y se insta al Despacho a conceder el amparo constitucional y emitir las ordenes de garantías con las advertencias de Ley.

Del mismo modo, se insta al Despacho tener en cuenta las solicitudes probatorias realizadas en la acción que no fueron decretadas por el Despacho que fallo en primera instancia.

“Exhorto: Señor Juez, dentro del trámite de la reclamación no se permitieron entregar los siguientes documentos, en aras de verificar el puntaje del examen, argumentando que tenía reserva, por lo que ruego que se exhorte para que con fines de valoración probatoria dentro de este trámite judicial el Despacho pueda acceder a ello, y así poder emitir una sentencia que en derecho corresponda. (Y es necesario que el expediente tenga reserva)

1. Informe de porcentajes y valor otorgado a cada pregunta y/0 ítem (verificar que el porcentaje de la prueba corresponda al porcentaje dado en relación con los lineamientos previos del concurso y de acuerdo al número de preguntas correctas e incorrectas)

2. El cuadernillo de preguntas del examen asignado con marca de agua al participante Iván Chaverra. (verifique cada pregunta objeto en controversia cotejándola con el objeto de la prueba conforme a lineamientos del concurso previos)

3. La hoja de repuestas a la prueba del participante Iván Chaverra (verifique el número de preguntas correctos e incorrectos del participante)

4. Las claves de cada respuesta del examen (Para que el Juez verifique que respuesta se tenía como correcta en el concurso y confrontarlo con el argumento de la reclamación y lineamientos.)”

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia

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

5.2 Problema jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso resulta procedente la revocatoria del fallo de primer grado ante la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la apoderada del accionante o si, por el contrario, hay lugar a confirmar el fallo de primera instancia al no cumplirse con el requisito de subsidiariedad.

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se instituye la acción de tutela como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, así como la misma sólo procederá cuando el afectado o afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A fin de resolver problema jurídico planteado en precedencia en punto del requisito de procedibilidad de subsidiariedad cuando lo que se ataca en la actuación constitucional son actos administrativos emitidos dentro de un concurso de méritos, en el presente caso, **aquellos relacionados con los resultados de la prueba de aptitudes y competencias básicas emitidos dentro del**

Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316, 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes, Población Mayoritaria, zonas rural y no rural, se torna procedente traer a colación reciente decisión judicial de la Corte Constitucional⁴, que frente a este tópico señaló lo siguiente:

(...)

4.3. Subsidiariedad

91. *El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela tiene carácter subsidiario respecto de los medios ordinarios de defensa judicial, lo cual implica que esta solo procederá en dos supuestos excepcionales. Primero, como mecanismo definitivo de protección, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y efectivo para proteger los derechos fundamentales. Según la jurisprudencia constitucional, el medio ordinario de defensa es idóneo cuando resulta materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales^[48]; es eficaz, en cuanto sea capaz de brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados en el caso concreto^[49]. Segundo, como mecanismo transitorio, cuando se utilice para evitar la consumación de un perjuicio irremediable^[50].*

92. *Este requisito denota que «la protección de los derechos fundamentales no es un asunto reservado al juez de tutela»^[51]. La primacía que reconoce el artículo quinto de la Constitución a los derechos fundamentales implica, entre otras consecuencias, que todas las instituciones del ordenamiento deben servir al propósito de garantizar la realización efectiva de estos derechos. Ello significa que la totalidad de acciones y recursos del sistema jurídico, sean de naturaleza administrativa o judicial, están dispuestos para asegurar la protección de los derechos fundamentales. Por tanto, el juez de amparo únicamente se encuentra llamado a intervenir cuando tales instrumentos no existan o en aquellos eventos en los que, debido a las circunstancias del caso concreto, se configure un perjuicio irremediable.*

93. *En virtud de lo anterior, esta corporación ha manifestado que la acción de tutela no es, en principio, el medio adecuado para reclamar la protección de los derechos fundamentales cuando estos resultan infringidos por la expedición de un acto administrativo. Dicha postura ha dado lugar a una línea jurisprudencial pacífica y reiterada^[52]. Su fundamento se encuentra en el hecho de que el legislador ha dispuesto los medios de control de la Ley 1437 de 2011*

⁴ SU 067-2022

como los instrumentos procesales para demandar el control judicial de los actos administrativos^[53].

94. Según este diseño normativo, el proceso judicial que se surte ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el escenario natural para la reivindicación de los derechos fundamentales conculcados en este contexto. Allí, los interesados pueden reclamar no solo el control de legalidad correspondiente, sino, además, el restablecimiento de los derechos fundamentales que hayan sido vulnerados. Las medidas cautelares que ofrece la Ley 1437 de 2011, las cuales permitirían prevenir la consumación de un daño definitivo mientras se surte la causa judicial, corroboran la idoneidad de los aludidos medios de control en este campo.

95. Esta regla general ha sido igualmente acogida en el ámbito de los concursos de méritos. **Al respecto, esta corporación ha manifestado que el juez de lo contencioso administrativo es la autoridad llamada a juzgar las violaciones de los derechos fundamentales que ocurran en este tipo de actuaciones administrativas. Al respecto, ha manifestado que «por regla general, [...] es improcedente la acción de tutela que pretenda controvertir los actos proferidos por las autoridades administrativas que se expidan con ocasión de un concurso de méritos, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales como lo dispone el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011»^[54]. La posibilidad de emplear las medidas cautelares, «que pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión»^[55], demuestra que tales acciones «constituyen verdaderos mecanismos de protección, ante los efectos adversos de los actos administrativos»^[56].**

96. **Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha instaurado tres excepciones a la regla general de improcedencia de la acción de tutela, en el campo específico de los concursos de mérito^[57]. Los actos administrativos que se dicten en el curso de estas actuaciones administrativas podrán ser demandados por esta vía cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: i) inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido, ii) configuración de un perjuicio irremediable y iii) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo. A continuación, se explican estas hipótesis.**

97. Inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido. La primera excepción se basa en el reconocimiento de la existencia de ciertos actos que, de conformidad con las reglas del derecho administrativo, no pueden ser sometidos a escrutinio judicial. En estos casos, la solicitud de amparo resulta procedente por cuanto «la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela,

para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran»¹⁵⁸¹. Habida cuenta de esta circunstancia, la acción de tutela actúa «como mecanismo definitivo, cuando se controvierten actos de trámite o de ejecución que vulneren derechos fundamentales, comoquiera que tales decisiones no son susceptibles de discusión jurisdiccional ante lo Contencioso Administrativo»¹⁵⁹¹.

98. *Urgencia de evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. La segunda excepción a la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra estos actos administrativos se funda en la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable¹⁶⁰¹. Este supuesto de hecho se presenta cuando «por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción»¹⁶¹¹.*

99. *Planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo. Finalmente, la tercera salvedad reconocida por la jurisprudencia constitucional se basa en la especial índole que presentan ciertos problemas jurídicos. De conformidad con el criterio expresado en las sentencias T-160 de 2018 y T-438 de 2018, algunas demandas plantean controversias que desbordan el ámbito de acción del juez de lo contencioso administrativo. En tales casos, «las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales»..” NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.*

En el presente caso, tenemos que, el señor Iván Enrique Chaverra Pino se presentó al Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316, 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes, Población Mayoritaria, zonas rural y no rural, No de empleo 181817, denominación 29950247 Coordinador, Nivel Jerárquico Directivo Docente, entidad territorial certificada en educación Municipio de Apartadó⁵. Para superar la prueba de aptitudes y competencias básicas, debía obtener un puntaje

⁵ Ver página 21 del archivo denominado: “01Turela2023-00164InvánEnriqueChaverraPino” ” de la carpeta C01PrimeraInstancia del Expediente Electrónico

igual o superior a 70.00 puntos, sin embargo, obtuvo un puntaje de **69.09**. Dentro de la etapa de reclamaciones el accionante acudió a la exhibición de las pruebas llevada a cabo el pasado 27 de noviembre, presentando dentro del término reclamación, misma que fue resuelta de fondo el 2 de febrero del año en curso publicada a través del aplicativo SIMO por medio de la cual se confirma la calificación antes enunciada. Considera el accionante que, con la actuación de la CNSC y la Universidad Libre se le vulnera los derechos al debido proceso, acceso a cargos públicos por mérito, trabajo e igualdad, pues obtuvo 76 respuestas correctas y 34 incorrectas, desconociendo los porcentajes asignados a las mismas, así como la fórmula matemática desarrollada través del cual se obtuvo el mencionado puntaje. Además de ello, se duele de que los ítems de la prueba escrita # 3, 6, 8,9, 12, 20, 24, 31, 33, 34, la respuesta señalada como correcta en su sentir no lo es, explicando en cada uno de ellos porque debe acogerse la propuesta por éste.

Bajo este panorama, tal como lo realizó el A quo, a efectos de determinar la vulneración a los derechos fundamentales alegados, lo procedente entonces es analizar la respuesta emitida por las entidades accionadas en punto de la reclamación objeto de reproche, a fin de determinar si ésta es de fondo o, por el contrario, no se resolvió la totalidad de los cuestionamientos propuestos por el accionante y, posteriormente, analizar la procedencia del amparo constitucional de cara a las pretensiones antes mencionadas.

Mediante comunicado fechado del mes de enero de 2023, **la Coordinación General de Convocatoria de Directivos Docentes y Docentes**⁶ dio respuesta a la reclamación del accionante en los siguientes términos:

⁶ Ver páginas 40 y ss del archivo denominado: "01Turela2023-00164InvánEnriqueChaverraPino" y 30 y ss del archivo denominado "05RespuestaUniversidadLibre.pdf" de la carpeta C01PrimeraInstancia del Expediente Electrónico

En cuanto al método de calificación es preciso manifestarle al despacho que la Universidad se pronunció en la respuesta a la reclamación de fecha 02 de febrero 2023 del accionante, en los siguientes términos:

"Luego, respecto a su solicitud, se le informa que se realizó una confrontación entre el string de respuestas generado a partir de la lectura óptica de su hoja de respuesta versus su hoja de respuestas física con el fin de verificar que exista total concordancia entre los dos, encontrando una coincidencia del 100 %.

Así mismo, para el proceso de calificación se le informa que el cálculo de la puntuación se hace teniendo en cuenta el desempeño del grupo de referencia (OPEC), que se refleja en los parámetros (proporción de referencia) que se usan. Eso quiere decir que las puntuaciones no dependen de la sumatoria de los aciertos o del valor de cada uno de los ítems que componen la prueba en la calificación.

En relación con la calificación de la prueba eliminatoria, se informa que, para el cálculo de la puntuación se utilizó el método de calificación con ajuste proporcional. El método está basado en la proporción de referencia para cada grupo de aspirantes según la OPEC a la que se inscribieron.

Tenga en cuenta que la proporción de referencia en su OPEC es **0.70000** y su proporción de aciertos es: **0.69090**.

Se debe tener presente que la proporción de aciertos está definida por $Prop_{aciertos} = \frac{X_i}{n}$

De esta manera, el cálculo de las puntuaciones mediante el método con ajuste proporcional está definido formalmente por:

$$Pa_i = \begin{cases} \frac{X_i}{n} < Prop_{Ref} \rightarrow \frac{Min_{aprob}}{n * Prop_{Ref}} * X_i \\ \frac{X_i}{n} \geq Prop_{Ref} \rightarrow Min_{aprob} + \frac{100 - Min_{aprob}}{n * (1 - Prop_{Ref})} * [X_i - (n * Prop_{Ref})] \end{cases}$$

Donde:

Pa_i : Calificación en la prueba del i -ésimo aspirante.

Min_{aprob} : valor de la calificación mínima aprobatoria según los acuerdos de convocatoria.

n : Total de ítems en la prueba.

$Prop_{Ref}$: Proporción de referencia

X_i : Cantidad de aciertos del i -ésimo aspirante en la prueba.

Teniendo en cuenta lo anterior, para obtener su puntuación debe utilizar los siguientes valores correspondientes a la prueba presentada:

X_i : Cantidad de aciertos obtenidos en la prueba	76
n : Total de ítems en la prueba	110
Min_{aprob} : Valor de la calificación mínima aprobatoria según acuerdos de convocatoria.	70
$Prop_{Ref}$: Proporción de Referencia	0.70000

Por lo anterior, su puntuación en la prueba es **69.09**.

En relación con la calificación de la prueba clasificatoria, se informa que, para el cálculo de la puntuación también se utilizó el método de calificación con ajuste proporcional.

Para el cálculo de la puntuación tenga en cuenta que la proporción de referencia en su OPEC es **0,50**, y su proporción de aciertos es **0.60714**.

Se debe tener presente que la proporción de aciertos está definida por $Prop_{aciertos} = \frac{X_i}{n}$

De esta manera, el cálculo de las puntuaciones mediante el método con ajuste proporcional está definido formalmente por:

$$Pa_i = \begin{cases} \frac{X_i}{n} < Prop_{Ref} \rightarrow \frac{M_i}{n * Prop_{Ref}} * X_i \\ \frac{X_i}{n} \geq Prop_{Ref} \rightarrow M_i + \frac{100 - M_i}{n * (1 - Prop_{Ref})} * [x_i - (n * Prop_{Ref})] \end{cases}$$

Donde:

Pa_i : Puntaje con ajuste proporcional del i -ésimo aspirante.

M_i : Calificación fraccionada clasificatoria

n : Total de ítems en la prueba.

$Prop_{Ref}$: Proporción de referencia

X_i : Cantidad de aciertos del i -ésimo aspirante en la prueba.

Igualmente, la calificación fraccionada clasificatoria corresponde con 50 puntos en la escala de 0 a 100 que se utiliza para asignar la puntuación al aspirante.

Teniendo en cuenta lo anterior, para obtener su puntuación debe utilizar los siguientes valores correspondientes a la prueba presentada:

X_i : Cantidad de aciertos obtenidos en la prueba	34
n : Total de ítems en la prueba	56
M_i : Calificación fraccionada clasificatoria	50
$Prop_{Ref}$: Proporción de Referencia	0,50

Por lo anterior, su puntuación final con ajuste proporcional es **60.71**.

Con el método utilizado se garantiza que se mantenga la posición dentro del grupo de referencia de acuerdo con el número de aciertos obtenidos por cada aspirante. Esta calificación es la que obtiene el aspirante y que puede ser obtenida por otros aspirantes que tengan el mismo desempeño*.

Así mismo pertinente aclarar que, el método de calificación seleccionado se denomina Método de Calificación de ajuste proporcional, permite que la distribución de las puntuaciones tenga una correspondencia lineal de tal forma que solo aquellos aspirantes con mayor desempeño dentro del grupo de referencia sean quienes continúen en concurso, siempre y cuando su puntuación sea igual o superior al mínimo aprobatorio.

Tal como se expone en los acuerdos de la convocatoria, "Para garantizar un número de aspirantes adecuado para la fase clasificatoria y obtener al final de la misma una lista de elegibles, se debe establecer un criterio de aprobación doble para las pruebas eliminatorias", se definió una secuencia de tareas y/o acciones que permite determinar la proporción de referencia según los resultados de los aspirantes de la misma OPEC en las pruebas eliminatorias.

En ese sentido, para obtener la proporción de referencia, se realizó el ordenamiento de los aspirantes de acuerdo con la cantidad de aciertos, es decir, al aspirante con el mayor número de aciertos se le asignó la posición uno (1), al aspirante con el siguiente desempeño se le asignó la posición dos (2) y así sucesivamente con todos los aspirantes hasta asignar el último número. Es decir que, dicha asignación se realizó de acuerdo con la distribución de los aciertos dentro del grupo de referencia en un ordenamiento de mayor a menor.

Posteriormente, se les asigna a los aspirantes la posición dependiendo de la proporción de aciertos, así que, la numeración va a ser igual para aquellos con la misma proporción, esto se hace así para que aquellos aspirantes con la misma proporción de aciertos no tengan posiciones diferentes ya que la cantidad de preguntas contestadas correctamente en la prueba eliminatoria fue igual.

Tabla 1. Ejemplo de la asignación de posiciones en los grupos de referencia

Proporción de Aciertos en la OPEC	Posición en la OPEC
0.7825	1
0.7232	2
0.7232	2
0.7003	4
0.6863	5

Al asignarles la posición teniendo en cuenta su proporción de aciertos, a dos personas con el mismo valor (0.7232, ver columna 1) se les asigna la posición 2 (ver columna 2).

Así mismo, bajo este escenario y en concordancia con la relación entre la cantidad de vacantes (**14**) para la OPEC **181817** en la que usted está inscrito y la cantidad de aspirantes máxima que se requiere para cubrir dichas vacantes, se establece el punto de corte que indica la posición en la que se encuentra la proporción de referencia para ese grupo, de tal manera que, para el caso de la OPEC el conjunto de aspirantes a partir del cual se obtendrá este valor se encuentra en el aspirante que ocupa la posición (**23**) dado el ordenamiento realizado.

En ese orden de ideas, a partir del aspirante con la posición (**23**), la proporción de referencia para la OPEC es **0,70000** con **77** aciertos. Formalmente esta proporción corresponde a un cociente (división) entre la cantidad de aciertos y el número de ítems que conforma la prueba del o los aspirantes de la posición elegida como punto de corte y la estimación correspondiente es la siguiente:

$$Prop_{ref} = \frac{X_i}{n}$$

Donde:

$Prop_{ref}$: Proporción de Referencia.

X_i : Cantidad de aciertos mínima del i -ésimo aspirante en el grupo de aspirantes para cubrir la vacante. n : Total de ítems en la prueba.

En resumen, para realizar los cálculos de la calificación se usa la información relacionada con la cantidad de aciertos, el mínimo aprobatorio y la proporción de referencia que depende de la OPEC en que se encuentre el aspirante. Respecto a la cantidad de aciertos el valor obtenido se deriva de las respuestas dadas en la prueba, el valor del mínimo aprobatorio está estipulado por los acuerdos de la convocatoria y para la proporción de referencia se debe realizar una serie de pasos, ya expuestos, para obtenerla. De esta manera, el cálculo de las puntuaciones mediante el método con ajuste proporcional está definido formalmente por:

$$Pa_i = \begin{cases} \frac{X_i}{n} < Prop_{Ref} \rightarrow \frac{M_i}{n * Prop_{Ref}} * X_i \\ \frac{X_i}{n} \geq Prop_{Ref} \rightarrow M_i + \frac{100 - M_i}{n * (1 - Prop_{Ref})} * [X_i - (n * Prop_{Ref})] \end{cases}$$

Donde:

Pa_i : Calificación en la prueba del i -ésimo aspirante.

Min_{aprob} : valor de la calificación mínima aprobatoria según los acuerdos de convocatoria.

n : Total de ítems en la prueba.

$Prop_{ref}$: Proporción de referencia (proporción de aciertos)

X_i : Cantidad de aciertos del i -ésimo aspirante en la prueba.

Para la anterior expresión se debe tener presente que la proporción de aciertos está definida por

$$Xi$$

$$Propac = \frac{Xi}{n}$$

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y que la calificación de los aspirantes se hace dentro de un grupo específico de concursantes, es decir aquellos que están inscritos en una misma OPEC y dado que la proporción de referencia es un parámetro que depende del desempeño de los aspirantes que hacen parte del mismo grupo de referencia este es un valor que varía de OPEC en OPEC. Tenga presente que ninguno de los aspirantes de la convocatoria podía inscribirse a más de un empleo y por tanto el grupo de aspirantes por OPEC, así como el desempeño de ellos en las pruebas, es independiente. Adicionalmente, no resulta adecuado imponer estimaciones de un grupo de aspirantes a otro porque eso rompe la garantía de una competencia justa e igualdad en el concurso.

Ante esto, cabe señalar que el proceso de calificación logró aportar al cumplimiento del objeto contractual del concurso, que persigue la "...Provisión de empleos vacantes del Sistema Especial de Carrera Docente..." permitiendo cubrir las vacantes de las 2.439 OPEC ofertadas en un 99,43 %, lo cual quiere decir que las 1.884 vacantes correspondientes a la denominación Coordinador de los contextos rural y no rural se cubrieron con más de 4.000 aprobados. Es por ello, que bajo la escala de calificación usada con base en la puntuación aprobatoria y teniendo en cuenta el desempeño de los aspirantes

en la prueba, se logra de forma objetiva determinar el grupo de aspirantes que continúan en el proceso, siempre y cuando cumplan con el mínimo aprobatorio establecido.

Por otra parte, frente a la afirmación de que no tuvieron en cuenta las consideraciones expresadas por él frente a los ítems No. 3, 6, 8, 9, 12, 20, 24, 31 33 y 34, ítems que a su criterio debían ser imputados a su favor por no encontrarse ajustados a los Ejes Temáticos señalados en la Guía de Orientación al Aspirante para la presentación de Pruebas Escritas, por encontrarse ajustado a derecho, se procede a reiterar sobre el particular lo referido en la respuesta a la petición del aspirante:

De otro lado, y en relación con la Guía de Orientación el método de calificación a aplicar; es preciso indicar que expone diferentes argumentos, particularmente en comparación con la información plasmada en la Guía de Orientación al Aspirante del Concurso de mérito para la provisión del empleo de Personero Municipal de Cajicá la cual es mencionada en la razón dos del libelo de tutela y sobre la que concluye: *"Queda demostrado que los escenarios o métodos de calificación para una prueba eliminatoria de un concurso de méritos pueden ser publicados de manera detallada en la GOA, no se necesita las pruebas contestadas por parte de los aspirantes. Por lo tanto, señor juez, la omisión de Unilibre resulta inexcusable."*; es preciso aclarar que la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer **estabilidad e igualdad** de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base **en el mérito**, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

El Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes, población mayoritaria se rige de manera especial la Ley 115 de 1994, la Ley 715 de 2001, el Decreto Ley 1278 de 2002, el Decreto Ley 760 de 2005, la Ley 1033 de 2006, el Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación, adicionado por los Decretos 915 de 2016 y 574 de 2022, la Resolución No. 3842 del 18 de marzo de 2022, esto es, el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias para los cargos Docentes y Directivos Docentes y del Sistema Especial de Carrera Docente, lo dispuesto en este Acuerdo y su Anexo y por las demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan.

De ahí que en consideración a lo establecido en el artículo 2.4.1.15. y 2.4.1.7.2.3. del Decreto 1075 de 2015, adicionado por los Decretos 915 de 2016 y 574 de 2022, respectivamente, la convocatoria es la norma reguladora de cada proceso de selección y obliga al cumplimiento de la normatividad tanto a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la entidad a la cual se le proveerá los cargos sujetos al sistema especial de carrera docente, la Institución de Educación Superior operadora del concurso, así como a los aspirantes del concurso.

Por lo tanto, la Comisión Nacional del Servicio Civil expide para cada Convocatoria el correspondiente Acuerdo, que es el marco único normativo y específico de desarrollo y ejecución del proceso de selección y derivado del mismo los diferentes documentos orientadores de cada fase del Proceso de Selección, tal como ocurre con la Guía de Orientación al aspirante.

Teniendo en cuenta la argumentación expuesta, no es procedente hacer comparación entre un Proceso de Selección y otro, como quiera que para la expedición de la mismas se debe tener en cuenta, entre otros temas, el entorno socio económico, demográfico, cultural, así como las entidades en donde se encuentran los cargos sujetos al sistema de carrera a proveer.

(...)

De lo hasta aquí expuesto, se observa que la respuesta a la reclamación del accionante, efectivamente se resuelven las inquietudes planteadas por éste, en los que se incluye la fórmula matemática para determinar su puntuación final, además, más adelante también se le explica al concursante porque no se atiende las justificaciones esgrimidas a las respuestas que brindó en las preguntas 3,6,8,9,12,20,24,31,33 y 34⁷. Razones éstas que dieron lugar a confirmar los resultados de las pruebas de aptitudes y competencias básicas, esto es, 69.09.

Así las cosas, refulge con nitidez que las entidades accionadas no han vulnerado derecho fundamental alguno al accionante, pues éste tuvo la oportunidad de asistir a la exhibición de las pruebas y como resultado de ello, realizar la reclamación pertinente, misma que fue resuelta de manera desfavorable. Sin embargo, pretende el actor en esta acción constitucional, que la misma funja como una tercera instancia o un mecanismo complementario para que se **atienda su reclamación en punto de las respuestas seleccionadas en las preguntas: 3,6,8,9,12,20,24,31,33 y 34 de la prueba de aptitudes y competencias básicas**, a fin de que las mismas se computen como correctas y, en consecuencia, se le asigne la condición de admitido. Tal pretensión en modo alguno puede surtirse a través de este medio judicial, el cual está instituido exclusivamente para la protección efectiva y actual de los derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual no puede ser utilizado como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, en tanto la misma, no puede reemplazar los procesos

⁷ Ver páginas 56 y ss del archivo denominado: "01Turela2023-00164InvánEnriqueChaverraPino" y 47 y ss del archivo denominado "05RespuestaUniversidadLibre.pdf" de la carpeta C01PrimeraInstancia del Expediente Electrónico

ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos que dentro de estos procesos están dirigidos a controvertir las decisiones que se adopten⁸.

Y es que la controversia planteada por la apoderada del accionante en punto de analizar de manera técnica las respuestas brindadas por su poderdante de cara a la señaladas como correctas por la CNSC y la Universidad Libre, excede la órbita de competencia del juez constitucional, pues tal debate debe surtirse ante la jurisdicción contencioso administrativo, al tratarse un acto administrativo emitido dentro del Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316, 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes, Población Mayoritaria, zonas rural y no rural, escenario donde el accionante podrá arribar las pruebas pertinentes, con las que pretenda salir avante en su pretensión.

Corolario de lo anterior, refulge con nitidez que en el presente caso no se cumplen con ninguno de los supuestos excepcionales demarcados por la Corte Constitucional para determinar la procedencia de la acción de tutela cuando se demande actos administrativos emitidos en el marco de un concurso de méritos, como quiera que: **1.** Existe un mecanismo judicial que permite demandar la protección alegada; **2.** No se acreditó en la presente causa, cómo la inadmisión del accionante en el empleo de Coordinador N° 181817, Nivel Jerárquico Directivo Docente, le acarrea un perjuicio irremediable y, **3.** El problema planteado supera la órbita de competencia del juez constitucional, en tanto no se evidenció la vulneración de los derechos fundamentales aducida, por el contrario, se reitera, el objeto controversia es propia del juez administrativo.

⁸ Sentencia T-318 de 2017

En este orden de ideas, sin entrar en más consideraciones, la Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia fechado del 04 de julio de 2023.

Con fundamento en lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido 04 de julio de 2023, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

Código de verificación: **ace91c38fbccc4d93557bf34689fb95acee2e128e04faa4e244c62b2ee4b259b**

Documento generado en 15/08/2023 04:27:19 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY AVILA DE MIRANDA



1

CUI: 058876000000202200020

No. Interno: 2023-1476-2

**DELITOS: HOMICIDIO AGRAVADO Y TRÁFICO, PORTE
O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS,
PARTES O MUNICIONES**

PROCESADO: NELSON ENRIQUE ARENAS QUIÑONES

DECISIÓN: DECLARA INFUNDADO IMPEDIMENTO.

Medellín, dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta nro. 088

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver de plano, conforme lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 57 de la ley 906 de 2004, el impedimento expuesto por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL (ANTIOQUIA) y, no aceptado por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE OSOS (ANTIOQUIA),

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

al amparo del numeral 6° del artículo 56 ibidem, por las razones que más adelante se exponen.

2. ANTECEDENTES

En vista pública llevada a cabo el día del 8 de agosto de 2023, **el titular del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia**, se declaró impedido a la luz de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 56 del C.P.P, para conocer la apelación impetrada por la defensa del señor **NELSON ENRIQUE ARENAS QUIÑONES**, en contra de la decisión emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Yarumal el 26 de julio de 2023 por medio del cual negó la solicitud de libertad por vencimiento de términos. La razón, el 6 de octubre de 2022 fue radicado escrito de acusación en contra del prenombrado, procediéndose a fijar fecha para realizar audiencia de formulación de actuación, misma que se intentó en varias oportunidades, debiéndose reprogramar la vista pública en varias oportunidades, llevándose a cabo la misma para el pasado 14 de febrero, data en la cual ese despacho se declaró incompetente para conocer el asunto, al advertir que la competencia radicada en cabeza de los Jueces Penales del Circuito Especializados de Antioquia, donde se remitió la actuación, conociendo hasta ese momento que la misma fue asumida por esos despachos .

En virtud de lo anterior, considera que, sobreviene la causal de impedimento dispuesta en el numeral 6° del artículo 56 ibidem **“...Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata”**, pues si bien no se trata de la revisión de una decisión emitida por el titular de ese despacho, sí se trata de la

revisión de las actuaciones realizadas por esa agencia judicial cuando tuvo el conocimiento de la actuación seguida en contra de **ARENAS QUIÑONES**, con relación a los términos que comportan la libertad por vencimiento de términos, ello al haberse dilatado en el tiempo la realización de la audiencia de formulación de acusación, reprogramándose la diligencia por diferentes razones, siendo precisamente estas razones, las que deben analizarse a efectos de determinar si estos son imputables a la defensa, la fiscalía o al **juzgado**, debiéndose evaluar subjetivamente si esos términos en el tiempo en los que intentó ese despacho realizar la audiencia estuvieron justificados, si hubo demora o no, luego, no puede ese mismo funcionario realizar tal análisis so pena de afectarse la imparcialidad.

Corolario de lo anterior, remite la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Ant), por este el del municipio más cercano.

Por su parte, el **Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Ant)**, mediante proveído del 10 de agosto de 2023 no aceptó el impedimento deprecado por su homólogo, al señalar que:

“... En este caso no advierte la suscrita una razón suficiente que permita establecer que la imparcialidad del Juez Penal del Circuito se encuentra comprometida, puesto que se trató de un proceso que fue remitido a la justicia especializada por competencia, por tanto, no tuvo conocimiento del mismo.

Y respecto de la verificación de si hubo o no dilaciones injustificadas y si fue necesario reprogramar las audiencias y el motivo de ello, tampoco se advierte que requiera de subjetividad o consideraciones personales más allá del estudio

objetivo de lo que aconteció, para concluir si se produjo o no el vencimiento de términos.

De otra parte, para que se dé la causal del numeral 6 del art. 56 de la obra en cita, debe producir un efecto trascendente que comprometa la imparcialidad y la integridad del funcionario, debe ser esencial la aptitud del operador judicial en la actividad dentro del proceso, así lo indicó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto del 12 de septiembre de 2007, siendo Magistrado Ponente el doctor Jorge Luis Quintero Milanés, dijo:

“Ahora, a los jueces no les está permitido separarse por su propia voluntad de las funciones que les han sido asignadas, y a las partes no les está dado escoger libremente la persona del juzgador, razón por la cual las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un caso determinado a un juez o magistrado no pueden deducirse por analogía, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en cuanto se trata de reglas con carácter de orden público, fundadas en el convencimiento del legislador de que son estas y no otras las circunstancias fácticas que impiden que un funcionario judicial siga conociendo de un asunto, porque de continuar vinculado a la decisión compromete la independencia de la administración de justicia y quebranta el derecho fundamental de los asociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial.

Sobre la causal aducida por los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá para sustraerse de decidir el asunto sometido a su conocimiento, prevista en el artículo 56 numeral 6 de la ley 906 de 2004, en cuanto “Que el funcionario judicial haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso...”, la Sala tiene establecido que la comprensión de este concepto no debe asumirse en sentido literal sino que es preciso que la intervención, para que adquiera un efecto trascendente acorde con los fines de la norma, tenga la aptitud suficiente para comprometer la ecuanimidad y la rectitud del funcionario, por tanto su actividad dentro del proceso, debe haber sido esencial y no simplemente formal, debe ser de fondo, sustancial,

trascendente, que lo vincule con la actuación puesta a su consideración de tal manera que le impida actuar con la imparcialidad y la ponderación que de él esperan no solamente los sujetos procesales sino la comunidad en general."

Por lo anterior, considera esta funcionaria que no se encuentra comprometido la imparcialidad e independencia del Juez Penal del Circuito de Yarumal y por ende no asume la competencia para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Juez Segundo Promiscuo Municipal de Yarumal del 26 de julio de 2023, mediante la cual negó la libertad por vencimiento de términos del procesado NELSON ENRIQUE ARENAS QUIÑONES."

En razón de lo anterior, remite la actuación procesal a este Tribunal a fin de resolver de plano la procedencia o no de la causal de impedimento invocado por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Antioquia).

3. CONSIDERACIONES

De acuerdo con el inciso 2° del artículo 57 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación en calidad de superior funcional es la competente para conocer de la discusión suscitada en materia de impedimentos entre el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Antioquia) y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Antioquia).

Debe la Sala en esta oportunidad decidir si efectivamente el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Antioquia), se encuentra incurso en la causal de impedimento

prevista en el numeral 6° del artículo 56 de la ley 906 de 2004 que reza:

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

En punto del impedimento por haber sido juez de control de garantías, señaló la H. Corte Suprema de Justicia en proveído en AP-1860-2020, Rdo. 57843 del 12 de agosto de 2020, destacó con respecto a ese motivo de impedimento, lo siguiente:

(...)

En relación al sentido y alcance de esta causal se ha precisado que la intervención procesal debe ser evaluada en cada caso concreto con el fin de determinar si la misma resulta esencial, no simplemente formal, y que realmente comprometa o vincule al funcionario, de modo tal que se pueda ver afectada su imparcialidad al momento de decidir el asunto (AP5084 de 28 de agosto de 2014, rad. 44472).

Esta Corporación, en AP-976 de 25 de febrero de 2015, citando la providencia CSJ AP, 13 de junio de 2007, Rad. 27.497, destacó con respecto a ese motivo de impedimento:

La expresión «participado», no debe tomarse en forma textual, literal ni aislada del contexto procesal penal, pues de aceptarse así, se llegaría a extremos que escapan a la finalidad de salvaguarda de la imparcialidad contenida en

las normas relativas a los impedimentos y recusaciones.

...

En especial, cuando se produce la ruptura de la unidad procesal, por allanamiento a cargos, total o parcial, de todos o parte de los implicados, o por otras circunstancias que la generen, la necesaria participación de los funcionarios judiciales (jueces y magistrados) en el proceso original integrado como una unidad, o en los procesos derivados del anterior con ocasión de la ruptura de esa unidad, no debe invocarse sin la fundamentación correlativa como causal de impedimento ni recusación.

En tratándose de impedimento, es necesario que en cada caso particular y concreto los funcionarios judiciales — jueces y magistrados — expliquen cuáles son las razones por las cuales su imparcialidad, su ecuanimidad, su independencia o su equilibrio podrían afectarse frente a cada uno de los implicados, por el hecho de haber participado ya en el proceso.

El género de argumentación que se exige, incluye especificar las circunstancias o condiciones en que se produjo la participación del funcionario judicial en el proceso original o en alguno de los procesos derivados por la ruptura de la unidad procesal; y si la actividad del Juez —individual o colegiado— se extendió ya a la valoración de elementos probatorios o de información susceptible de convertirse en prueba, se precisa indicar cómo y de qué manera las apreciaciones anteriores inciden en el ánimo del juzgador al conocer el asunto en ocasiones posteriores, frente a cada

uno de los implicados o situaciones concretas por resolver...”

Así las cosas, explicó el titular del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Antioquia), encontrarse impedido para conocer la apelación presentada por la defensa del procesado **NELSON ENRIQUE ARENAS QUIÑONES**, en contra de la decisión emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Yarumal el 26 de julio de 2023 por medio del cual negó la solicitud de libertad por vencimiento de términos. Ello como quiera que, a ese despacho arribó desde el 6 de octubre de 2022 escrito de acusación en contra del prenombrado, procediéndose a fijar fecha para realizar audiencia de formulación de actuación, misma que, **luego de varias reprogramaciones** tuvo lugar el pasado 14 de febrero, data en la cual ese despacho se declaró incompetente para conocer el asunto, al advertir que la competencia recaía en los Jueces Penales del Circuito Especializados de Antioquia, donde finalmente se remitió la actuación.

Destaca que, al ser el objeto de la actuación judicial el estudio de los términos a fin de definir la procedencia de la libertad por vencimiento de términos, sobreviene la causal de impedimento dispuesta en el numeral 6° del artículo 56 ibidem “...Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata”, pues si bien no se trata de la revisión de una decisión emitida por el titular de ese despacho, si lo es la revisión de las actuaciones realizadas por esa agencia judicial cuando tuvo el conocimiento de la actuación seguida en contra de **ARENAS QUIÑONES**, debiéndose estudiar si las razones que dieron lugar a dilatar en el tiempo la realización de la audiencia de formulación

de acusación, son imputables a la defensa, la fiscalía **o al juzgado**, y para ello, debe evaluarse subjetivamente si esos términos en el tiempo en los que intentó ese despacho realizar la audiencia se encuentran justificados o no, análisis que en su sentir no puede realizar so pena de afectarse su imparcialidad.

La citada manifestación no fue aceptada por la Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Antioquia), quien considera que no se advierte razón suficiente que permita establecer que la imparcialidad del Juez Penal del Circuito de Yarumal se encuentra comprometida, puesto que se trata de un proceso que fue remitido a la justicia especializada por competencia, por tanto, no tuvo conocimiento del mismo. En lo que atañe la verificación de sobre la existencia o no dilaciones injustificadas que dieron lugar a la reprogramación de las audiencias, aduce que para ello no se requiere de subjetividad o consideraciones personales más allá del estudio objetivo de lo que aconteció, para concluir si se produjo o no el vencimiento de términos.

De otro lado, señaló que para que se dé la causal del numeral 6 del art. 56 de la obra en cita, debe producir un efecto trascendente que comprometa la imparcialidad y la integridad del funcionario, situación que no avizora

Bajo este contexto, dígase desde ya, que se encuentra **infundado** el impedimento aducido por el titular del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Antioquia), pues si bien el estudio de la solicitud de la libertad por vencimiento de términos implica analizar todas y cada una de las actuaciones ejecutadas por los funcionarios judiciales y las partes procesales a efectos de

determinar si el término transcurrido desde el momento de la privación de la libertad del encartado ha superado el máximo dispuesto por el legislador o las etapas procesales no se han cumplido en los tiempos dispuestos para ello, **tal estudio por parte del funcionario judicial a cargo no implica un análisis subjetivo en punto de la determinación de las causas que dieron lugar a la reprogramación de las diligencias a efectos de concluir si hubo o no dilación en la actuación penal**, como quiera que, no se trata de analizar las justificaciones que dieron lugar a las reprogramaciones de manera subjetiva a efectos de establecer si había o no lugar a ello, pues lo que debe establecerse es si las razones que dieron lugar a la dilaciones del proceso son atribuibles —más allá de su justificación, que incluso pueden ser plausible— al despacho judicial, a la defensa, a la Fiscalía o cualquier otro sujeto interviniente **a efectos de realizar la contabilización de los términos**; análisis que a todas luces es objetivo. Luego, no entiende esta Corporación como se mengua la imparcialidad del titular del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Antioquia), por el solo hecho de haber conocido el proceso en el pasado, cuando en la actualidad el mismo se surte ante un despacho diferente y el análisis propio de esta actuación, se reitera, es netamente objetivo.

Asimismo, tampoco explicó el titular del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia — más allá de advertir la existencias de reprogramaciones de las diligencias cuando el proceso estuvo a su cargo—, cómo su intervención en el citado proceso comprometía o vinculaba su imparcialidad al momento de analizar la alzada propuesta por la defensa del señor **NELSON ENRIQUE ARENAS QUIÑONES**, en contra de la decisión emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Yarumal el 26 de julio

de 2023 por medio del cual negó la solicitud de libertad por vencimiento de términos, a tal punto de que **su criterio se vería afectado al momento de analizar la mencionada actuación**, pues recuérdese que la intervención en el proceso debe ser esencial no simplemente formal.

Por lo tanto, se **DECLARA INFUNDADO EL IMPEDIMENTO** aducido por el **JUEZ PENAL DE CIRCUITO DE YARUMAL (ANTIOQUIA)** y, en consecuencia, dispone la Sala la remisión de las diligencias a este despacho, para que continúe con la sustanciación de la actuación procesal.

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

4. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO EL IMPEDIMENTO aducido por la Juez Penal del Circuito de Yarumal (Antioquia), para declinar del conocimiento de la apelación impetrada por la defensa técnica del procesado **NELSON ENRIQUE ARENAS QUIÑONES** en contra de la decisión emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Yarumal el 26 de julio de 2023, por medio del cual negó la solicitud de libertad por vencimiento de términos

SEGUNDO: REMITIR, en consecuencia, la carpeta al **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL (ANTIOQUIA)**, para que éste continúe el conocimiento de las diligencias.

TERCERO: Comuníquese lo decidido a la Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos y, devuélvase el expediente en forma inmediata.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

Código de verificación: **d602fec1f0609cf2a45586cdf170848bbed95003750c558da67253235297a468**

Documento generado en 16/08/2023 04:53:24 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, diecisiete (17) agosto de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO: 050426000346 202200081
INTERNO: 2023-1369-2
DELITO: HOMICIDIO AGRAVADO
ACUSADO: J.S.C.U

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 90 de la ley 1395 de 2010, se convoca a las partes a la audiencia de lectura de providencia para el día **JUEVES VEINTICUATRO (24) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS 09:30 A.M.**

CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **db53cea4fd1403eb996a77e5dee468fa92212c16c875a53493150719065cbf38**

Documento generado en 17/08/2023 02:02:15 PM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Se acepta la incompetencia manifestada por el Tribunal Superior de Medellín para conocer de la acción de tutela incoada por el señor Ever de Jesús Orozco Grisales en contra de (i) la Oficina Judicial Recepción de Demandas Laborales Antioquia - Medellín, (ii) Secretaría Centro Servicios Judiciales Antioquia - Medellín, (iii) Defensoría del pueblo regional Antioquia, (iv) Centro Servicios Judiciales Sistema Penal Acusatorio, y (v) Dirección Seccional de Fiscalías Medellín, en consecuencia, de conformidad a lo normado en el artículo 86 Constitucional, se avoca el conocimiento de la acción constitucional.

Se ordena vincular a (i) la Dirección Seccional de Fiscalías Antioquia, (ii) Fiscalía 41 Seccional de La Ceja, Antioquia, (iii) Fiscalía 121 local de Rionegro, Antioquia, (iv) Subdirección Gestión Documental de la Fiscalía General de la Nación.

Accionadas y vinculados deberán dar respuesta a los hechos y pretensiones de la acción constitucional en el perentorio término de dos (2) días, contados a partir de la comunicación de esta providencia, para lo cual se remite copia del escrito de tutela y sus anexos.

DE LA MEDIDA PROVISIONAL

En relación con la medida provisional solicitada por el actor debe expresar la

Sala lo siguiente:

El artículo séptimo del Decreto 2591 de 1991 prevé el instituto de la medida provisional durante el trámite de la acción de tutela.

La Corte Constitucional en auto A 259/21 respecto de la procedencia y requisitos para decretar la medida provisional expresó:

“19. Las medidas provisionales están dotadas de la misma eficacia que cualquier orden judicial. No obstante, se profieren en un momento en el cual aún no existe certeza sobre el sentido de la decisión que finalmente se adoptará y, por lo tanto, pueden no resultar totalmente congruentes con la sentencia. Por esta razón, el juez debe actuar de forma urgente y expedita, pero al mismo tiempo, de manera responsable y justificada.

20. Para evitar el empleo irrazonable de las medidas provisionales, la Corte formuló inicialmente cinco requisitos que el juez de tutela debía satisfacer para aplicar el Artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos:

“(i) Que estén encaminadas a proteger un derecho fundamental, evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, con el fin de garantizar que la decisión definitiva no resulte inocua o superflua por la consumación de un daño. (...).

(ii) Que se esté en presencia de un perjuicio irremediable por su gravedad e inminencia, de manera que se requieran medidas urgentes e impostergables para evitarlo. (...).

(iii) Que exista certeza respecto de la existencia de la amenaza del perjuicio irremediable. (...).

(iv) Que exista conexidad entre la medida provisional y la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. (...).

(v) Que la medida provisional se adopte solamente para el caso concreto objeto de revisión. Si bien es cierto que en el trámite de revisión de tutela la Corte ha suspendido excepcionalmente los efectos de fallos de jueces de instancia, también lo es que lo ha ordenado sólo frente a las particularidades de cada asunto.”^[11]

21. Recientemente, la Sala Plena reinterpretó estos requisitos y los sintetizó en tres exigencias básicas.^[12] De acuerdo con esta reformulación, la procedencia de la adopción de medidas provisionales está supeditada al cumplimiento de los siguientes presupuestos:

(i) Que la solicitud de protección constitucional contenida en la acción de tutela tenga vocación aparente de viabilidad por estar respaldada en fundamentos: (a) fácticos posibles y (b) jurídicos razonables, es decir, que exista la apariencia de un buen derecho (*fumus boni iuris*).

(ii) Que exista un riesgo probable de que la protección del derecho invocado o la salvaguarda del interés público pueda verse afectado considerablemente por el tiempo transcurrido durante el trámite de revisión, esto es, que haya un peligro en la demora (*periculum in mora*).

(iii) Que la medida provisional no genere un daño desproporcionado a quien afecta directamente.^[13]

22. El primer requisito (*fumus boni iuris*), remite a un principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho o a la protección del interés público invocado como fundamento de la pretensión principal de la demanda de amparo.^[14] Aunque, como es apenas obvio en la fase inicial del proceso, no se espera un nivel total de certeza sobre el derecho en disputa, sí es necesario un estándar de veracidad apenas mínimo. Esta conclusión debe estar soportada en las circunstancias fácticas presentes en el expediente y en apreciaciones jurídicas razonables, sustentadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

23. El segundo requisito (*periculum in mora*) tiene que ver con el riesgo de que, al no adoptarse la medida cautelar, sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda que, de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo. Tiene igualmente que ver con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso.^[15] Este análisis recoge así los criterios (ii) y (iii) del juicio inicialmente formulado por la jurisprudencia constitucional. Implica tener un alto grado de convencimiento de que la amenaza de perjuicio es cierta, y que el daño, por su gravedad e inminencia, requieran medidas urgentes e impostergables para evitarlo.

24. Los dos pasos descritos deben operar conjuntamente. Precisamente, el segundo requisito (*periculum in mora*) impide que el juez de tutela profiera una orden ante la simple apariencia de verdad (*fumus bonis iuris*) de la solicitud de amparo. La medida provisional no es el escenario procesal para

resolver el asunto de fondo, así se cuente con todos los elementos para tomar una decisión. El Artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 solo se activa cuando, además de la apariencia de verdad, se requiera la intervención urgente del juez. A su vez, esto supone la amenaza de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental o al interés público, que no podría ser corregido en la sentencia final.

25. *El tercer requisito incorpora el concepto de la proporcionalidad al análisis. Si bien en esta fase inicial no es dable desarrollar plenamente el juicio de proporcionalidad, sí es necesario ponderar entre los derechos que podrían verse afectados con la medida. La ponderación que esta etapa demanda funge como una última salvaguarda en favor del ciudadano. Evita que se tomen medidas que, aunque podrían estar justificadas legalmente, ocasionarían un perjuicio grave e irreparable. La proporcionalidad no supone un estándar universal y a priori de corrección, sino que exige una valoración que atienda las particularidades de cada caso concreto.*

26. *En síntesis, una determinación provisional tiene que ser una decisión “razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada.”^[16] Para ello, el juez de tutela debe constatar que el derecho o interés público que se busque proteger transitoriamente tenga vocación de veracidad (fumus boni iuris), pero además, que su protección resulte impostergable ante la gravedad e inminencia del perjuicio irremediable que se cierne (periculum in mora). Luego de esto, el juez debe verificar que la medida adoptada no comporte resultados o efectos desproporcionadas para quien resulte afectado por la decisión.”*

En el escrito genitor, el accionante expresó “Se pide medida provisional dado que llevo más de 2 años y medio tratando poder defenderme de delitos que me han cometido a mí y mi familia grupos de delincuencia común u otros y necesito de un abogado que me asesore y represente en las denuncias interpuestas en la fiscalía general de la nación urgente pues es el medio idóneo para tal fin.”

A efecto de resolver se considera que, no se cuenta con elementos de juicio que viabilicen la pretensión elevada como medida provisional, pues no se advierte que en la actualidad el accionante se encuentre en riesgo inminente de vulneración de sus derechos fundamentales, como quiera que no se

exponen supuestos que requieran de intervención y acción urgente e inmediata del Juez Constitucional, y de otra parte, la solicitud se constituye en el objetivo principal de la acción de tutela, estimándose que lo pretendido deberá ser resuelto al momento de proferir la respectiva sentencia.

Notifíquese y cúmplase,

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:
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: **88c1d97740af8756fdb6f252d0ff233a32c10c13ab8f5dc2fc07bcba7cd056d**

Documento generado en 17/08/2023 09:46:01 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, diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

El señor Fredy Contreras Galeano interpone acción de tutela en los siguientes términos:

Cordial saludo.

DE LA MANERA MÁS ATENTA Y CORDIAL. ME DIRIJO A USTEDES HONORABLES JUECES. YO FREDY FERRANDO CONTRERAS GALEANO. IDENTIFICADO CON CÉDULA. 1027886689. SOLICITANDO. QUE POR FAVOR NO SEAN VULNERADOS MIS DERECHOS FUI CAPTURADO Y CONDENADO A LA PENAL DE 57 MESES DE PRISIÓN DE LOS CUALES LLEVO ENTRE FÍSICO Y REBATADO. 52 MESES Y A MIS CAUSAS COBRAR DE SU LIBERTAD DESDE HACE VARIOS MESES CAUSAS. VICTOR MANUEL CARRERA Y LUIS FERRANDO ARAA. Y DESDE HACE VARIOS MESES HE PIDIDO PIDIENDO AL JUZGADO SECCIONAL ESPECIALIZADO. (JUEZ JUDICIAL LUCIA VAZQUEZ UMEZ.) Y LA JUEZ NO ME RESPONDE. POR ESO PUEDO DIRIJO A USTEDES HONORABLES JUECES LE SEA EXIGIDO A ESTE JUZGADO UNA PRONTA RESPUESTA.

El inciso primero del artículo 17 del Decreto 2591 de 1991 dispone: “Corrección de la solicitud. Si no pudiere determinarse el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de tres días, los cuales deberán señalarse concretamente en la correspondiente providencia. Si no los corrigiere, la solicitud podrá ser rechazada de plano.”

En el asunto, el escrito tutelar allegado no es legible, pues no se logra saber:

- ¿Cuáles son los derechos fundamentales que considera vulnerados?

- Contra quién dirige la acción de tutela, esto es, quién es la entidad que considera le vulnera tales derechos.
- Qué pretende lograr con la acción constitucional.
- En qué hechos se apoya para poder conseguir lo pretendido con el amparo tutelar.

En consecuencia, se dispone requerir al señor Fredy Contreras Galeano para que en el término de tres (3) días, so pena de rechazo, allegue escrito con letra legible en el que se pueda conocer la respuesta a los interrogantes antes señalados.

Notifíquese y cúmplase,

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:
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: **ec6840a8ad1e9a434ae75eb13e78a398b2c191a00b6a7a23b2ea86e0d7405c81**

Documento generado en 17/08/2023 09:53:15 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

CUI: 05045-3187001-2023-00002 (2023-1263-3)
Accionante: JOAN SEBASTIÁN TORO SERNA
Accionada: Unidad Administrativa Especial para la Atención y
Reparación Integral a Las Víctimas (Uariv)
Asunto: Impugnación Fallo Tutela
Decisión: Confirma
Acta y fecha: N° 260 de agosto 15 de 2023

Medellín, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación propuesta por la accionada Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (en adelante Uariv) contra el fallo del cuatro (04) de julio de 2023, mediante el cual el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, concedió el amparo constitucional solicitado por Joan Sebastián Toro Serna.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

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

Dice el libelista que el 22 de abril de 2009 su madre rindió declaración como víctima del conflicto armado ante la Personería Municipal de Chigorodó y que fue incluida en el Registro Único de Víctima – RUV bajo el código 830864; que en el 2010 su progenitora actuando en nombre de su núcleo familiar efectuó el trámite correspondiente para el reconocimiento de la indemnización administrativa y que, en el 2014 la UARIV efectuó la entrega de la medida a los integrantes, sin que se le efectuara el mismo, toda vez que, para esa fecha era menor de edad.

Indicó que, el porcentaje que le fue reconocido fue depositado en Bancolombia S.A. mediante encargo fiduciario hasta que cumpliera la mayoría de edad; y que desde el 2020 ha solicitado a través de los canales de atención virtual de la UARIV el pago de su indemnización, sin que a la fecha haya obtenido una respuesta favorable.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo tuteló el derecho fundamental de petición de JOAN SEBASTIÁN TORO SERNA indicando que, aunque la entidad accionada alegó que el afectado no radicó petición para el pago de indemnización administrativa ante dicha entidad, TORO SERNA demostró que desde el año 2021 de manera reitera a través del chat virtual dispuesto por la Uariv si ha solicitado dicha entrega, por ende, conforme lo consagrado en el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015 que prevé que las peticiones deben resolverse dentro de los 15 días siguientes a su recepción, la Uariv faltó a su deber de brindar una respuesta oportuna, de fondo y congruente.

En consecuencia, ordenó a la accionada que, en el término de 48 horas hábiles siguientes a la notificación del fallo procediera a emitir respuesta de fondo, clara y de manera congruente a la solicitud de reprogramación de giro de indemnización radicada desde el 01 de marzo de 2023 por el accionante ante esta entidad, indicándole la fecha aproximada de la entrega de la medida administrativa ya reconocida; la cual deberá ser comunicada y remitida a JOAN SEBASTIAN TORO, a través de su número de contacto y correo electrónico suministrado en el escrito de la acción de tutela.

DE LA IMPUGNACIÓN

La accionada inconforme con la decisión adoptada manifestó que, en atención a la petición presentada por el accionante, relacionada con la entrega de la indemnización administrativa por el hecho victimizante de desplazamiento forzado, luego de verificar los sistemas de información, la Unidad para las Víctimas reconoció y ordenó la constitución de un encargo fiduciario a su nombre por concepto de indemnización administrativa, atendiendo las disposiciones contenidas en el artículo 185 de la Ley 387 DE 1997.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el afectado cumplió la mayoría de edad procede la entrega de los recursos constituidos en encargo fiduciario junto con los rendimientos financieros, cuya entrega será efectuada en un tiempo aproximado de 3 meses, si no presenta novedad que pueda detener dicho procedimiento, el accionante será contactado con el fin de informarle cómo será el proceso de entrega de los recursos.

Por lo tanto, considera se configura un hecho superado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

De tal manera, le corresponde a esta Sala determinar el acierto y legalidad de la decisión de primera instancia que resolvió conceder el amparo deprecado por el accionante en contra de la Uariv.

Previo a resolver el problema propuesto, se abordará: *i)* Del derecho de petición de la población desplazada, *ii)* el derecho a la reparación por vía

administrativa, *iii*) El derecho que le asiste a las víctimas a ser reparadas integralmente por los hechos lesivos padecidos en el marco del conflicto interno armado, y *iv*) el caso concreto.

(i) Del derecho de petición de la población desplazada. El derecho de petición tiene matices específicos en el caso de la población desplazada por la violencia, porque en este evento es el mecanismo utilizado para acceder a las prestaciones estatales ante situaciones que generan a las personas que padecen gran vulnerabilidad, como son el desarraigo, la pérdida del modo de vida, la separación de los bienes materiales e inmateriales. Estas situaciones imponen a las personas cargas excepcionales, impidiéndoles en muchas ocasiones satisfacer sus más apremiantes necesidades materiales, razón por la cual, en muchos casos, sería desproporcionado exigirles agotar los recursos en sede administrativa y se impone la aplicación de las reglas para acudir a la tutela bajo un marco distinto, acorde con la situación de estas personas.

Por ello, cuando el derecho de petición sea el mecanismo para solicitar ayuda humanitaria, o para acceder a prestaciones estatales de reparación, *“la respuesta debe estar dirigida en este sentido, y no en temas ambiguos y paralelos, que limiten o anulen la efectividad de la petición, dejando al peticionario en peores condiciones de las que se encontraba, sin tener precisión de lo que allí solicitó y sin la posibilidad de obtener las ayudas a las que puede tener derecho para lograr superar sus condiciones de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta.”*

Se refuerza entonces, en estos casos, el deber de que la respuesta de las autoridades ante las solicitudes de los administrados se ciña a “los criterios de suficiencia, efectividad y congruencia” porque quien peticona en este caso puede estar en condiciones que le impidan garantizar su mínimo vital y en una situación de urgencia tal que no le sea posible agotar los trámites administrativos mediante los cuales pueda solicitar el cumplimiento de las prestaciones estatales.

En tal sentido, puede resultar para estas personas una carga desproporcionada el que las autoridades les exijan el cumplimiento de ciertos

trámites administrativos, desconociendo la especial situación en que se encuentran “*pues el desplazado no conoce plenamente sus derechos ni el sistema institucional diseñado para protegerlos y este hecho en lugar de volverse en su contra debe servir para que el Estado actúe con mayor atención y diligencia*”. Se impone, por tanto, que en el trámite de peticiones de estas personas es esencial considerar que son sujetos de especial protección constitucional, por las cargas desmedidas que les han sido impuestas. Por ello, la Corte Constitucional estableció en su Jurisprudencia reglas especiales que deben aplicar las autoridades públicas para atender las peticiones de la población desplazada:

“i) incorporar la solicitud en la lista de desplazados; ii) informar a la víctima de desplazamiento forzado dentro del término de quince (15) días el tiempo máximo dentro del cual le dará respuesta a la solicitud; iii) informar dentro del mismo término si la solicitud cumple con los requisitos para su trámite, y en caso contrario, indicar claramente cómo puede corregirla para que pueda acceder a los programas de ayuda; iv) si la solicitud cumple con los requisitos, pero no existe la disponibilidad presupuestal, tendrá que adelantar los trámites necesarios para obtener los recursos, determinar las prioridades y el orden en que las resolverá; v) si la solicitud cumple con los requisitos y existe disponibilidad presupuestal suficiente, procederá a informar cuándo se hará realidad el beneficio y el procedimiento que se seguirá para que sea efectivamente recibido. En todo caso, deberá abstenerse de exigir un fallo de tutela para cumplir sus deberes legales y respetar los derechos fundamentales de las personas en situación de desplazamiento forzado.”¹

(ii) El derecho a la reparación por vía administrativa. El Estado ha considerado a las víctimas de la violencia por delitos como el secuestro, la tortura, el desplazamiento, las desapariciones forzadas, homicidio, entre otros, como sujetos de especial protección; situación que ha propiciado el desarrollo legal y jurisprudencial tendiente al auxilio y reparación para los mismos.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 víctima es todo aquel que individual o colectivamente ha sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas

¹ T-004-18

internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

Por otro lado se halla establecida en beneficio de la población víctima de la violencia y en el marco del proceso de reparación integral, la reparación por vía administrativa fundamentada en el principio de subsidiariedad y complementariedad, pero sujeta a restricciones que la diferencian de una indemnización plena como la que se lograría por vía judicial dado que tienen como fin resarcir al mayor número de beneficiarios de manera justa y adecuada y por ello se determinan montos indemnizatorios menores a los de la justicia ordinaria, en atención al universo de destinatarios y a las medidas de impacto que se buscan. Ha dicho la Corte Constitucional que la reparación a las víctimas debe diferenciarse de la asistencia y servicios sociales y de la ayuda humanitaria brindada por parte del Estado, de manera que éstos no pueden confundirse entre sí, pues es disímil su naturaleza, carácter y finalidad. Ello no obsta para que ambas deban articularse y garantizarse, tanto la atención humanitaria como la reparación a la población víctima hasta el restablecimiento total y goce efectivo de sus derechos².

Ahora bien, aunque indiscutiblemente constituye un derecho de la población víctima de la violencia, se ha reconocido la imposibilidad de dar cobertura integral a todas las víctimas en un mismo momento, situación que ha justificado el desarrollo del principio de priorización para el desembolso de la reparación individual por vía administrativa. La Corte Constitucional en el Auto 206 de 2017 apuntó sobre el tema:

“A pesar de que el derecho a la reparación es fundamental, la jurisprudencia precisó que esto no quiere decir que pueda considerarse como un derecho absoluto que pueda ser exigido inmediatamente por todas las víctimas del conflicto armado; no obstante, reiteró que las limitaciones presupuestales “nunca podrán traducirse en una afectación excesiva o en una negación o desnaturalización de los derechos de las víctimas.”.

La Corte dirimió esta tensión al estudiar la constitucionalidad de los principios de progresividad y sostenibilidad, recogidos en los artículos 17 y 19 de la Ley 1448 del 2011. Conforme lo estableció la jurisprudencia constitucional, si bien los derechos de las víctimas se reconocen de manera inmediata, su contenido se

² Sentencia T-197 de 2015.

amplía progresivamente y su cobertura se extiende gradualmente respecto de la totalidad de víctimas a las que se refiere la ley.

Por esta razón, encontró razonable que los programas masivos de reparación administrativa, característicos de contextos de violencia generalizada y sistemática, no se encuentren en la capacidad de indemnizar por completo a todas las víctimas en un mismo momento. En este tipo de situaciones, la Corte encontró que es legítimo definir plazos razonables para otorgar la indemnización administrativa y acoger, en esa dirección, determinados criterios que permitan priorizar la entrega de las medidas que correspondan. Este planteamiento implica analizar la situación concreta en que se encuentra cada accionante, para verificar si cumple o no con alguno de los supuestos que permiten darle prelación". (Negrillas ex profeso).

En la misma providencia la Alta Corporación le ordenó a la Uariv reglamentar el procedimiento que deben agotar las personas víctimas para la obtención de la indemnización administrativa, con criterios puntuales y objetivos. En acatamiento a dicha orden se expidió la Resolución 01958 del 6 de julio de 2018 posteriormente derogada y reemplazada por la Resolución 01049 del 15 de marzo de 2019 mediante la cual se estableció el procedimiento para el acceso a la medida individual de indemnización administrativa. En éste se previó como primer punto la necesidad de que las víctimas presenten la solicitud de indemnización por vía administrativa de manera personal previo el agendamiento de una cita con dicho propósito y la presentación de la documentación requerida según sea indicado por la Uariv. Se consagraron además las circunstancias de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad para la priorización de la indemnización administrativa, por razones de edad, enfermedad o discapacidad.

A partir del citado cuerpo normativo la estableció tres rutas de atención cuales son: i) la priorizada, para las víctimas en situación de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad; ii) la general, para la atención de las víctimas que no se encuentren en situaciones previstas para la ruta priorizada; y iii) la ruta transitoria para quienes previo a la expedición de la Resolución 01958 de 2018 adelantaron el proceso de documentación con la Uariv. El cuerpo normativo en comento es aplicable a víctimas de diferentes hechos como secuestro, tortura, desplazamiento, desaparición forzada, lesiones y reclutamiento, entre otros, y establece los términos de respuesta y las situaciones de urgencia manifiesta o

extrema vulnerabilidad con miras a la priorización en la entrega de la indemnización, conservando por su puesto la necesidad de acreditar la circunstancia en cuestión ante la misma entidad para que ésta pueda ser tenida en cuenta.

(iii) El derecho que le asiste a las víctimas a ser reparadas integralmente por los hechos lesivos padecidos en el marco del conflicto interno armado. En la sentencia T-083 de 2017, la Corte Constitucional adujo:

“La reparación integral es una obligación del Estado, cuya finalidad es devolver a la víctima al estado en el que se encontraba con anterioridad al hecho que originó tal condición. Por lo tanto, el hecho victimizante con el cual se vulneraron los derechos humanos genera en favor de la persona que lo padeció el derecho fundamental a la reparación integral, lo que se hace efectivo “a través de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición consagradas en el Derecho Internacional, que se desprenden de la condición de víctimas y que deben ser salvaguardados por el Estado independientemente de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento o condena de los victimarios” (negritas ex profeso).

En dicho pronunciamiento también recordó el Alto Tribunal que la indemnización por vía administrativa constituye uno de los componentes de la reparación integral para las víctimas; ello sin perjuicio que frente a la materialización de dicha indemnización sea necesaria la adopción de procedimientos, medidas y criterios de priorización tendientes a determinar el orden en el que las víctimas podrán acceder al resarcimiento pecuniario, tal como se explicó *ut supra*.

En este orden de ideas la acción de tutela es procedente para amparar el derecho que tienen las víctimas a acceder a las medidas de reparación dado que frente a ese vulnerable sector de la población dicha reparación constituye una prerrogativa con alcance fundamental.

Ahora, cuando la indemnización es reconocida a favor de un menor, la Ley 1448 de 2011 en su artículo 185 prevé: *“La entidad judicial o administrativa que reconozca la indemnización a favor de un niño, niña o adolescente, ordenará, en todos los casos, la constitución de un encargo fiduciario a favor de los mismos, asegurándose que se trate del que haya obtenido en promedio los mayores rendimientos financieros*

en los últimos seis meses. **La suma de dinero les será entregada una vez alcancen la mayoría de edad**", lo mismo establece el artículo 2.2.7.3.17 del Decreto 1084 de 2015 y por su parte el art. 18 de la ley 1049 de 2019 señala los documentos que deben ser aportados para la entrega de la indemnización.

Siguiendo dichos mandatos normativos especialmente en el aparte destacado, una vez el menor destinatario de la medida de indemnización arribe a la mayoría de edad, se le debe entregar el dinero correspondiente, sin que para el efecto se prevean trámites adicionales exigibles al destinatario de la reparación.

(iv) Caso concreto. En el caso puesto a consideración de la Sala JOAN SEBASTIÁN TORO SERNA acudió a la acción de tutela por estimar que la Uariv le está vulnerando sus derechos fundamentales por cuanto si bien le reconoció el derecho a la indemnización por vía administrativa como víctima de desplazamiento forzado, los fondos de la medida fueron depositados mediante encargo fiduciario, pues para aquella época era menor. No obstante, cumplida la mayoría de edad ha solicitado la entrega de los dineros, sin que a la fecha se haya efectivizado el mismo.

Acorde con la información y las pruebas recaudadas al señor JOAN SEBASTIÁN TORO SERNA ya le había sido reconocido el derecho a la indemnización administrativa por el hecho victimizante de desplazamiento forzado. Este supuesto fáctico no fue controvertido.

Explicó el accionante que a su grupo familiar ya le fue pagada la indemnización; sin embargo, el dinero destinado para él fue depositado mediante encargo fiduciario hasta que cumpliera la mayoría de edad.

Ahora, el actor acreditó haber cumplido la mayoría de edad el 22 de julio de 2020 como se constata de la copia de su cédula de ciudadanía³. Adicionalmente el 18 de mayo de 2021 la Uariv frente lo pretendido informó

³ CuadernoPrimeraInstancia001EscritoTutela, PDF 002, folio 17.

que debía esperar la asignación de recursos por parte de la entidad⁴; en el año 2022 indicó *“buen día, en revisión al radicado nos permitimos informarle que su caso ha finalizado el proceso operativo de reprogramación de los recursos de su indemnización administrativa, motivo por cual nos contactamos y se actualizaron los datos de contacto para la colocación de los recursos. Una vez surta el proceso financiero nos comunicaremos nuevamente con usted para coordinar el cobro de la reprogramación”*

El 17 de junio de 2023⁵, a través del chat en línea solicitó nuevamente el pago de la indemnización, canal a través del cual se le indicó: *“señor Toro, le informo que su solicitud de indemnización-reprogramación de giro de indemnización, se encuentra remitida al área encargada desde el D01/03/2023. Por favor esté atento (a) a su número telefónico ya que la respuesta puede ser informada por este medio”,* y seguidamente anotó *“Señor TORO, el número radicado con el cual quedó registrada su solicitud correspondiente a indemnización 102583138”*.

En la contestación de la acción la Uariv pregonó que, dada la mayoría de edad alcanzada por el actor, era procedente la entrega de los recursos constituidos en encargo fiduciario junto con los rendimientos financieros, que la materialización de la entrega sería efectuada en un tiempo aproximado de tres meses si no presenta novedad que pudiera detener dicho procedimiento, que el accionante sería contactado con el fin de informarle cómo sería el proceso de entrega de los recursos, y que por ende, en el asunto se había configurado un hecho superado en tanto.

Ahora, considera la Sala que, si los recursos destinados a la indemnización por vía administrativa del joven Toro Serna se encuentran depositados en un encargo fiduciario, no hay motivo para dejar supeditada la entrega de los mismos en si se presente o no una novedad que pueda detener el pago tal, o a la disponibilidad presupuestal de la Uariv con la que cuente para la presente anualidad. Ello por cuanto la única condición prevista en el artículo 185 de la

⁴ CuadernoPrincipal009EscritoImpugnación

⁵ PDF 002, folio 05.

Ley 1448 de 2011 para la entrega de los recursos económicos, esto es el cumplimiento de la mayoría de edad, ya está acreditada ante la misma Uariv.

Por otro lado ha de aclararse que ciertamente bajo la normatividad actual en la materia, las víctimas deben someterse al procedimiento establecido en la Resolución 1049 de 2019 para que les sea reconocido el derecho a la indemnización por vía administrativa, y además una vez logrado ello el pago efectivo de la reparación económica está sometido a la aplicación del Método Técnico de Reparación; en tal orden de ideas no es factible bajo ese esquema imponerle a la Uariv la indicación de fechas ciertas para el pago de la medida pues éste depende de la disponibilidad presupuestal y los resultados del MTP para cada vigencia. Sin embargo, aquellas reglas no pueden hacerse extensivas al caso de JOAN SEBASTIÁN TORO SERNA por cuanto su situación de cara a la indemnización por el hecho victimizante declarado ya se encontraba resuelta y consolidada antes de la entrada en vigencia de la Resolución 1049 de 2019.

Ahora para atender los reparos puntuales propuestos por la Uariv frente al fallo de primera instancia, se considera que no se presenta una carencia actual de objeto por cuanto a la fecha el joven TORO SERNA no ha recibido el pago de la indemnización petitionada, ni tampoco le ha sido comunicada una fecha concreta para el desembolso de los recursos que se insiste ya fueron reconocidos y consignados en un encargo fiduciario.

En atención a las consideraciones precedentes se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia, en tanto amparó el derecho fundamental de petición del actor; sin embargo, se modifica el numeral segundo de esa determinación en el sentido de ordenarle a la Uariv que en el término de UN (1) MES contados a partir del día siguiente a la notificación del presente fallo, se sirva atender de fondo y congruente las pretensiones del señor JOAN SEBASTIÁN TORO SERNA, disponiendo lo necesario para que dentro de dicho término se concrete el pago del porcentaje que le corresponde al actor del cual se le dijo que tiene derecho y por el cual se creó el encargo fiduciario por parte de la UNIDAD DE VÍCTIMAS.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad de Apartadó, Antioquia, el cuatro (04) de julio de 2023.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de esa decisión en el entendido que la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas en el término de UN (1) MES contado a partir del día siguiente a la notificación del presente fallo, se sirva atender de fondo y congruente las pretensiones del señor JOAN SEBASTIÁN TORO SERNA, disponiendo lo necesario para que dentro de dicho término se concrete el pago del porcentaje que le corresponde al actor del cual se le dijo que tiene derecho y por el cual se creó el encargo fiduciario por parte de la UNIDAD DE VÍCTIMAS.

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

CUARTO: REMITIR la actuación a Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **be30c390d45b07dbf1e96ee9a0e1387aa0f8eef5068018e9c0cff3b49bf0fa61**

Documento generado en 16/08/2023 04:53:10 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Radicado 05000-22-04-000-2023-00444-00 (2023-1401-3)
Accionante Gabriel Antonio Atehortúa Gaviria
Accionado Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia.
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Improcedente
Acta: N° 262 agosto 15 de 2023

Medellín, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por GABRIEL ANTONIO ATEHORTÚA GAVIRIA, en contra del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y de petición.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹ que, desde hace tres meses, solicitó al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia la libertad condicional, sin embargo, no ha obtenido respuesta alguna.

Por lo tanto, solicita se dé trámite a dicha solicitud y sea notificado de la decisión.

¹ PDF 003, expediente digital de tutela.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el tres de agosto de 2023², se dispuso asumir la acción de tutela y se corrió traslado al despacho demandado, y se vinculó al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad de Antioquia, al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y al EPMSC Andes para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente.

2. El Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad de Antioquia manifestó que el accionante actualmente cuenta con dos procesos vigentes, uno, es el CUI 05861 61 00222 2017 80058 01 (2018A40357) que vigila el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, y dos, el CUI 05282 60 00000 2019 00004 01 (2019A12601) que vigila el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Aseveró que consultado el sistema de gestión siglo XXI, el 27 de junio de los corrientes ese Centro de Servicios registró solicitud de libertad condicional en el radicado 2019A12601, de la cual dio oportuno traslado al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia. Respecto a las actuaciones realizadas bajo el radicado 2018A40357 no obran solicitudes de libertad pendientes por parte del sentenciado.

Anotó que son los Juzgados los encargados de resolver las peticiones realizadas por los sentenciados.

3. El EPMSC Andes manifestó que, el 22 de marzo de 2023 realizó solicitud de prisión domiciliaria ante el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia; sin embargo, el 28 de marzo de los corrientes remitieron memorial suscrito por el sentenciado por medio del cual manifestó el desistimiento de esa solicitud, lo cual fue aceptado por el Juzgado mediante auto 0551 del 10 de abril hogaño.

² PDF N° 005 Expediente Digital.

Aseveró que el 25 de mayo y 27 de junio posterior, realizaron solicitud y recordatorio de libertad condicional ante el mismo Juzgado; no obstante, no se ha obtenido respuesta.

Por lo tanto, solicita ser desvinculado del presente trámite.

4. El Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, adujo que el ocho de agosto de 2023 el centro de servicios judiciales le remitió la documentación para resolver solicitud de libertad condicional, la cual concedió al privado de la libertad mediante auto interlocutorio No. 2462.

Por lo tanto, solicita se declare la improcedencia de la acción por carencia actual de objeto por hecho superado.

5. El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, expresó que el 13 de julio de 2022 en el asunto con CUI 05282 60 00000 2019 00003 concedió libertad condicional al accionante, quedando a disposición del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia bajo el CUI 05861 61 00222 2017 80058.

Aseveró que el 25 de mayo y 27 de junio de 2023 ingresó a ese despacho solicitud de libertad condicional elevada por el accionante; no obstante, mediante auto No. 1338 del cuatro de agosto de 2023 dispuso el desglose de las peticiones y remitirlas ante el Juzgado Cuarto Homologo para que se pronunciaran al respecto.

Por lo tanto, solicita ser desvinculados del presente trámite.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

Corresponde a la Sala determinar si los derechos fundamentales del señor GABRIEL ANTONIO ATEHORTÚA GAVIRIA están siendo vulnerados por acciones u omisiones atribuidas a la entidad accionada o sí, de acuerdo con las respuestas proporcionadas por la accionada y vinculadas, se ha configurado en este asunto la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado.

En el caso concreto GABRIEL ANTONIO ATEHORTÚA GAVIRIA quien actúa en nombre propio, reclama la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y petición, por cuanto el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, no se pronunció a acerca de su solicitud de libertad condicional.

De otro lado, al ser el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, la autoridad que presuntamente vulneró las garantías alegadas, le asiste interés para concurrir al presente trámite por pasiva.

En cuanto al requisito de inmediatez, es posible asegurar que la interposición de la acción constitucional guarda un tiempo razonable desde el momento en que el promotor consideró vulnerado su derecho hasta la presentación del escrito de tutela. Por lo tanto, este presupuesto se encuentra satisfecho.

Frente a la subsidiariedad, la Sala considera que se agota el mismo, pues el quejoso no cuenta con un mecanismo de protección de la garantía invocada, dado que en el ordenamiento jurídico no está consagrado un medio ordinario que le permita exigirle a la demandada, respuesta de sus peticiones.

Del estudio de la demanda, se tiene que la pretensión del accionante va dirigida a que el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, se pronuncie acerca de su solicitud de libertad condicional.

Dicha solicitud se satisfizo, pues conforme lo informado y acreditado en la contestación de la acción el referido Juzgado mediante auto interlocutorio No. 2462 del ocho de agosto de 2023³ se pronunció resolviendo conceder la libertad condicional incoada, determinación que fue debidamente notificada al afectado al día siguiente⁴.

En esa medida, en relación con el derecho fundamental al debido proceso se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado.

Según la interpretación que le ha otorgado la Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el hecho superado ocurre cuando: *“entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que por razones ajenas a la interacción del juez constitucional, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”*⁵.

La presente acción de tutela se asumió el tres de agosto de 2023 y el ocho de agosto de los corrientes el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, emitió decisión que concedió solicitud de libertad condicional a GABRIEL ANTONIO ATEHORTÚA GAVIRIA, es decir, en el trámite de la acción constitucional, se resolvió de fondo la pretensión del accionante, terminando así cualquier vulneración del derecho al debido proceso y petición.

³ PDF 010, folio 8.

⁴ PDF 010, Expediente Digital, folio 05, link acceso expediente 05861610022220178005801, carpeta Ejecución, carpeta GabrielAntonioAtehortuaGaviria, PDF 052.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar improcedente la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso y petición invocados por GABRIEL ANTONIO ATEHORTÚA GAVIRIA por presentarse el fenómeno jurídico del hecho superado.

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

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada

Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **db1625c739b5f0951a4667087a6279252ab1a81577538929f847277ce4e209c6**

Documento generado en 16/08/2023 04:53:18 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, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 290

M.P. Isabel Álvarez Fernández

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la decisión proferida el 21 de febrero de 2023 por medio de la cual, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Ant.), decretó la exclusión probatoria solicitada por la defensa.

ANTECEDENTES

Se desprende del escrito de acusación que, el 6 de agosto de 2017 a las 19:59 horas, Vianor Antonio Atencio Canoles quien se encontraba cumpliendo sus labores en el módulo N° 3 del área de inmigración Colombia - Aeropuerto José María Córdoba - de manera irregular apartó de la fila al ciudadano NEJMI SAKI en el momento que hacía su ingreso al país procedente de Panamá.

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

Luego de consultados los sistemas del área de migración se estableció que no hubo registro del tránsito migratorio internacional de este ciudadano extranjero al muelle internacional del aeropuerto, ni se dejó sentado en los registros esa tramitación migratoria.

De acuerdo con información suministrada por la policía australiana, el señor NEJMI SAKI formaba parte de un grupo criminal transnacional dedicado al tráfico de estupefacientes.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 26 de julio de 2018 se formuló imputación en contra de Vianor Antonio Atencio Canoles, asimismo el 14 de noviembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación por los delitos de falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.

Posteriormente, en sesiones del 20 de mayo y 20 de junio de 2019 se desarrolló audiencia preparatoria. El 21 de febrero de 2023 se dio inicio a la audiencia de juicio oral.

En esta última diligencia la defensa del señor Atencio Canoles solicitó la exclusión probatoria del informe investigador de campo de FPJ 11 emitido el 4 de septiembre de 2017 y suscrito por el investigador Alexander Barrios Cepeda, en el entendido que los resultados presentados ya habían sido obtenidos con anterioridad a la orden de búsqueda selectiva en base de datos.

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

Explicó que, según el testimonio vertido por los investigadores en el trascurso del juicio oral, conocieron del ingreso de Nejmi Saki a la ciudad de Medellín por un oficio de la policía internacional australiana de 22 de agosto de 2017 en el cual ponía de presente que, entre el 06 y el 07 de agosto de 2017 había llegado a la ciudad de Medellín y proveniente de Panamá, el masculino antes mencionado, el cual, era conocido por estar vinculado al narcotráfico.

En razón a esa información, la fiscalía delegada impartió una orden de búsqueda selectiva en bases de datos a través de la cual, se pretendió obtener los registros de video de las cámaras de seguridad de los parqueaderos del aeropuerto José María Córdoba, información de la declaración rendida ante la DIAN al momento de ingresar al país, información de los pasajeros de los vuelos, entre otros. A dicha orden se le impartió legalidad por parte del Juzgado 21 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá el 23 de agosto de 2017.

Sin embargo asegura que, de conformidad con la respuesta ofrecida por la Dirección de Impuestos y Aduanas DIAN ya habían dado contestación a los agentes de policía desde el día 14 de agosto de 2017, lo que significa que, desde antes de recibir la comunicación australiana y, desde antes de obtenerse el control de legalidad por parte del Juez Constitucional ya se había recolectado la información requerida por parte de los investigadores *-tal y como lo admitió el testigo Alexander Barrios en su testimonio-* y, únicamente acudieron ante el Juez Constitucional para darle visos de legalidad a un procedimiento que ya se había realizado sin el lleno de los

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

requisitos legales, vulnerando con ese actuar el debido proceso probatorio.

Denota irregularidad que, los investigadores sólo solicitaron los registros de videos de seguridad de un parqueadero en específico y de una empresa de parqueadero cuando por lo menos 5 compañías prestaban sus servicios en ese sector.

Aunado a ello que, sólo hayan solicitado los registros de video de migración Colombia entre las 19:30 horas y las 20:00 horas, es decir en una hora determinada cuando en la información entregada por los agentes de policía extranjeros no se refirió un aproximado de tiempo en el cual, el ciudadano requerido ingresó a la ciudad.

DECISIÓN IMPUGNADA

El Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro, en audiencia de juicio oral celebrada el 21 de febrero de 2023, después de realizar una diferenciación entre prueba ilegal y prueba ilícita decidió decretar la exclusión probatoria solicitada por la Defensa pues se logró advertir irregularidades en cada uno de los actos de investigación que se realizaron entre el 23 de agosto 2017 y el 04 de septiembre 2017, los cuales aunque daban una sensación de legalidad, se trató en realidad, de información obtenida entre el 06 de agosto de 2017 y el 14 de agosto de 2017, es decir previo a que el Juez con Función de Control de Garantías ordenara la búsqueda selectiva en bases de datos.

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

Explicó que, antes de obtenerse el aval por parte del juez constitucional, es decir del 23 de agosto de 2017 policía judicial ya había recolectado información por parte de copa Airlines, Migración Colombia, Tierra Aire S.A y la DIAN con sus anexidades: es decir, listado de pasajeros, datos particulares, videos DVD de los pabellones 1 al 9 de migración Colombia, zona aeroportuaria internacional, fichajes de control, entre otras, lo que da a entender que, de forma que de forma irregular y, antes del 22 de agosto hubo un emprendimiento investigativo por parte del Cuerpo Técnico de Investigación sin contarse con autorización por parte del funcionario judicial competente.

Conforme con ello, accedió al pedimento de la Defensa y decretó la exclusión del informe investigador de campo FPJ 11 emitido el 4 de septiembre de 2017 junto con sus anexos.

APELACIÓN

La Fiscalía inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación en contra del auto emitido, indicando que la decisión resultó apresurada, porque para el momento procesal que se decretó, existían vacíos respecto de qué fue lo que ocurrió entre el 06 de agosto de 2017 y el 22 de agosto de la misma anualidad, y eso justamente es lo que debe ser dilucidado en el testimonio del investigador Elkin Orlando Mora Beltrán, el cual apenas se estaba empezando a surtir.

Explicó el delegado de la Fiscalía que en ese momento procesal se ha venido escuchando de los testigos

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

solicitados y autorizados, entre ellos, el señor Alexander Barrio Cepeda, y estaba iniciando el testimonio del investigador Elkin Orlando Mora Beltrán, quien daría cuenta de las diligencias por él adelantadas y sobre lo que se hizo en las fechas anteriormente mencionadas.

Expresó que hasta el momento en el que se decretó la exclusión en el juicio, había quedado claro de manera genérica la actuación que este último funcionario de policía judicial había adelantado, pero que no se le había indagado acerca de las actuaciones realizadas con anterioridad al recibimiento de esa comunicación por parte las autoridades extranjeras ni a los informes que ya se habían rendido, situación que sería decantada por él tal y como se anunció desde audiencias previas al juicio oral.

Manifestó que aplicar la máxima sanción, esto es, la exclusión de los elementos con vocación probatoria sin antes haber escuchado la ponencia de manera completa quebranta el principio de imparcialidad pues se estaría adoptando una decisión sólo con la versión de la defensa sin permitirse al testigo deponer sobre el asunto en cuestión.

Aseguró que, al mes de agosto de 2017, no existían elementos indicativos que determinaran presunto compromiso penal de ninguna persona en Colombia como presunto colaborador o partícipe o integrante de esa organización transnacional dedicada al tráfico de estupefacientes, y menos aún, respecto de los punibles por los cuales se está adelantando la presente indagación, por esta razón mal puede indicarse que desde un inicio la Fiscalía o su

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

cuerpo de policía judicial de apoyo, infringió norma alguna de índole constitucional o legal. Reiteró que, ese aspecto sería aclarado por parte del testigo que ofreció el ente acusador, pero que, al no habersele permitido culminar su ponencia, ese aspecto quedó sin explicación.

En todo caso recordó que, de acuerdo con la decisión emitida por el Tribunal Superior de Antioquia cuando se desató el recurso de apelación interpuesto en el marco de la audiencia preparatoria, esos actos investigativos ni siquiera ameritaban un control por parte de un juez constitucional, por lo que, de ninguna manera deben ser objeto de rechazo.

Adicionalmente, solicitó que se estudiara la posibilidad de revisar la permanencia del Juez *A quo* en este juicio, salvo que éste se declare impedido, toda vez que hizo mención y valoración de algunos medios de prueba en su decisión.

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

La Defensa como no recurrente solicitó que se declarara desierto el recurso interpuesto, toda vez que la Fiscalía omitió presentar los errores en la aplicación jurídica de la norma, su ataque se fundamentó simplemente en sustentar que se debía agotar el testimonio del señor Elkin Orlando Mora y una vez finalizado se podría adoptar la decisión sobre los elementos a incorporar, sin indicar de qué manera erró el funcionario en sus apreciaciones jurídicas.

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

En caso de que, el titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro considere viable darle trámite al recurso interpuesto, se debe tener en cuenta que en la prueba testimonial realizada al investigador Alexander Barrios éste aceptó las irregularidades que se cometieron pues se adelantaron actos de investigación y a los cuales se pretendió dar visos de legalidad al acudir ante un juez con funciones de control de garantías.

En su sentir, tuvo que existir “un elemento muy oscuro” para que ellos conocieran de esa información desde antes del 22 de agosto de 2017 puesto que, ni siquiera han querido develarlo en este juicio oral, de ahí que, la exclusión de la evidencia es el único camino procesal que debe seguirse.

Recuerda que, antes de un aval constitucional obtuvieron información por parte de la DIAN lo que significa que para ese momento también contaban con la información por parte de migración Colombia y Copa Airlines

Aseguró que, si bien Elkin Orlando Mora apenas está en desarrollo del interrogatorio directo, pero con él se pretende incorporar la evidencia que está llamada a ser excluida, razón por la cual se hace necesario un pronunciamiento judicial en este momento procesal.

Solicita se confirme la decisión tomada por el A quo donde se decreta la exclusión probatoria.

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

Al haberse cumplido con la carga argumentativa, el Despacho concede el recurso de alzada, desestimando con ello, la primera pretensión del apoderado judicial del procesado.

CONSIDERACIONES

Es competente la Sala para decidir el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía en contra del auto atrás reseñado, de conformidad con el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

El tema jurídico que debe abordar la Magistratura es el relativo a establecer, si en el presente caso, le era dable al Juez de primera instancia excluir el informe con formato FPJ – 11 emitido el 4 de septiembre de 2017 junto con sus respectivos anexos en el entendido que, los resultados presentados ya habían sido obtenidos con anterioridad a la orden de búsqueda selectiva en base de datos expedida por el Juez 21 con Función de Control de Garantías de Bogotá el día 23 de agosto de 2023.

Una vez analizadas las posturas adoptadas por las partes y la resolución del caso adoptada por el Juez de primera instancia, encuentra la Sala que, la misma resulta equivocada.

Debe recordarse que, en la audiencia preparatoria, el ente acusador indicó cuales serían los documentos que pretendería ingresar con los investigadores Alexander Barrios Cepeda y Elkin Orlando Mora, de manera expresa hizo referencia a algunos actos previos que fueron tramitados por policía judicial

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

antes de que se allegara información extranjera el 22 de agosto de 2017.

A minuto 00:42:27 del registro de la audiencia preparatoria, al momento de referirse sobre las solicitudes probatorias, el delegado fiscal indicó que, a través de esos agentes de policía judicial pretendería ingresar, entre otros:

*“...Orden de búsqueda selectiva en bases de datos del **04 de agosto de 2017** que se dispuso para verificar el registro migratorio de NEJMI SAKI ...Informe de investigador de campo del **04 de agosto de 2017** a través del cual se solicita la vigilancia y seguimiento pasivo de personas específicamente del ciudadano holandes NEJMI SAKI así como la carta del día **31 de julio de 2017** allegada a través de la policía judicial australiana en la que da cuenta sobre información sobre este ciudadano que permitió su individualización e identificación...”*

Con esa enunciación de esos elementos que no resultan ser novedosos, sino que, eran conocidos por la Defensa inclusive desde el escrito de acusación se logra advertir que, la Fiscalía General de la Nación a través de sus delegados ya venía adelantando una serie de actos investigativos desde antes de que se recibiera el comunicado del 22 de agosto de 2017, actos que inclusive ya habían sometidos a control ante un juez con función de control de garantías el 04 de agosto de 2017.

Y es que, si bien no sea develado el contenido de esas pesquisas, ello es simplemente por la dinámica utilizada por parte del delegado del ente acusador al momento de interrogar a su testigo, lo que de ninguna manera puede llevar a pensar que se

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

trata de una omisión pues se itera que, su ponencia aún no ha finalizado.

Luego, resulta desacertado tildar ese informe suscrito el 04 de septiembre de 2017 como ilegal cuando no se le ha permitido al testigo explicar los motivos por los cuales de forma anterior a la comunicación extranjera venían adelantando labores investigativas, mismas que, según el contenido de la audiencia preparatoria no resultan ser “oscuras” tal y como las tildó la Defensa sino que, se trata de labores que contaban inclusive con respaldo por parte del fiscal delegado y de un juez con funciones de control de garantías.

Y es que, si bien el titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro no intervino en las diligencias previas al juicio oral sino que, en su momento ocupaba ese cargo otra funcionaria, le resultaba importante verificar el contenido de esas diligencias, especialmente de la audiencia preparatoria pues esa escucha le hubiera brindado los lineamientos elementales para resolver las peticiones elevadas por las partes, sobre este aspecto por ejemplo, le hubiere permitido determinar que, el testigo que estaba deponiendo además de haber rendido ese informe el 04 de septiembre de 2017, suscribió algunos otros, inclusive un mes atrás, ello de conformidad con las manifestaciones del fiscal delegado en el marco de la enunciación de los medios de prueba así como de la pertinencia y utilidad de cada uno de ellos.

En todo caso, debe recordarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 244 del Código de Procedimiento

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

Penal, la policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

Por su parte, cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, **que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas**, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.

De acuerdo a la información que ha sido develada por las partes en el marco de esta discusión jurídica, el informe del 04 de septiembre de 2017 contiene una respuesta de la aerolínea Copa Airlines en la cual remite un listado de los pasajeros que abordaron el vuelo 679 procedente de ciudad Panamá a Medellín el 06 de agosto de 2017, también allega una respuesta de la oficina de Migración Colombia con los registros de video de las cámaras de seguridad y de la entidad privada Tierra Aire S.A, parqueadero público subyacente a la misma plataforma del aeropuerto José María Córdova también con el contenido fílmico de esa misma fecha.

Nótese como estas tres primeras actividades investigativas ni siquiera ameritaban una búsqueda selectiva en bases de datos, es decir un control por parte de un juez con función

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

de control de garantías pues, se trata de información que de ninguna manera puede ser catalogada como privada o sensible.

Sobre este aspecto se refirió la Corte Suprema de Justicia en Auto AP790-2020 a través del cual indicó que si los datos que se requieren no hacen parte de la vida íntima o personalísima ni revela hábitos o la individualidad de la persona, su conocimiento por parte de terceros no trasgrede el derecho fundamental a la intimidad.

Conforme con ello, policía judicial podía indagar sobre esos tres aspectos de carácter general, sin siquiera contar con un aval por parte de un despacho constitucional pues, de ninguna manera estaban profundizando en datos reservados de alguna persona en específica.

Luego, independientemente si ya se había obtenido esa información antes del 23 de agosto de 2017, fecha en la cual se impartió legalidad a la búsqueda selectiva en bases de datos lo cierto es que, la misma de ninguna manera puede ser catalogada como ilegal pues, itérese que, los investigadores no requerían autorización para solicitar y obtener esos datos.

Por último, debe recordarse que, ese informe sobre el cual se solicita la exclusión consigna una respuesta emitida por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN en la cual se corre traslado de la ficha de proclamación de bienes fiscales que registró el ciudadano extranjero NEIMI SAKI en su ingreso al país.

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

La legalidad de este elemento, fue un problema jurídico ya dirimido al momento de resolverse el recurso de apelación propuesto desde audiencia preparatoria. A través de auto del 08 de junio de 2020, la Sala refirió:

“Ahora bien, la defensa de manera concreta, frente a la respuesta de la DIAN sobre el registro de equipaje del viajero Neimi Saqui, se duele de que la misma respuesta suministrada ya se había entregado al mismo funcionario investigador Mora Beltrán desde el 14 de agosto de 2017, lo cual evidencia que ya se tenía la información 9 días antes de que la Fiscalía obtuviera la autorización previa a desplegar ese concreto acto de investigación.

Pero una vez más, en su cometido de lograr la exclusión por ilegalidad de dicha pieza procesal, omite la carga argumentativa necesaria, pretermitiendo señalar cuál es la trascendencia del presunto actuar irregular por parte del ente investigador, lo cual no se satisface con sus manifestaciones en torno a que en esa información se encuentra el registro de equipaje del viajero en cuestión, su nombre, y el lugar en que se hospedaría.

Tendría que haberse acreditado en qué medida se comprometió el derecho fundamental al debido proceso u otras garantías fundamentales como el habeas data o la intimidad pregonadas por la defensa, bajo el entendido que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a la exclusión de la evidencia; se hacía necesario, en efecto, demostrar la lesión a dichas garantías fundamentales y cuál fue la afectación de su núcleo esencial, como se exige en Auto bajo radicado 54.600 del 13 de mayo de 2020, de la Corte Suprema de Justicia, más aún cuando lo que puede constatarse en concreto es que la DIAN a través de su funcionaria, atendió un requerimiento por parte de la Fiscalía en el marco de la orden a búsqueda selectiva en base de datos autorizada el 23 de agosto de 2017, y a

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

consecuencia de ello fue emitida una respuesta dentro del lapso de tiempo permitido por el Juez de control de garantías, como se acreditó por parte del ente acusador...”

En este escenario procesal deben reiterarse las mismas consideraciones esbozadas en esa anterior oportunidad indicándose adicionalmente que, si bien esa respuesta puede contener información privada del ciudadano extranjero NEIMI SAKI lo cierto es que, la Defensa no indicó de qué manera ese acto procesal afectó los intereses de su prohijado Vianor Antonio Atencio Canoles, pues debe recordarse que, en últimas la información que allí se consigna contiene datos privados de una persona que ni siquiera está siendo objeto de juzgamiento.

No indicó la Defensa de qué manera la recolección de esa información que hoy refuta, afectó las garantías fundamentales de su prohijado o del proceso máxime cuando la información que se pretende incorporar fue obtenida en el marco de la orden emitida por el Juez 21 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá.

Así las cosas, la Sala **revocará** el interlocutorio recurrido, en sentido de **no decretar** la exclusión del informe FPJ 11 suscrito el 4 de septiembre de 2017 junto con sus anexos.

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,

Nº Interno:	2023-0308-4
Radicado:	110016000098201780220
Procesado:	Vianor Antonio Atencio Canoles
Delito:	Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión y tráfico de migrantes.
Decisión:	Revoca

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto impugnado y **NO DECRETAR** la exclusión del informe FPJ 11 suscrito el 4 de septiembre de 2017 junto con sus anexos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la actuación al Juzgado de primera instancia para que continúe con el curso del proceso.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN

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: **5a8379d02b8001fdc6c75372c36b071f8d9c5e8324753e85b4ff319e162136d9**

Documento generado en 16/08/2023 04:42:45 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Medellín, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicado	2023-1390-4
CUI	05001600000020190135300
Acusado	Rubén Darío Rojas Tamayo
Asunto	Acción de revisión
Decisión	Inadmite

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 288

ASUNTO

La Sala de pronuncia en relación con la admisibilidad de la acción de revisión promovida por el sentenciado **Rubén Darío Rojas Tamayo**, contra una sentencia proferida en su contra su por parte del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Antioquia en la cual se le impuso la pena de 129 meses de prisión *-sin indicar por cual delito-*

CONTENIDO DE LA SOLICITUD

De la exposición que hace el sentenciado en su escrito, se puede extraer que acude a la acción de revisión por cuanto, prestó colaboración efectiva a la Fiscalía que, permitió la captura de dos agentes de la policía que realizaban actos de

Radicado 2023-1390-4
CUI 05001600000020190135300
Acusado Rubén Darío Rojas Tamayo
Asunto Acción de revisión
Decisión Inadmite

corrupción en el corregimiento de Parabandó del municipio de Mutatá.

Refirió que, su abogado defensor y el delegado fiscal arribaron a un preacuerdo en el cual se le imponía una pena de 129 meses de prisión pero que, a cambio de esa información contra los agentes del orden el ente acusador le señaló que rebajaría el monto a 65 meses, promesa que no se ha cumplido.

Solicita se revise su sentencia para que, se cumplan con los compromisos pactados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala de Decisión Penal es competente para conocer del asunto, según lo previsto en el numeral 3 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Es preciso advertir que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la acción de revisión es "*un instrumento de garantía que otorga el derecho a quien considere fundadamente que el fallo o la decisión definitiva que se haya emitido merece ser revisada para que, una vez ceda el principio de la cosa juzgada, pueda la misma jurisdicción ordinaria corregir el error que se pudo haber cometido, por cualquiera de las causas señaladas taxativamente en la ley*".

En cuanto a la legitimación para presentar la acción de revisión, el artículo 193 de la Ley 906 de 2004 establece:

"Legitimación. La acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que

Radicado 2023-1390-4
CUI 05001600000020190135300
Acusado Rubén Darío Rojas Tamayo
Asunto Acción de revisión
Decisión Inadmite

*ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión. **Estos últimos podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio. En los demás casos se requerirá poder especial para el efecto***".

Ahora bien, en el presente evento, en el que el interés para accionar proviene del sentenciado, la acción de revisión debe ser promovida por medio de un abogado, quien debe presentar una demanda especial que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 194 del Estatuto Procesal.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado lo siguiente:

*"En este orden de ideas, si bien no se discute que el sentenciado tiene legitimidad para invocar la acción (...) **es imperativo que acuda mediante abogado titulado que tenga poder especial para ello**, quien deberá formular una demanda ajustada a los requisitos legalmente establecidos para su admisión, dado que, se trata de un proceso distinto al que culminó en las instancias.*

Sobre el tópico, la Sala se ha pronunciado de manera pacífica y reiterada en este sentido:

"Desde ese punto de vista, la revisión es una acción judicial autónoma, dirigida contra un proceso penal concluido, y por ello la demanda debe ser presentada por un abogado titulado que tenga poder especial para hacerlo, así se trate del mismo profesional que intervino en el trámite ordinario, o de un defensor distinto.

La necesidad de acreditar poder especial no obedece a una exigencia meramente formal, sino que la legitimidad por parte activa es un requisito de procedibilidad de la acción de revisión, la cual no puede iniciarse sin la presentación de la demanda por un abogado que haya recibido poder para ese efecto, puesto que no es la continuidad del proceso penal, sino el ejercicio de un mecanismo jurídico excepcional y distinto, orientado a remover la entidad de cosa juzgada.

El poder es el instrumento a través del cual la Corte verifica la legitimidad del abogado para actuar, en el sentido de demostrar la existencia del vínculo entre el profesional y el titular del derecho para ejercer la acción de revisión"¹.

¹Autos del 8 de agosto de 2002 y 18 de abril de 2012, Radicados Nos. 18.693 y 37.252, respectivamente.

Radicado 2023-1390-4
CUI 05001600000020190135300
Acusado Rubén Darío Rojas Tamayo
Asunto Acción de revisión
Decisión Inadmite

Acorde con lo anotado, se tiene que el accionante JIMMY ALBERTO FORY GONZÁLEZ no cumple con la exigencia demandada por la norma y aunque no se discute que él mismo está facultado para promover la revisión de su proceso, es imperativo que se trate de abogado titulado legalmente autorizado para ejercer la profesión, calidad que no le es predicable².

Por lo tanto, como en este asunto no se cumple con la exigencia establecida en el artículo 193 de la Ley 906 de 2004, esto es, la legitimidad para presentar la acción de revisión, por ser el propio condenado el que interpone esta demanda y no un abogado como lo dispone la norma, la acción será inadmitida.

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

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda de revisión presentada por el sentenciado **Rubén Darío Rojas Tamayo**.

Contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

² Auto del 12 de diciembre de 2012. Radicado No. 40.363.

Radicado 2023-1390-4
CUI 05001600000020190135300
Acusado Rubén Darío Rojas Tamayo
Asunto Acción de revisión
Decisión Inadmite

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: **766f80e70101049069b9283c2162a9ee78e6c39542944bfcfacbaf7c64378e52**

Documento generado en 16/08/2023 04:42:52 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicado	2023-1477-4
CUI	05 045 31 04 001 2021 00199
Accionante	Sergio Humberto Cadavid Bedoya
Accionado	UARIV
Asunto	Consulta desacato
Decisión	Confirma

Aprobado mediante Acta Nº 289 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta del incidente de desacato mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó Antioquia, el 09 de agosto de 2023 impuso sanción a la **Directora General de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV, Dra. María Patricia Tobón Yagarí y a la Directora Técnica Dra. Andrea Nathalia Romero Figueroa**, por ser las encargadas de cumplir con la sentencia de tutela.

ANTECEDENTES

Con sentencia de 14 de septiembre de 2021 la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, revocó la decisión de tutela de primera instancia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo y, en su lugar amparó los derechos fundamentales de **SERGIO HUMBERTO CADAVID BEDOYA**, ordenado a la **UARIV** que:

En cumplimiento de la resolución del 16 de mayo de 2016, a través de la cual reconoce la calidad de víctima del actor, lo requerirá a fin de que allegue

Radicado	2023-1477-4
CUI	05 045 31 04 001 2021 00199
Accionante	Sergio Humberto Cadavid Bedoya
Accionado	UARIV
Asunto	Consulta desacato
Decisión	Confirma

a la respectiva sede los documentos reglamentarios para acreditar su estado de salud, una vez lo cual, dentro de los tres días siguientes a esa actuación, emitirá el acto administrativo mediante el cual le asignará un turno de atención para acceder a la reparación administrativa indicándole si es procedente su priorización por su especial condición.”

Mediante escrito del 14 de julio de 2023 el Defensor del Pueblo Regional Urabá presentó incidente de desacato alegando el incumplimiento de la accionada, pues a pesar de haberle sancionado mediante desacato desde el mes de febrero de 2022, la UARIV no ha procedido a brindar un turno al señor Cadavid Bedoya para la entrega de los recursos monetarios.

El día 31 de julio del año en curso, el Despacho de primera instancia ordenó requerir a las Directoras General y Técnica de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, UARIV, para que dentro del término de dos (02) días siguientes a la notificación, presentaran las pruebas sobre el cumplimiento del fallo, so pena de abrirse el trámite incidental; al no hacerlo, el día 03 del mismo mes se admitió el trámite incidental y ordenó correr traslado a las doctoras Patricia Tobón Yagarí y Andrea Nathalia Romero Figueroa, representantes de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, UARIV, para que dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación del auto admisorio del incidente, aportaran las pruebas que tuvieran en su poder o solicitaran las que estimaran pertinentes.

Dichos actos de comunicación que se surtieron en las fechas del 31 de julio y 03 de agosto de 2023, respectivamente, mediante el correo electrónico notificaciones.juridicauariv@unidadvictimas.gov.co, sin que tampoco se hubiere obtenido un pronunciamiento al respecto.

Con decisión adiada el 09 de agosto de 2023, se declaró en desacato a las funcionaras antes mencionadas imponiéndoles una

Radicado	2023-1477-4
CUI	05 045 31 04 001 2021 00199
Accionante	Sergio Humberto Cadavid Bedoya
Accionado	UARIV
Asunto	Consulta desacato
Decisión	Confirma

sanción de 3 días de arresto y multa de 3 salarios mínimos legales mensuales.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

Al respecto, la *H. Corte Constitucional* ha señalado que el desacato *“no es otra cosa que el incumplimiento de una orden impartida por un juez y contenida ya sea en una sentencia o en cualquier providencia dictada en ejercicio de sus funciones y con ocasión de trámite de una acción de tutela”*¹, y que dicha figura se traduce en una *“medida de carácter coercitivo y sancionatorio con que cuenta el juez de conocimiento de la tutela para sancionar a quien desatienda sus órdenes expedidas para proteger de manera efectiva derechos fundamentales”*².

¹ Sentencia T-459 de 2003.

² Sentencia T-188 de 2002, retomada en la sentencia T-459 de 2003.

Radicado	2023-1477-4
CUI	05 045 31 04 001 2021 00199
Accionante	Sergio Humberto Cadavid Bedoya
Accionado	UARIV
Asunto	Consulta desacato
Decisión	Confirma

En relación con los requisitos que se deben cumplir para que sea procedente la sanción por desacato a una orden judicial proferida al finalizar el trámite de una acción de tutela, es necesario analizar la ocurrencia de dos postulados, uno de carácter objetivo y otro subjetivo; el primero de ellos relacionado con el incumplimiento del fallo, esto es, cuando de los elementos probatorios obrantes en la carpeta se evidencia que la orden ha sido inobservada; el segundo guarda relación con la persona que estaba llamada a cumplir la orden judicial, cuando se evidencia una actitud negligente u omisiva del funcionario encargado de su cumplimiento; este último elemento se verifica con la identificación clara del sujeto pasivo de la orden y analizando cual ha sido la actitud de éste frente a la misma, si actuó de manera diligente a fin de garantizar los derechos del accionante protegidos en la sentencia de tutela.

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

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

En primer lugar, frente al trámite incidental, se tiene que hubo apertura del incidente de desacato en contra la Dra. Patricia Tobón Yagarí y la Dra. Andrea Nathalia Romero Figueroa, representantes de la

Radicado	2023-1477-4
CUI	05 045 31 04 001 2021 00199
Accionante	Sergio Humberto Cadavid Bedoya
Accionado	UARIV
Asunto	Consulta desacato
Decisión	Confirma

Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, UARIV, sin que hubieren ejercitado su derecho de contradicción y defensa.

A continuación, se profirió auto mediante el cual fueron sancionadas con arresto de *tres (3) días* y multa de *tres (3) S.M.L.M.V.*, de lo cual también fueron enteradas vía correo electrónico.

Ahora bien, se logró determinar que las personas vinculadas tienen responsabilidad en el cumplimiento de la orden de tutela, como es su deber dentro de la entidad y sin que hasta el momento se hubiera demostrado algo diferente, pues a pesar de los múltiples requerimientos no se pronunciaron siquiera sobre los motivos por los cuales no han brindado cumplimiento a la orden de tutela proferida hace casi dos años atrás, esto es, desde el 14 de septiembre de 2021.

Es que en verdad le asiste razón a la primera instancia en punto a que las encargadas de impartirle trámite a esa orden judicial han asumido una actitud indiferente en torno a la protección de los derechos del señor Sergio Humberto Cadavid Bedoya, sin que hubiese demostrado por lo menos, una actitud positiva dirigida a cumplir con lo ordenado por el Juez Constitucional, no quedando otra alternativa para la Sala que la de confirmar la providencia bajo estudio, habida cuenta el incumplimiento de sus deberes como dignatarias de la entidad.

La jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia³ ha insistido en que para establecer si existió o no desacato, es menester hacer una comparación entre lo resuelto en la sentencia y la supuesta omisión endilgada a su destinatario, y en esta oportunidad se encuentra acreditado

³ Corte Suprema de Justicia T6600122130002017-00078-02, del 20 de agosto de 2019.

Radicado	2023-1477-4
CUI	05 045 31 04 001 2021 00199
Accionante	Sergio Humberto Cadavid Bedoya
Accionado	UARIV
Asunto	Consulta desacato
Decisión	Confirma

que a las funcionarias encargadas del cumplimiento constitucional les han sido notificadas las diferentes decisiones adoptadas dentro de este trámite constitucional, sobretodo las actuaciones del respectivo incidente de desacato; sin embargo, hasta ahora no existe prueba de su cumplimiento, lo cual no es justificable, más cuando la orden de tutela fue hace 23 meses, lo que significa que han contado con tiempo suficiente para dar cumplimiento al fallo de tutela, sin que hasta el momento se haya demostrado siquiera tal proceder.

Se evidencia entonces, que la **Directora General de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV, Dra. María Patricia Tobón Yagarí y a la Directora Técnica Dra. Andrea Nathalia Romero Figueroa**, tienen el deber de velar por el cumplimiento de los fines para los cuales fue creada la entidad que representan, sin que atiendan sus obligaciones o brinden alguna justificación válida para el incumplimiento.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la providencia del *09 de agosto de 2023*, proferida por el *Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó Antioquia* que, sancionó por desacato a la Directora General de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV, Dra. María Patricia Tobón Yagarí y a la Directora Técnica Dra. Andrea Nathalia Romero Figueroa, con *tres (03) días* de arresto y multa equivalente a *tres (03) S.M.L.M.V.*, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

Radicado	2023-1477-4
CUI	05 045 31 04 001 2021 00199
Accionante	Sergio Humberto Cadavid Bedoya
Accionado	UARIV
Asunto	Consulta desacato
Decisión	Confirma

En consecuencia, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala, se proceda a retornar las diligencias al Despacho de origen para los fines pertinentes.

CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

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

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

Código de verificación: **abf31d9efd93496b742358ad808ce5f5f5744299dcc36225ea6ca4755088fc9f**

Documento generado en 16/08/2023 04:43:01 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 052846000335202200120 **N.I.** 2023-526
Acusados: Jaime Alejandro Suarez y Marlon Gaviria Montoya
Delito: Receptación
Decisión: Anula
Aprobado mediante acta virtual No.123 de agosto 16 del 2023

Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -
Medellín, agosto dieciséis de dos mil veintitrés

1. Objeto del pronunciamiento. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida el pasado 2 de febrero del año en curso por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino.

2. Hechos y Actuación procesal Relevante.

JAIME ALEJANDRO SUAREZ ORTIZ y MARLON GAVIRIA MONTOYA, el 15 de agosto del 2022 en el municipio de Cañas Gordas, fueron interceptados por la Policía, después de que el ciudadano ANDERSON FELIPE RESTREPO MONTOYA, solicitara información sobre una motocicleta que los antes referidos se encontraban ofreciendo en venta.

Los referidos fueron retenidos por agentes de la Policía, y llevados ante la Fiscalía General se les imputó el delito de RECEPCION en calidad de coautores.

Posteriormente la Fiscalía informó haber llegado a un preacuerdo con los procesados quienes por aceptar responsabilidad penal y solo como una ficción para efectos de la punibilidad se les aplicaría la pena del cómplice en consecuencia se pactó una pena de 36 meses de prisión y 3. 5 S.M.L.M.V. como multa.

En la audiencia de individualización de la pena el fiscal informó que por prohibición del artículo 68 A del Código Penal no hay lugar a otorgar beneficios o subrogados a su vez cada uno de los defensores de los procesados, reclamaron se concediera los mecanismos sustitutivos de la pena visto que el delito de receptación no está contemplado en el artículo 68 A del Código Penal y de otra parte se reúnen los requisitos para la prisión domiciliaria para lo cual presentaron varios elementos materiales de prueba con los que sustenta sus pretensiones.

3. Sentencia apelada. -

Después de relatar el acontecer fáctico y resumir la actuación, indica el señor Juez de primera instancia que en virtud de la aceptación de cargos se encuentra debidamente demostrada la autoría y participación del procesado en el delito endilgado.

Se ocupó igualmente de los diferentes elementos materiales probatorios y evidencias que se acompañaron junto con la aceptación de cargos y encontró entonces que la materialidad de la conducta enrostrada estaba acreditada y vista que la aceptación de cargos fue libre consiente y voluntaria encontró procedente entrar a emitir una sentencia condenatoria.

Señaló entonces que la pena que se debían descontar los procesados era la pactada de 36 meses, y multa de 3.5 S.M.L.M.V.

En cuanto a los mecanismos sustitutivos de la pena esto es suspensión condicionada y la prisión domiciliaria se indicó que no era posible conceder los mismos por expresa prohibición legal- artículo 68 A del Código Penal, independientemente del monto de la

pena impuesta y en relación a la prisión domiciliaria por la condición de padre de cabeza de familia que deprecó la defensa en la audiencia de individualización de la pena señaló que aunque los procesados procrearon unos hijos que actualmente son menor de edad y depende económicamente de él, estos cuentan con sus progenitoras y por lo tanto no se puede conceder la prisión domiciliaria.

4. Del recurso interpuesto. -

Dentro del término de ley, los defensores de los procesados, interponen recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en relación a la negativa de la concesión de la prisión domiciliaria.

De forma similar los dos profesionales del derecho fundamentan sus argumentos señalando que en primer lugar los procesados no tienen antecedentes penales en los 5 años anteriores condenado por uno de los delitos endilgados en el artículo 68 A, que la pena es inferior a los 8 años, y que además cuenta con arraigo, por lo tanto, es posible otorgar la prisión domiciliaria.

Igualmente indican que hay una errónea valoración de los diferentes elementos materiales de prueba que se presentaron en la audiencia de individualización de la pena, pues no es que se pretenda reclamar una prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, sino que se pretende demostrar la condición de arraigo de su representados lo que permite tener por cumplidos los requisitos legales para conceder la prisión domiciliaria.

Reclaman entonces se revoque la sentencia condenatoria solamente en el punto de negar la prisión domiciliaria.

5. Consideraciones de la Sala. -

El tema de estudio para la Sala según se desprende de la apelación lo es ¿si procede la prisión domiciliaria para los procesados?

Inicialmente la Sala debe precisar que en la presentación del preacuerdo el pasado 15 de diciembre del 2022, que consta en dos registros los cuales tiene diversos inconvenientes para su cabal audición, se tiene que inicialmente se dio lectura a un acta de preacuerdo y posteriormente se dio curso a la audiencia de individualización de la pena, sin embargo se aprecia que en momento alguno se hiciera alguna precisión sobre la prohibición de conceder subrogados o prisión domiciliaria para el delito de receptación por encontrarse enlistado en el artículo 68 A como los que tiene prohibidos beneficios o subrogados al ser un delito contra la administración de Justicia, no se hizo ninguna mención al momento de la presentación del preacuerdo, y tal tema solo vino a ventilarse ya en la audiencia de individualización de la pena, con lo que salta a la vista que en la presentación del preacuerdo no se dio una información completa sobre las condiciones del mismo en especial lo que tiene que ver con la forma como se cumpliría la pena pactada, visto que es un preacuerdo que conforme a las previsiones que la jurisprudencia ha fijado es de aquellos en los que recurriendo a una ficción jurídica se pacta la pena del cómplice para quienes son autores.

Al respecto se debe resaltar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema de los preacuerdos sin base fáctica, en Sentencia del 24 de junio del 2020. M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR en el radicado 5227, hace importantes precisiones sobre los preacuerdos así:

...Los límites al monto de los beneficios otorgados en virtud de un acuerdo consistente en el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica.

Frente a los cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a la rebaja de pena, no solo existe el debate sobre la falta de correspondencia entre los hechos y las normas elegidas.

*Sin perjuicio de lo expuesto sobre el particular en los numerales anteriores, **también** debe establecerse si, bajo esa modalidad, la Fiscalía puede conceder beneficios sin ningún límite.*

Según se ha venido indicando, en la SU479 la Corte Constitucional analizó dos casos que guardan similitud con el asunto sometido a conocimiento de la Sala, pues en todos ellos el cambio de la calificación jurídica dio lugar a una rebaja punitiva superlativa, equivalente a más del 80% de la pena establecida legalmente para los hechos objeto de investigación y juzgamiento.

La Corte Constitucional resaltó que (i) el cambio de calificación jurídica, cuando no tiene base fáctica, no puede ser utilizado para conceder beneficios desproporcionados; (ii) los acuerdos deben ajustarse al marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y (iii) en cada caso, los fiscales deben considerar las directivas emitidas por la fiscalía general de la Nación.

En tal sentido, la Corte Constitucional hizo hincapié en que la actuación de los fiscales está regida por el concepto de discrecionalidad reglada, conforme al cual deben armonizarse el necesario margen de maniobrabilidad para la solución temprana de los casos y la sujeción a la Constitución Política, la ley y las directrices trazadas por la fiscalía general de la Nación.

El concepto de discrecionalidad reglada también ha sido desarrollado por esta Sala, principalmente en lo que atañe al “juicio de imputación” y “el juicio de acusación”. En efecto, se ha aclarado que aunque los jueces no pueden ejercer control material sobre las actuaciones reguladas en los artículos 286 y siguientes (imputación) y 336 y siguientes (acusación), los fiscales tienen la obligación de acatar los presupuestos materiales de esas decisiones y deben cumplir los requisitos formales establecidos por el legislador, en buena medida orientados a garantizar los derechos del procesado y la debida configuración del debate acerca de la responsabilidad penal (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599, entre otras).

En armonía con lo expuesto en la referida sentencia de unificación, la Sala considera que la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite concluir que esta forma de acuerdos (cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena) no tiene aparejado un poder ilimitado para conceder beneficios, al punto que los mismos puedan consistir en la supresión de prácticamente la totalidad de la pena procedente frente a los hechos jurídicamente relevantes.

Por el contrario, se advierte que en los ámbitos de “disposición” de la acción penal se acentúa el concepto de discrecionalidad reglada.

Así, por ejemplo, para solicitar la preclusión, el fiscal debe indicar “los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación”, y, a partir de ello, debe fundamentar “la causal incoada” (Art. 333).

En esta norma subyace una idea trascendente para el tratamiento sistemático del tema que ocupa la atención de la Sala. En efecto, si se parte de la base de que los fiscales deben realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación, lo que implica, principalmente, la constatación de los estándares previstos en los artículos 287 y 336 de la Ley 906 de 2004, así como un estudio cuidadoso de la normatividad aplicable, resulta razonable que expliquen en qué sentido ha variado esa situación, al punto que sea procedente la preclusión de la acción penal.

Lo anterior confirma, además, que, aunque los jueces no controlan materialmente la imputación y la acusación (en el momento de la actuación en que ocurren estas actuaciones), tienen amplias facultades para constatar los presupuestos fácticos y jurídicos de las decisiones que las partes les solicitan, precisamente porque las mismas son expresión del ejercicio jurisdiccional, tal y como se explicó en el numeral 6.2.2.1.

Lo anterior se aviene a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la posibilidad que tienen los jueces de emitir sentencia condenatoria a pesar de que la Fiscalía solicite la absolución (CSJSP, 25 mayo 2016, Rad. 43837, entre otras), toda vez que en esa regla subyace la idea de que el fiscal no puede disponer a su arbitrio de la acción penal.

Lo mismo sucede en materia de principio de oportunidad. Aunque en las discusiones previas a la expedición de la Ley 906 de 2004 se consideró la posibilidad de que el control a esta

actividad fuera rogado, finalmente se optó porque operara automáticamente frente a la modalidad de renuncia al ejercicio de la acción penal. Luego, la Corte Constitucional concluyó que el control automático también procede frente a las modalidades de suspensión e interrupción (C-979 de 2005). Igualmente, existe consenso en que el control que realizan los jueces es formal y material, así como frente a la obligación de considerar los intereses de las víctimas y los demás aspectos constitucionalmente relevantes (C-209 de 2007, C-591 de 2005, entre otras).

Frente a este tema, quedaría por resaltar que incluso en materia de archivos la actividad de la Fiscalía está sometida a reglas puntuales, no solo porque debe comunicar este tipo de decisiones a las víctimas y al Ministerio Público, sino además porque existe la oportunidad de solicitar al juez de control de garantías su revisión (art. 79 de la Ley 906 de 2004, desarrollado en la sentencia C-1154 de 2005).

Lo anterior, que se ha expuesto a título meramente enunciativo, le permite a la Sala abordar lo concerniente a los límites que tienen los fiscales para conceder beneficios en virtud de los acuerdos que celebren con el procesado, puntualmente cuando ello se hace a través del cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, con la única finalidad de disminuir la pena, sin perjuicio de la incidencia que ello puede tener en los subrogados y otros aspectos penalmente relevantes.

Al respecto, la Sala encuentra que la Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de los beneficios que pueden otorgarse a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad.

Finalmente concretiza una serie de reglas, entre las que resulta pertinente resaltar las siguientes:

*“**Primero.** En virtud de un acuerdo no es posible asignarles a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que **en la condena** se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.*

Segundo. *Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes **no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde**, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica–; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde **solo se orienta a establecer el monto de la pena**, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo–; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.*

Tercero. *En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador;*

...

ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.

Como en el presente caso al presentar el acuerdo en el que se pactaba una pena producto de una ficción, al pasarse de autor a cómplice solo para efectos de la punibilidad, nunca se hicieron precisiones sobre cómo se cumpliría la pena y en especial que existía una prohibición legal para cualquier subrogado o beneficio incluida la prisión domiciliaria conforme la prohibición contenida en el artículo 68 A del Código Penal, las partes no tienen

claridad en lo que pactan, ni mucho menos a que como consecuencia de la aceptación de responsabilidad a pesar del bajo monto de pena indefectiblemente no se podrán arribar a mecanismo sustitutivo de la ejecución de la pena.

Tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la presentación de este tipo de acuerdo se indicara si tendrán o no derecho a los subrogados o mecanismo sustitutivo de la pena pues necesario es precisar las consecuencias de tal disminución punitiva en aspectos fundamentales, para la cabal comprensión del preacuerdo como lo son la posibilidad de acceder a subrogados penales u otras medidas sustitutivas en la ejecución de la pena, pues como lo ha dicho la jurisprudencia en la cita párrafos atrás expuesta : *“el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera”*.

Como el acuerdo no fue claro, no se informó lo que ocurriría con la ejecución de la sanción, no se hicieron precisiones sobre las prohibiciones legales, visto que el delito por el que se aceptaba responsabilidad era el de receptación, imposible resulta entrar a dictar una sentencia condenatoria con fundamento en el mismo, pues aquí faltó en la audiencia de verificación exponer todas y cada una de las consecuencias del mismo en especial el del tema de las prohibiciones legales, y si en efecto el preacuerdo implicó la simple eliminación de unas causales calificantes solo para efectos de la punibilidad o la mutación de la conducta enrostrada.

Sobre el papel del Juez en la verificación de legalidad de preacuerdos ha reseñado la Corte Suprema de Justicia¹:

“Con la óptica del sistema penal acusatorio colombiano, la facultad del procesado a través de la aceptación de cargos o de la celebración de acuerdos con la Fiscalía, de

¹ Proceso 31280. Julio 8 de 2009. M.P. Julio Enrique Soca Salamanca

renunciar a la garantía de no autoincriminación (artículo 33 del texto superior), así como a contar con un juicio oral, público, concentrado, con inmediación probatoria, está sujeta a la aprobación del juez, sea de control de garantías o de conocimiento.

Así, el artículo 131 de la Ley 906 de 2004 preceptúa que uno u otros funcionarios judiciales deberán verificar si se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.”.

De tal manera que una de las principales tareas que le asiste al Juez al momento de verificar las condiciones de la aceptación de cargos y como requisito esencial y previo a su aprobación, debe ser entonces velar por que la parte que concurra al allanamiento o al preacuerdo conozca de manera clara y nítida, las consecuencias relacionadas con su libertad, esto es, que la aceptación debe ser debidamente informada incluyendo visto que es un preacuerdo en el que solo se reconoce la complicidad como una ficción para la tasación de la pena, que consecuencia tendrá esto en materia de subrogados y mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena.

En consecuencia, se decreta la nulidad de la actuación desde la audiencia y verificación del preacuerdo para que la misma se rehaga como es debido debiendo la juez de primera instancia informar de todas las consecuencias que el preacuerdo implica y en especial pidiendo a la fiscalía precise que tipo de acuerdo es el que presenta y cuáles son las condiciones en que se debe cumplir con la pena en especial el referido a los subrogados y la posibilidad de conceder prisión domiciliaria de cara a la prohibición legal del artículo 68 A del Código Penal.

Como quiera que el trámite de los preacuerdos suspende los términos judiciales, no hay lugar a emitir pronunciamiento sobre la libertad de del procesado, tal y como lo ha reiterado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al señalar:

«(...) la celebración de un preacuerdo suspende los términos procesales de que tratan los numerales 4º y 5º, pues no de otra forma se entendería que, de resultar improbada la negociación, aquéllos se reestablezcan. No puede reestablecerse lo que nunca se ha visto detenido o interrumpido».²

La presente providencia se discute y aprueba por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Decretar la nulidad de la presente actuación a partir de la audiencia de verificación del preacuerdo conforme las precisiones hechas en este proveído.

SEGUNDO: No hay lugar a tomar determinación sobre la libertad de los procesados conforme lo señalado en la parte motiva de esa providencia.

NOTIFIQUESE y VUELVA LA ACTUACION AL JUZGADO DE ORIGEN.

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

² CSJ SP1657-2018

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: **22144a60f217f53b774b0337c864b8010580ee70398f8b6e336c57f8bfde4d51**

Documento generado en 16/08/2023 12:10:57 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05 000 31 07001 201900019 **NI.:** 2023-1448
Procesados: CIELO DELSY ARANGO VALDERRAMA
Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA
Decisión: IMPROCEDENTE
Aprobado Acta virtual No. 0124 del 17 de agosto de 2023 **Sala No:** 6

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

Medellín, agosto diecisiete del dos mil veintitrés.

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO.

Vencido el traslado previsto en el artículo 197 de la ley 600 del 2000, se procede a resolver el recurso de Queja interpuesto y debidamente sustentado por el abogado defensor de CIELO DELSY ARANGO VALDERRAMA, contra el auto que dispuso estarse a lo resuelto en el auto de febrero 18 de 2002 sobre la solicitud de que se decrete como prueba sobreviniente el testimonio de BENITO ANTONIO MARTINEZ BERTEL.

2. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE.

En la presente actuación en la audiencia preparatoria se decretaron varias pruebas a la Fiscalía ente las que se incluye la declaración de BENITO ANTONIO VALDERRAMA de quien ya se contaba con diligencia de indagatorio rendida en el año 2013, sin embargo, ya al iniciarse el juicio la Fiscalía desistió de todas sus solicitudes probatorias.

El 12 de enero del 2022 al culminar la declaración de la señora CIELO ARANGO VALDERRAMA, se puso de presente una declaración rendida por el señor BENITO ANTONIO MARTINEZ BERTEL, por lo que se solicitó por la defensa de ese momento oírlo en declaración, mediante interlocutorio del pasado 18 de febrero del 2022 el Juzgado de primera instancia negó dicha solicitud probatoria, determinación frente a la cual no se interpuso recurso alguno.

Posteriormente el pasado 14 de Julio del año en curso el defensor de la procesada presentó escrito contentivo de la declaración libre y voluntaria del señor BENITO ANTONIO MARTINEZ BERTEL en donde dejó plasmado la no participación de CIELO DELSY ARANGO VALDERRAMA e información sobre los hechos materia de investigación, solicitando se tenga como prueba sobreviniente.

3. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez *a-quo* consideró que, por versar la petición de incorporar una versión del señor BENITO ANTONIO MARTINEZ BERTEL sobre el mismo asunto probatorios que ya había sido resuelto el pasado 18 de agosto del 2022, cuando se rechazó similar petición para oír en declaración a dicha persona debía estarse a lo resuelto en dicha oportunidad, y que contra tal determinación no procedía recurso alguno.

4. DEL RECURSO DE QUEJA INTERPUESTO.

Manifiesta el defensor, que en esta actuación inicialmente solo obraron defensores públicos que tuvieron una actuación pasiva sin realizar ninguna petición probatoria u oposición, y la versión del señor BENITO ANTONIO MARTINEZ BERTEL, debe ser decretada toda vez que esta persona puede suministrar información fundamental para el esclarecimiento de los hechos, y en especial sobre la no participación de su asistida en los

hechos investigados, debiendo resaltarse que la prueba sobreviniente puede incorporarse tanto con una declaración, o allegando un documento que la contenga y esto es lo que ahora se está solicitando la incorporación de un documento con una versión del señor MARTINEZ BERTEL, por lo tanto debe decretarse la prueba.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Procede la Sala a resolver el recurso de queja interpuesto por el señor defensor de la procesada CIELO DELSY ARANGO VALDERRAMA, esto es si contra un auto en el que se decidió estarse a lo resuelto en anterior providencia por versar sobre un mismo tema procede algún recurso.

Al respecto debe precisarse en primer lugar, que sin lugar a dudas la petición que ahora enarbola el señor defensor de que se incorpore una declaración que consta con un documento rendido por BENITO ANTONIO MARTINEZ BERTEL, resulta materialmente idéntica a una ya elevada en el año 2022 en el que se pedía se oyera a dicha persona en declaración, y dicha petición fue despachada negativamente por el Juzgado al frente del Juzgamiento el pasado 18 de febrero del 2022, y contra dicha determinación no se interpuso en ese momento recurso alguno, por lo que lo allí resuelto esta en firme, sin que porque ahora se presente nuevamente la misma petición pero ahora bajo el ropaje no de una declaración sino de un documento se este frente a una situación diferente, por lo tanto lo procedente visto que el asunto ya fue resuelto, es el rechazo de plano.

Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia indica:

“Es cierto que la ley procesal dispone la procedencia del recurso de apelación contra los autos “adoptados durante el desarrollo de las audiencias”, Sin embargo, esta reglamentación específica no puede analizarse por fuera del contexto procesal en el que está

inserta, que incluye, claro está, los derechos y garantías desarrollados a lo largo del Código de Procedimiento Penal.”

En esta línea, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento dispone el “rechazo de plano” para las solicitudes impertinentes, y, al tiempo, consagra el recurso de apelación contra las decisiones que resuelven asuntos relevantes,”¹

En ese orden de ideas, el indicar que no se resolverá la petición probatoria, por ser ya un asunto resuelto determinación frente a la cual no se interpuso recurso alguno no es otra cosa que un rechazo de plano de la petición reiterativa, en consecuencia, ningún recurso procede contra tal determinación una orden, y contra dichas determinaciones no procede recurso alguno, tal y como lo precisa la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en las decisiones SP AP 2266 de 2018², SP 1392-2015, y por lo mismo el recurso de queja no está llamado a prosperar.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar improcedente el recurso de queja interpuesto por el defensor de CIELO DELSY ARANGO VALDERRAMA conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

¹ AP2266 del 2018.

² *El ordenamiento jurídico les asigna a los jueces el deber de controlar el curso de los procesos a fin de garantizar la efectividad de los derechos y el acceso a la administración de justicia y rechazar las maniobras manifiestamente dilatorias, determinación contra la que no procede recurso alguno.*

SEGUNDO: En consecuencia, vuelva la actuación al juzgado de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **21d02b06a6457317752a2ae2a345163fdae6317872c7bbf7991984268f589c1e**

Documento generado en 17/08/2023 02:26:51 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050002204000202300428

NI: 2023-1377-6

Accionante: Andrés Felipe Monsalve Pérez

Accionados: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia)

Decisión: Declara improcedente por hecho superado

Aprobado Acta No: 123 agosto 16 del 2023

Sala

No: 6

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, agosto dieciséis del año dos mil veintitrés

VISTOS

Procede esta Corporación a resolver la acción de tutela que interpone el señor Andrés Felipe Monsalve Pérez en procura de la protección a los derechos fundamentales, que en su sentir le vienen siendo vulnerados por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia).

LA DEMANDA

Manifiesta el señor Monsalve Pérez que, elevó derecho de petición ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de El Santuario, por medio del cual solicitó la prisión domiciliaria, así que por medio de autos 400, 401 y 402 el despacho negó el subrogado, al tiempo que oficio al juzgado fallador para que informara si dentro del proceso penal se había llevado a cabo incidente de reparación integral. No obstante, hasta la fecha de radicación de la presente acción de tutela no había recibido respuesta de fondo a su petición.

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

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del día 1 de agosto de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), en el mismo auto se dispuso la vinculación del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo y del Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia). Posteriormente se tornó necesario ordenar un prueba de oficio con destino al centro penitenciario para indagar sobre las labores de notificación al señor Monsalve Pérez.

El Dr. Benigno Robinson Ríos Ochoa Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), por medio de oficio 491 del 3 de agosto de 2023, asintió que ese despacho judicial vigila la pena de 156 meses de prisión impuesta al señor Monsalve Pérez por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, tras ser hallado penalmente responsable de la comisión de las conductas punibles de homicidio agravado, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios y municiones agravado y hurto calificado y agravado.

Si bien, reposaba en el expediente la solicitud que demanda, por medio de autos interlocutorios N 1630, 1631 y 1632, redimió pena, informó situación jurídica y concedió la prisión domiciliaria de que trata el art 38G del estatuto penal al actor. Providencia que para ese momento se encontraba en periodo de notificación a las partes. Sin existir petición diferente que se encuentre pendiente por resolver.

En efecto, adjunta a la respuesta de tutela, el link de acceso a la carpeta del señor Monsalve Pérez, en la misma que reposan los autos N 1630,1631 y 1632 del 3 de agosto de 2023.

El Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo (Antioquia), se pronunció conforme al requerimiento efectuado por esta Magistratura, aportando la constancia de notificación al penado de los autos N 1630, 1631 y 1632 del 3 de agosto de 2023, por medio de los cuales redimió pena, informó situación jurídica y concedió la prisión domiciliaria al actor.

CONSIDERACIONES

Competencia

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

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio, el señor Andrés Felipe Monsalve Pérez, solicitó se amparen sus derechos fundamentales presuntamente conculcados por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), al omitir brindarle respuesta de fondo a su petición, por medio de la cual solicitó la sustitución de la ejecución de la pena en establecimiento carcelario por reclusión en el lugar de residencia.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales

fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

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

Del caso en concreto

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

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

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad es que el señor Andrés Felipe Monsalve Pérez, considera vulnerados sus derechos fundamentales al omitir el despacho judicial encausado, pronunciarse frente a la solicitud de prisión domiciliaria presentada hace 4 meses atrás, y de la cual a la fecha de radicación de la presente solicitud de amparo no había obtenido respuesta de fondo.

Por su parte, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), asintió que, si bien recibió derecho de petición a nombre del actor, este fue resuelto por medio de los autos N 1630, 1631 y 1632 del 3 de agosto de 2023 por medio de los cuales redimió pena, informó la situación jurídica y concedió la sustitución de la ejecución de la pena en establecimiento carcelario por el lugar de residencia al señor Monsalve Pérez. Sobre las labores de notificación a la parte demandante, el establecimiento penitenciario aportó la constancia de notificación al sentenciado.

Así que, una vez analizado el caso concreto, se avizora que si bien el Juzgado ejecutor, no había emitido respuesta al derecho de petición que ahora se demanda, en el curso del presente trámite constitucional procedió a proferir el auto por medio del cual concedió la sustitución de la ejecución de la pena en establecimiento carcelario por el lugar de residencia al señor Monsalve Pérez.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que frente a la pretensión del señor Andrés Felipe Monsalve Pérez de cara a que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario se pronunciara respecto a su solicitud, ya se agotó, esto es, conforme al material probatorio recolectado, es decir, conforme a los autos interlocutorios N 1630, 1631 y 1632 del 3 de agosto de la presente anualidad, por medio de los cuales redimió pena, informó la situación jurídica y concedió la sustitución de la ejecución de la pena en establecimiento carcelario por el lugar de residencia al señor Monsalve Pérez. Auto que se encuentra debidamente notificado al actor, pues existe constancia de notificación por parte del establecimiento penitenciario.

Así las cosas, debe indicarse que, del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que, frente a la solicitud extendida por el señor Monsalve Pérez, nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), lo cual torna improcedente el amparo.

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

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

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

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

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario, pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho

imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

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

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Andrés Felipe Monsalve Pérez, en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), al presentarse la carencia actual de objeto por hecho superado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

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

Código de verificación: **f846c0bca9cb8fa8db0f466b864dfd49679a829b66775fda3b586efd05c05412**

Documento generado en 16/08/2023 12:11:21 PM

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

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



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

**PONENCIA COMPARTIDA:
M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA
M.P. MARÍA STELLA JARA GUTIERREZ**

RADICADO: 053106000283202000001
INTERNO: 2023-1149-2
DELITO: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE
TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO.
ACUSADOS: CARLOS ALBERTO MUÑOZ CASTAÑO
DECISIÓN: Se Declara Nulidad

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

Aprobado según acta Nro. 082

1. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el procesado CARLOS ALBERTO MUÑOZ CASTAÑO, contra la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, el día 14 de abril de 2021, mediante el cual se condenó por el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas, accesorios, partes o municiones a 54 meses de prisión, sin concesión de subrogado o sustituto alguno, tras encontrarlo responsable.

Se hace saber que a pesar que la decisión fue emitida por el a-
quo el día 14 de abril de 2021, sustentado el recurso por el
procesado el día 21 de ese mismo mes y año, solo hasta 28 de
junio esta anualidad, se remite el expediente para el
correspondiente reparto, arriba el mismo a esta Magistratura el 5
de julio calendas, para resolver que es objeto de alzada.

De otro lado, la ponencia es compartida, al no estar de
acuerdo las mayorías, sobre la compulsas de copias hacia los
funcionarios judiciales que conocieron del presente asunto.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Por el sentido de la decisión que se adoptará, se transcriben los
hechos narrados en el fallo, los cuales indican lo siguiente:

“El día 25 de enero del 2020 en el municipio de Carolina del
Príncipe, más concretamente en la carrera 50 # 19 – 03 de
la localidad, uniformados de la Estación de Policía de ese
ente territorial solicitaron registro al señor Carlos Alberto
Muñoz, encontrándose en la pretina del pantalón un arma
de fuego, tipo revolver, pavonado, marca Smith & Wesson,
calibre 38, cañón corto, cacha de madera color café, con
número de serie 9D5272 y 4 cartuchos calibre 38 largo,
marca Indumil y 1 cartucho marca S y W, los cuales estaban
dentro del tambor. Se pregunta por parte de los
uniformados al señor Muñoz si posee permiso de porte o
tenencia de armas de fuego o municiones, respondiendo
que -no-.”

3. SINTESIS DE LA ACTUACIÓN CUMPLIDA

En función a los hechos mencionados, el día 26 de enero de
2020, se da trámite ante el Promiscuo Municipal de Carolina del

Príncipe (Antioquia) en función de control de garantías, a las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Carlos Alberto Muñoz Castaño, donde se declaró legal la captura en virtud de orden escrita, imputándose el delito en de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, de los artículos 365 del código Penal, a título de autor y en modalidad dolosa, cargos que no fueron aceptados. Finalmente se resolvió imponer medida de aseguramiento no privativa de la libertad conforme al artículo 307 numeral tercero literal B numerales 3 y 4 de la Ley 906 de 2004.

El 05 de marzo de 2020, se allegó por parte de la Fiscalía de encargo, escrito de acusación en contra del encausado, sin embargo, el 14 de septiembre de 2021, se cambia la naturaleza de la audiencia de formulación de acusación para dar paso a un preacuerdo suscrito entre la fiscalía y la defensa del procesado, convenio que fue verbalizado por las partes en el que se reconoce la figura de la complicidad, quedando la pena de 54 meses de prisión a cambio de aceptar responsabilidad por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones. Los términos del preacuerdo fueron aceptados por el señor Muñoz Castaño.

La lectura y emisión de la decisión se tramitó el día 14 de abril de 2021, misma que se apela por el procesado el 21 de abril de 2021.

4. LA SENTENCIA APELADA

La sentencia fue proferida el 14 de abril de 2021. En dicho proveído la juez de primera instancia dispuso: i) declarar que Carlos Alberto Muñoz Castaño es autor responsable de la conducta de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; ii) condenarlo a las penas principales de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, iii) imponer como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal; iv) la prohibición de portar armas de fuego por un tiempo igual al de la sentencia impuesta; v) no conceder subrogado ni sustituto penal.

5. LA IMPUGNACIÓN

El procesado en escrito allegado en término oportuno, reclamó la decisión de primera instancia en lo exclusivamente relacionado con la negativa a concederle la prisión domiciliaria, por ser padre cabeza de familia, tal como lo indica, el artículo 38B del Código Penal, además de la no concesión del permiso para trabajar.

Arguye, si bien es cierto, que, por circunstancias interpersonales con la madre de los menores, estos no convivían bajo su mismo techo, los mismos constantemente se encontraban bajo su cuidado, y dependían también económicamente de su apoyo, siendo él, quien suministraba lo necesario para satisfacer sus cuidados básicos; razón por la cual, solicita se le conceda el permiso para trabajar en el restaurante donde fungía como administrador y la prisión domiciliaria.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1 Competencia

Competente es la Corporación para conocer de la contención en este caso presentada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Problema jurídico

Ha de recordar el carácter restringido que ostenta la competencia del ad quem, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente, por ende, la segunda instancia judicial únicamente puede pronunciarse sobre los temas que el apelante le ponga de presente, y por fuerza, también en torno a los aspectos que tengan inescindible relación respecto al objeto de alzada¹, empero, si observa que hay afectación a derechos y garantías

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP4886-2016, radicación No. 45223 del 20 de abril de 2016.

fundamentales, para efectos de su respeto amen que son legitimadores de la actividad penal del Estado, el ad quem está habilitado para pronunciarse oficiosamente sobre ello, aunque no sea objeto de apelación².

Lo dicho atrás determinaría que, en esta oportunidad, el ámbito de competencia del Tribunal estaría restringido a resolver los temas de impugnación, a saber:

¿En el presente caso se satisfacen o no las exigencias legales y jurisprudenciales para que el condenado acceda a la prisión domiciliaria como persona cabeza de familia? ¿Tiene competencia la entidad tribunalicia para decidir sobre su solicitud de permiso para trabajar?

Sin embargo, esta Corporación judicial encuentra que hay un tema que incumbe abordar oficiosamente dado que toca con garantías fundamentales, y se contrae a determinar si el juzgado al momento de verificar la renuncia de las garantías que le asisten al procesado, se dio cumplimiento estricto a lo previsto en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, esto es, si mediante entrevista personal verificó la validez de la aceptación de los cargos manifestada por el encausado Carlos Alberto Muñoz Castaño al momento de presentarse el preacuerdo, en diligencia llevada a cabo el catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020).

² Ibidem

Dígase primero, que el principio de economía procesal enseña que carece de sentido que la Colegiatura se ocupe primeramente de solucionar los cargos de la impugnación y solamente al final resuelva la cuestión oficiosamente planteada, pues en ese escenario serían vanos todos los esfuerzos dirigidos a evacuar los temas de alzada si luego se establece que hay lugar a anular toda la actuación procesal que esté viciada, es decir, que se habría abordado el estudio de unos temas, los de apelación, que luego no surtirían efectos jurídicos si acaso se invalida la actuación procesal; ahora, que sin no cabe la nulidad, entonces sí se dirimirán los cargos de apelación.

En tema de nulidades, el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 dispone: “Nulidad por violación a garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales...”.

De otro lado, conviene reiterar³ algunos aspectos referentes a los **deberes y facultades del juez de conocimiento al emprender el examen de los términos en que se plasman los mecanismos de justicia consensuada** (esto es, preacuerdos y negociaciones) o premial (allanamiento), institutos todos regulados en los artículos 351, 352, 356-5º y 367 de la Ley 906 de 2004), en el entendido de que la jurisprudencia del alto tribunal de cierre ha precisado que las atribuciones del juez no se contraen a dictar, sin más, una sentencia de condena con la rebaja que

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia del 27 de abril de 2011, radicación No. 34829.

corresponda, o bien a disponer la nulidad de la actuación en el evento de evidenciar un vicio que afecte el debido proceso.

Por ende, se ha enfatizado en diversas oportunidades que la revisión que emprende el funcionario judicial no es meramente sobre aspectos formales, tales como la libertad, la comprensión o la asistencia jurídica que hubiere tenido el imputado o procesado; es por ello que ha indicado que:

*"... ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales."*⁴

Dígase, entonces, que la actuación del funcionario de conocimiento, al entrar al estudio del preacuerdo, encuentra su razón de ser en que ese mecanismo de terminación anticipada no legitima al fallador para emitir una condena que haga caso omiso de los antecedentes del proceso, pues no puede perderse de vista que la prevalencia del derecho material y las garantías fundamentales también rigen en los casos de sentencia anticipada.

Dicha misión funcional encuentra amplio soporte legal en diversas normas, así: el artículo 131 de la Ley 906 de 2004 (así mismo lo reitera el 368, inciso primero, del mismo estatuto)

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de octubre de 2008, radicación No. 29979.

establece que si el imputado o procesado hiciera uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez del conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.

A su vez, el artículo 351-4 del código en mención estatuye que los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales. Esta previsión se materializa en dos casos concretos: a través del artículo 354, norma que consagra la inexistencia jurídica de los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor, como también por medio del 368, inciso 2º, de dicho código, que establece que si el juez advierte algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, debe rechazar la alegación de culpabilidad y adelantar el procedimiento como si hubiere habido una alegación de no culpabilidad.

No sobra recordar cómo la Corte Constitucional se ha ocupado de este asunto, precisando que: *“El ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el respeto por los derechos fundamentales de quienes intervienen en la actuación y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (art.10); el imperativo de*

hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 4), así como el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (art. 5)"⁵.

Con fundamento en los razonamientos precedentes, surge nítido que el acto de aprobación del preacuerdo es el mecanismo a través del cual se garantiza que la emisión de fallo (al que se acoge el procesado en busca de los beneficios que le otorga la justicia premial), no sea la consecuencia de vicios de garantía, de juicio o de estructura.

Así las cosas, al funcionario judicial de conocimiento le corresponde ejercer el control de legalidad de lo acordado, esto es, ente otras circunstancias, determinar si el preacuerdo es el producto de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa; así mismo, tiene la posibilidad de desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso.

Así vista la secuencia de resolución de los problemas jurídicos, ab initio se estudiará la existencia de una posible nulidad.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007, citada por la Sala en la sentencia del 27 de octubre de 2008, rad. 29979. Postura similar había sido expuesta en la sentencia C-591 de 2005, y así mismo había sido anticipada en la C-425 de 1996, referida al Código de Procedimiento Penal de 1991.

Se tiene por sabido que, en este asunto, la Juez de conocimiento celebró "audiencia de preacuerdo" aceptando el señor Carlos Alberto Muñoz Castaño su responsabilidad en el cargo imputado y a cambio la fiscalía les modificó su participación de autor a cómplice como ficción jurídica, es decir, sin base fáctica, solamente para efectos de la disminución punitiva. La pena se pactó en cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.; además, dígase sin ambages, al verificar la validez de la aceptación de los cargos, vía preacuerdo, manifestada por el procesado al momento del uso de la palabra, en su "interrogatorio personal" a éste, respecto al conocimiento pleno de las consecuencias que se derivan de esta asunción de responsabilidad penal, así como tampoco el conocimiento del delito endilgado y mucho menos sobre el monto de pena de prisión que se le iba a imponer.

Acto seguido impartió aprobación al preacuerdo, tras considerarlo ajustado a la legalidad luego de escuchar las intervenciones de las partes, establecer que no hubo vulneración de garantías fundamentales y de indagar directamente al procesado, quien manifestó que había aceptado los cargos de manera libre, consciente y voluntaria, estando debidamente asesorado por su defensor.

De vieja data se ha venido pregonando en lo que respecta al consentimiento del imputado este tiene que ser libre, voluntario, consiente, informado y asistido, también operan los vicios del consentimiento y el juez debe desplegar un gran celo por

verificar que ellos no se den. En estos casos la práctica jurídica enseña que el funcionario judicial debe preguntarle al imputado sobre tres momentos a fin de que se tenga plena conciencia para el cumplimiento de este requisito: El primero es sobre el hecho mismo constitutivo de delito; el segundo, sobre el estado actual o el momento en que se está aceptando responsabilidad y, el tercero, respecto al conocimiento pleno de las consecuencias que se derivan de esta asunción de responsabilidad penal.

Por manera que, corresponde verificar si lo acabado de memorar trasgrede los derechos fundamentales de los partes en aspectos sustanciales, o lo que es lo mismo, el derecho de defensa.

A fin de confrontar si la aceptación de cargos cumplía las exigencias legales y constitucionales, es decir, si era libre, consciente, voluntaria y asesorada, la a-quo interrogó al acusado de la forma como sigue:

Juez: un preacuerdo es una forma de terminar un proceso penal de manera anticipada, Usted al preacordar esta aceptando que es responsable del delito por el que la fiscalía le imputo cargos, si. ¿Le queda claro? ¿Me está escuchando? ¿Don Carlos me escucha? ¿Carlos, me escucha?

Acusado: Si señora

Juez: si usted acepta responsabilidad se va a proferir sentencia condenatoria en su contra, de acuerdo, a los términos de preacuerdo, renuncia a presentar pruebas a su favor o a desvirtuar las que tenga la fiscalía en contra suya ¿ si?

Acusado: si

Juez: le queda claro

Acusado: si señora

Juez: entonces está renunciando al derecho a guardar silencio, a no inculparse, y a un juicio donde va a controvertir las pruebas de la fiscalía. ¿Le queda claro?

Acusado: si me queda claro

Juez: ¿Usted entendió los términos del preacuerdo Don Carlos?

Acusado: si señora

Juez: ¿Usted está conforme con ese preacuerdo que se está haciendo con la fiscalía?

Acusado: Si señora, yo quiero aclarar algo, yo tengo dos menores de edad...

Juez: Venga Don Carlos espéreme un segundo, por el momento, estamos definiendo lo relativo a la responsabilidad suya, lo relacionado con los menores de edad, es de pronto, no de pronto no, es para individualización de pena. ¡Listo!

Acusado: listo

Juez: Carlos entonces, lo segundo, ¿Usted entendió los términos del preacuerdo?

Acusado: Si señora

Juez: ¿Está conforme con ellos?

Acusado: si señora

Juez: ¿Su abogado le explicó las consecuencias de todo esto?

Acusado: si señora

Juez: ¿Lo ha estado asesorando y acompañando en los términos del preacuerdo?

Acusado: si

Juez: Muy bien Carlos, eso es lo que quiero saber.

Tal como se puede establecer, la actuación verbalizada por la a-quo no permite establecer sí, en efecto, el procesado estaba ilustrado correctamente de las consecuencias jurídicas que conllevaba la manifestación de responsabilidad penal, pues, si bien, el convenio había sido libre, consciente y voluntario, además de estar acompañado por su abogado defensor, la funcionaria judicial no le indagó sobre el cargo que aceptaría, tampoco respecto del beneficio otorgado a cambio, tampoco sobre el monto de pena de prisión que se le iba a imponer, lo cual era necesario en aras de materializar sus garantías de defensa; entonces, como concluir que el procesado había sido debidamente informado.

Asimismo, no se le dio a conocer al encartado sobre la posible improcedencia de otorgarle subrogados penales en la sentencia de condena anticipada y si, a pesar de ello, mantenían la renuncia al juicio oral. El desconocimiento de este aspecto quedó en evidencia cuando la defensa solicitó aplazamiento de la diligencia para allegar la documentación pertinente en audiencia de individualización de pena (artículo 447 C.P.P.), la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en favor de Carlos Alberto Muñoz Castaño, así como en el momento en que el procesado era interrogado sobre su aceptación libre y voluntaria, queriendo intervenir para manifestar que tenía dos hijos, al parecer, exteriorizar su condición de padre de familia, siendo interrumpido por la directora de la diligencia, lo que ahonda la situación de violación a garantías fundamentales.

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

Y de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁶, si se detecta una irregularidad sustancial en la terminación anticipada del proceso, como ocurre en este evento, lo procedente es anular la actuación, dado que un vicio de esa connotación inevitablemente se trasmite a los actos procesales subsiguientes, de forma que, si la medida correctiva abarca exclusivamente la sentencia, subsistirá el acto procesal irregular que le sirvió de antecedente.

De conformidad con lo esbozado en precedencia, se DECRETÁ la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia adelantada el día 14 de septiembre de 2020, que aprobó el preacuerdo suscrito entre el señor Carlos Alberto Muñoz Castaño y la Fiscalía General de la Nación, para que se rehaga el procedimiento penal respetando las formas propias del juicio y el derecho a la defensa.

Consideraciones Finales.

Le corresponde a la Sala llamar la atención a la fiscal delegada a la funcionaria judicial y al defensor que actuaron en el presente proceso para que, en lo sucesivo, la rapidez en la actuación no le reste precisión a la misma.

Asimismo, exhorta a la fiscal para que hacia el futuro sus intervenciones en las audiencias sean fruto de la preparación ponderada de los temas, con el rigor que el cumplimiento de

⁶ Rad. SP5400-2019.

sus deberes legales demanda. Situación que irradia también al defensor asignado por la defensoría pública, para que la preparación de su caso, sea conforme con la labor que ejerce, y así evitar situaciones como las que sucedieron al interior de esta causa penal, esto es, que en la diligencia de individualización de pena reconvino a su defendido para que le explicará cada uno de los documentos que le había hecho llegar a efecto de sustentar su solicitud de prisión domiciliaria, máxime que dos meses atrás había solicitado aplazamiento de la diligencia a efectos de contar los elementos materiales que soportaran su postulación.

Para concluir, se insiste en la diligencia que deben exhibir tanto funcionarios como litigantes, en el manejo de los términos de los preacuerdos, propiciando en todo momento su claridad fáctica y jurídica.

PONENCIA COMPARTIDA: Igualmente, llama la atención de la Magistratura el trámite que se le ha dado a este expediente, en términos de remisión y asignación para que se resolviera la censura aquí propuesta.

Tal como se señaló en el acápite que contiene el trámite procesal impulsado en este expediente, la audiencia donde se adoptó la decisión de condena fue llevada a cabo desde el 14 de junio de 2021, arriándose el escrito contentivo del recurso el 21 de junio de esa misma anualidad, corriéndose así los respectivos traslados para sustentar por escrito, tanto al

recurrente como a los no recurrentes, términos que vencieron desde el 29 de abril del año 2021⁷; no obstante, la materialización de la remisión a segunda instancia para el respectivo reparto, solo se llevó a cabo el día 28 de junio de 2023, lo que denota una mora de aproximadamente dos (2) años en darle trámite a un asunto que, para mayor alarma, se desconoce si se tiene una persona privada de la libertad, según se denota de los numerales 5 y 8 de la providencia en los que se indica “**QUINTO:** NEGAR a CARLOS ALBERTO MUÑOZ CASTAÑO otros subrogados o beneficios, en consecuencia, deberá descontar la pena impuesta en el lugar que determine el INPEC y para el efecto se librarán los oficios correspondientes y las ordenes respectivas a las autoridades competentes. **OCTAVO:** Oficiar al INPEC para que asigne cupo en centro carcelario a CARLOS ALBERTO MUÑOZ CASTAÑO, a efectos de que descuente la pena impuesta”.

Por ello, la Sala dispondrá que se compulsen las respectivas copias con destino a la Comisión Seccional de Disciplina de Antioquia, para iniciar las indagaciones disciplinarias pertinentes, de los empleados asignados a ese despacho, desde el 4 de mayo de 2021 hasta el 28 de junio de 2023, con miras a establecer las circunstancias que generaron las tardanzas referenciadas y si hay lugar o no a una responsabilidad disciplinaria por el evento enunciado.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA PENAL DE DECISION,**

⁷ [C01PrimeraInstancia - OneDrive \(sharepoint.com\)](#)

administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

8. RESUELVE:

PRIMERO: Decretar la nulidad del proceso desde la audiencia del 14 de septiembre de 2020 que aprobó el preacuerdo suscrito entre el señor Carlos Alberto Muñoz Castaño y la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: COMPULSAR COPIAS de esta actuación con destino a la Comisión Seccional de Disciplina de Antioquia para que se investiguen las moras presentadas tanto en contra de las personas que fungieron como empleados asignados a ese despacho, desde el 29 de abril de 2021 hasta el 28 de junio de 2023, con miras a establecer las circunstancias que generaron las tardanzas referenciadas y si hay lugar o no a una responsabilidad disciplinaria por el evento enunciado.

TERCERO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**(Salvamento de voto parcial)
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **d9ef747fc1fd6138c7afec170b7f0862399237bee7d54528237aa8d34125e19e**

Documento generado en 04/08/2023 02:49:39 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA

Medellín, martes 8 de agosto de 2023

SALVAMENTO DE VOTO

RADICADO: 053106000283202000001
INTERNO: 2023-1149-2
DELITO: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO
PROCESADO: CARLOS ALBERTO MUÑOZ CASTAÑO

Con el consabido respeto por el pensamiento distinto, de manera cordial expongo las razones que me llevan a apartarme de la decisión asumida, en este asunto por la Sala mayoritaria, específicamente acerca de la compulsión de copias a los funcionarios judiciales que tuvieron bajo su conocimiento la presente causa penal, siendo su Magistrada Ponente la Doctora María Estella Jara Gutiérrez:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política, todos los ciudadanos tienen derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas y a un verdadero acceso a la administración de justicia; garantías que se materializan, entre otras cosas, a través del cumplimiento de los términos procesales en cabeza de quienes administran justicia.

A partir de estas normas superiores es que debe comprenderse, no sólo con la consagración de la celeridad como uno de los principios de la Administración de Justicia y con la promulgación de las normas sustantivas y procesales encaminadas a dar efectividad a ese principio de celeridad en la administración de justicia, sino también por medio de claros mandatos orientados a procurar que los servidores judiciales asuman un verdadero compromiso con la realización oportuna de la justicia.

En virtud de lo anterior, surge el concepto de mora judicial, el cual ha sido definido por la Corte Constitucional como un fenómeno multicausal, muchas veces estructural, que impide el disfrute efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia, y que se presenta como resultado de acopios procesales estructurales que superan la capacidad humana de los funcionarios a cuyo cargo se encuentra la solución de los procesos, o cuando debiendo remitir la decisión ante el superior para resolver algún recurso, el mismo no se realiza.

Y precisamente por el carácter desbordado de los asuntos puestos a conocimiento de algunos despachos, lo que, eventualmente, conlleva a que los mismos sobrepasen la capacidad humana de quienes trabajan allí para revisar y adelantar cada asunto en lapsos cortos. No obstante, lo que no se puede afirmar, es que, aduciendo ese nivel de carga laboral, los jueces puedan ser ligeros o menos rigurosos en la instrucción de los asuntos, al punto de pretermitir la obligación ineludible de estar al pendiente de todo lo que pasa por su despacho y, sobre todo -pese a concurrir confianza legítima en las labores de sus empleados-, a desligarse de la responsabilidad de

desconocer toda actuación que es remitida a otra entidad o Corporación, so pena de cargar sobre sus hombros con el compromiso que derivare de todos los documentos signados en ejercicio de la función.

A partir de las tantas elucubraciones que se pueden presentar, es que le correspondería a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial y no a esta Corporación, por no ser de su competencia, el determinar quien es la persona responsable al interior del Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros sobre la cual, de llegarse a estructurar, el reproche disciplinario.

Considero así, con el absoluto respeto por las Mayorías, la extralimitación en sus funciones al dar por sentado hechos que se desconocen, como por ejemplo, si alguno de los empleados había puesto en conocimiento la mora en el envío de la carpeta ante esta Colegiatura al funcionario judicial encargado del despacho, y este obvió la advertencia, o si ya estaba al tanto de algunas irregularidades que se podían presentar con causas judiciales que estuvieran al interior de esa agencia judicial, y aun así, decidió desatender tal observación, entre muchas otras razones, que pueden relucir, y que claramente, no le corresponde tipificar a esta Magistratura, pues para ello, la administración de justicia cuenta con un órgano creado para tales efectos.

Dejo así sentada mi posición frente a la decisión mayoritaria.

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

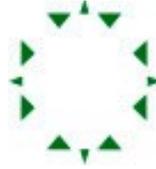
Firmado Por:
Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **ccf6c0d4606e8bdc121a003c6336e631fd67385eb291d5d45cc7c1c94c3188d3**

Documento generado en 10/08/2023 02:22:16 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, diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 81 del 14 de agosto de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Prisión domiciliaria por Madre cabeza de familia
Radicado	05 615 60 00344 2022 00137 (N.I.2023-1270-5 TSA)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Rionegro Antioquia.

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

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

ANTECEDENTES PROCESALES Y SENTENCIA IMPUGNADA

La Fiscalía presentó los términos del preacuerdo al que llegó con la acusada previa asesoría de su abogado defensor. El convenio consistió en que la procesada acepta su responsabilidad en la comisión de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes artículo 376 inciso 2º del Código Penal, a cambio se le reconoce que actuó en complicidad, artículo 30 del C.P., con fines de tasación de la pena, fijando una pena de prisión en CUARENTA Y TRES (43) MESES Y MULTA DE 1.34. SMMLV.

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

El 26 de junio de 2023 el Juzgado profirió sentencia condenatoria en contra de Ana María Betancur Arboleda en razón del preacuerdo por la conducta punible ya reseñada, imponiendo pena de 43 meses de prisión intramural y multa de 1.34 s.m.l.m.v. Le negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

IMPUGNACIÓN

En contra de la decisión la defensa interpuso y sustentó recurso de apelación con el que pretende se conceda la prisión domiciliaria por concurrir la condición de madre cabeza de familia, con los siguientes argumentos:

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: Ana María Betancur Arboleda

Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de

Estupefacientes.

Radicado: 05 615 60 00344 2022 00137

(N.I.2023-1270-5)

- 1- EL Despacho asumió una hipótesis de la red extensa, sin tener en cuenta que, la domiciliaria fue solicitada en una nueva residencia en el municipio de Bello Antioquia, y no en Rionegro donde se encuentra actualmente, debido a que los padres de Ana María Betancur están imposibilitados para sufragar los gastos de estas 3 personas adicionales, y por sus edades no les es posible asumir dicha carga.
- 2- La Juez estima como un elemento grave que Ana María Betancur Arboleda emprendiera un viaje al momento de los hechos desprendiéndose de sus hijas menores, por esta situación, traslada la obligación a los abuelos.
- 3- Se indicó que el padre de una de las menores se encuentra privado de la libertad y que de la otra menor ni siquiera se logró obtener información mínimamente de la existencia de su progenitor. La Juez desecha toda argumentación por el viaje que iba hacer su representada al momento de los hechos, dando mayor importancia a la familia extensa, sin tener en cuenta que no cumplen a cabalidad con las necesidades de las menores poniéndolas en un estado de desprotección.
- 4- Afirma que la judicatura traslada la obligación a cualquier miembro de la familia desconociendo la realidad social e inclusive los riesgos que existen dentro de los mismos núcleos familiares. Se desconoce que Ana María Betancur Arboleda, es quien ha tenido a su cargo el cuidado personal, afectivo y económico de sus hijas.
- 5- También niega la aplicación de la ley 2292 de 2023, desconociendo el espíritu de la norma y la modificación que esta le realiza a la ley 750. El análisis radica en que se cumpla con el requisito mínimo de ser madre cabeza de familia, pero el

despacho desconoce los beneficios de esta ley, por el contrario, se evidenció que no hizo una motivación juiciosa sobre este tópico.

CONSIDERACIONES

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

En audiencia de individualización de pena la defensa pidió que se concediera la prisión domiciliaria por concurrir en Ana María Betancur Arboleda la condición de madre cabeza de familia teniendo en cuenta que tiene dos hijas menores desprotegidas. Solicita la aplicación de la ley 2292 de 2023.

El artículo 314 C.P.P. numeral 5° -modificado por el art. 17 de la ley 2292 de 2023-, señala que: *“La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos: [...] 5. Cuando la procesada fuere **mujer cabeza de familia** de hijo menor de edad o que sufre incapacidad permanente; o tenga a un adulto mayor o una persona que no puede valerse por sí misma bajo su cuidado. La persona que haga sus veces podrá acceder a la misma medida. En estos eventos, el juez atenderá especialmente a las necesidades de protección de la unidad familiar y a la garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo su dependencia.”*

Ahora, el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008 prescribe: *“[...] es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, **ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral***

del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar” (negritas fuera del texto original).

Es decir, la condición de hombre o mujer cabeza de familia, dispuesta en el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008 constituye un presupuesto indispensable para conceder la prisión domiciliaria, presupuesto que no fue modificado por Ley 2292 de 2023.

Ahora, la calidad que discute la sentenciada, es que es la única persona que lleva el sustento al hogar, ya no cuenta con el apoyo de los padres de las menores y los abuelos no cuentan con los recursos para ello.

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

En este caso y según los criterios jurisprudenciales¹ no se demostró la condición que se aduce. Indicó el recurrente que negar el sustituto es desconocer los intereses de las menores. Sin duda, se evidencia que las menores cuentan con sus abuelos maternos que residen en el municipio de Rionegro Antioquia, donde reside actualmente Ana María Betancur Arboleda junto a sus hijas desde el 15 de junio de 2022, cuando le fue impuesta la medida de aseguramiento en el domicilio. Por tanto, si en realidad como lo aduce el recurrente los abuelos maternos no cuentan con la capacidad económica para solventar los gastos de la manutención del hogar con las dos menores, no se comprende como

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

han hecho para solventar los gastos de sus necesidades básicas el año que llevan conviviendo en compañía Ana María Betancur Arboleda y sus dos hijas.

Además, si bien el padre de la menor M.A.M.B se encuentra detenido, nada se dijo de JOVAN VASQUEZ MAZO padre de A.S.V.B quien tiene la obligación legal de proteger los derechos de su hija menor.

Se itera, es necesario probar los supuestos que fundamentan la petición, pues nada se dijo sobre el señor VASQUEZ MAZO. Y si en realidad existe una imposibilidad de los abuelos maternos para que se hagan cargo de las menores, nada se aportó para probar esa teoría.

Finalmente, no se cumplen los presupuestos del artículo 2º de la ley 2292 2023² -por medio de la cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materias de política criminal y penitenciaria-, por cuanto, si bien estamos en presencia del delito contemplado en el artículo 376 no se encuentra probado que la conducta consumada por Ana María Betancur Arboleda esté

² “ARTÍCULO 2. Alcance. Las mujeres cabeza de familia condenadas por los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal, o condenadas a otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años de prisión, en los cuales se demuestre por cualquier medio de prueba que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afecten la manutención del hogar y cumplan con los requisitos establecidos en la presente ley, podrán obtener como medida sustitutiva de la pena de prisión, de oficio o a petición de parte, el servicio de utilidad pública.

La medida sustitutiva podrá aplicarse en los casos en los que exista concurso de conductas punibles respecto de las cuales proceda la prisión domiciliaria.

La medida sustitutiva de la pena de prisión prevista en la presente ley no se aplicará cuando haya condena en firme por otro delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión del nuevo acto punible o exista concurso con conductas punibles distintas a las aquí señaladas .

El servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión se podrá otorgar a las mujeres cabeza de familia de acuerdo a los requisitos de la presente ley, en los casos de condenas por el delito de concierto para delinquir (artículo 340 del C.P.), cuando el concierto esté relacionado con los delitos de los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal.

Las condiciones de marginalidad que deben probarse para otorgar el servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión no dependen de la acreditación de la causal de atenuación punitiva consagrada en el artículo 56 de la Ley 599 de 2000 y el beneficio otorgado en virtud de esta última, no afectará la obtención de la medida sustitutiva consagrada en la presente ley”.

asociada a condiciones de marginalidad y falta de manutención del hogar.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en cuanto fue objeto de la apelación.

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

Sentencia de segunda instancia
Sentenciado: Ana María Betancur Arboleda
Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes.
Radicado: 05 615 60 00344 2022 00137
(N.I.2023-1270-5)

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **dd1c06f867afbbaed8cfc53643333e2a7bf4a810181bd02b629fdeab00571f50**

Documento generado en 15/08/2023 04:07:34 PM

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

Sentencia de Segunda Instancia Procedimiento abreviado
Acusados: Jennifer Sánchez Suárez, Michael Stiven Jiménez Mejía,
Joan Sebastián Corzo Sánchez y Luis
Ernesto González Pacheco
Delito: Hurto calificado y agravado
Radicado: 050016000206202218149
(N.I.2023-1276-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 81 del 14 de agosto de 2023

Proceso	Sentencia
Sistema	Ley 906 de 2004
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	050016000206202218149 (N.I.2023-1276-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve los recursos de apelación interpuesto por los defensores del Jennifer Sánchez Suárez, Michael Stiven Jiménez Mejía, Joan Sebastián Corzo Sánchez y Luis Ernesto González Pacheco en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Rionegro – Ant.,

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

HECHOS

Según los consignó la primera instancia:

“De acuerdo al contenido del escrito de acusación, se tiene que para el 12 de agosto del 2022, a eso de las 12:30 y las 15:15 horas, Joan Sebastián Corzo Sánchez, Luis Ernesto González Pacheco, Michael Stiven Jiménez Mejía y Jennifer Sánchez Suárez, ingresaron de manera arbitraria, engañosa y clandestina a la vivienda de la señora Luz Elly Botero Estupiñán, ubicada en la carrera 59 Nro. 37 -10, urbanización Gualanday de Rionegro, donde se apoderaron de un computador, dinero en efectivo y joyas, elementos valuados en la suma de treinta y cinco millones de pesos aproximadamente.

Se dice que la víctima salió de su vivienda a eso de las 12:00 del día y una vez regresó en horas de la tarde, encontrando la puerta de su casa abierta por lo que una vez revisa encuentra le hacían falta algunos elementos como alhajas de oro y dinero en efectivo, luego de llamar a la administración y a la policía, quienes una vez revisan las cámaras se percatan que el vehículo utilizado para la comisión del hurto corresponde a un Mazda 2 color gris, de placas FZY-364, posteriormente fue informada en el sentido de que dicho automotor había sido localizado en Medellín y se habían capturado a cuatro personas, a quienes se les encontró parte de las joyas y el dinero.”

ACTUACIÓN PROCESAL

Luego de la aprobación de preacuerdo, el 23 de junio de 2023, el Juez Segundo Penal Municipal de Rionegro (Ant) Declarar penalmente responsables a los acusados JENNIFER SÁNCHEZ SUÁREZ, MICHAEL STIVEN JIMÈNEZ MEJÍA JOAN SEBASTIÁN CORZO SÁNCHEZ LUIS ERNESTO GONZÁLEZ PACHECO, en calidad de cómplices del delito de Hurto Calificado Agravado. **Como parte del acuerdo se pactó la pena que cumpliría cada uno de los condenados.**

En consecuencia, se condenó a MICHAEL STIVEN JIMÉNEZ MEJÍA y JOAN SEBASTIÁN CORZO SÁNCHEZ, a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión. JENNIFER SÁNCHEZ SUÁREZ a la pena principal de treinta y cinco (35) meses de prisión. LUIS ERNESTO GONZÁLEZ PACHECO a la pena principal de sesenta (60) meses de prisión.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión los defensores interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

En esencia, las dos apelaciones pretenden una rebaja de pena adicional por el hecho de que se logró un acuerdo antes de dar inicio a la audiencia concentrada. Estiman que el Juez dejó de aplicar esa disminución en los términos del artículo 16 de la ley 1826 de 2017.

En el caso del condenado Luis González la inconformidad se particulariza por el hecho de que se tuvo en cuenta los antecedentes para determinar la pena. Se alega que la pena debió partir del segundo cuarto: “esto es, entre 154 meses y 1 día hasta 201 meses, que si en gracia de discusión se parte del máximo de este segundo cuarto atendiendo los antecedentes

que registra mi defendido, estaríamos hablando de 201 meses monto al cual se le debe aplicar la rebaja por la degradación de la conducta a cómplice, pre acordado con la fiscalía quedando entonces en 100 meses y 15 días, más el 50% de rebaja a la que tiene derecho por aceptación de cargos antes de la instalación de la audiencia concentrada en los términos del artículo 16 de la Ley 1826 de 2017, es decir, 50 meses y 7.5 días, y el 50% por indemnización integral, (artículo 269 del Código Penal) para un total de pena de 25 meses y 3.7 días de prisión y no 60 meses como fue fijada por el Despacho"

La fiscalía se pronunció en relación con el recurso de los defensores. Se opuso a sus pretensiones en los siguientes términos:

"En el desarrollo del proceso penal, existen diversas formas de terminación anticipada del procedimiento, entre las cuales se tiene la aceptación de cargos o la realización de un preacuerdo; en el presente proceso se tomó la segunda forma, donde se hizo la degradación del grado de participación, de autor a cómplice con fines de disminución de la sanción y pre acordando inclusive la pena a imponer para cada acusado, ello a cambio de la aceptación de cargos que cada uno hacía respecto de los hechos y así fue aprobado por el Juez Segundo Penal Municipal Mixto de Rionegro. Pretender una rebaja adicional, es pretender doble beneficio a cambio de la misma aceptación de cargos y esta situación ya ha sido dilucidada desde el inicio del Sistema Penal Oral Acusatorio."

CONSIDERACIONES

La Sala abordará las inconformidades de los recurrentes, limitándose de manera exclusiva en los puntos que fueron objeto de impugnación

La Sala anuncia desde ahora la confirmación del fallo de primera instancia. Esta afirmación se soporta en las siguientes razones:

La sentencia proferida por el Juzgado Segundo penal Municipal de Rionegro (Ant.) es consecuencia de un preacuerdo presentado por la Fiscalía y los procesados debidamente asistidos por sus defensores.

En efecto, el acuerdo puesto en consideración del Juez de Conocimiento, surtió su trámite en presencia de la Fiscal, defensores, y procesados, quienes confirmaron los términos del mismo, que se circunscriben al reconocimiento de la calidad de cómplices, **y la expresa la fijación de la pena, para cada uno de ellos.**

Luego se profirió sentencia condenatoria de conformidad con la pena previamente acordada. El Juez de forma, clara, puntual y ordenada indagó a cada uno de los procesados acerca de los términos del preacuerdo; de la rebaja que obtenían por la indemnización a la víctima; de la rebaja por el reconocimiento de la calidad de cómplices, en especial indagó de forma exhaustiva a cada uno de los procesados por la determinación explícita de la pena que cada uno de ellos cumpliría. Dejó en claro las consecuencias punitivas del acuerdo, en especial de la prohibición de subrogados y sustitutos penales.

De tal manera que lo que se presenta como un recurso no es otra cosa que la retractación de los términos del acuerdo, en tanto que implica un nuevo debate sobre un asunto consensuado libremente entre las partes, verificado en su legalidad y en el respeto a las garantías fundamentales por parte del Juez de conocimiento.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado¹:

¹ Radicado 32.032 del 14 de septiembre de 2009. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

2. Como lo ha indicado la Corte en reiterados pronunciamientos, la aceptación de cargos, como una modalidad de terminación anticipada del proceso, obedece a una política criminal cifrada en el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia, con miras a que el imputado o acusado, según el caso, resulte beneficiado con una sustancial rebaja en la pena que habría de imponérsele si el fallo se profiere como culminación del juicio oral, de una parte y, de otra, que el Estado ahorre esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento.

En tales condiciones, dentro del marco del principio de lealtad que las partes deben acatar, por surgir la aceptación de cargos de un acto unilateral del imputado o acusado o, de un comportamiento pactado o acordado con el fiscal, no hay lugar a controvertir con posterioridad la misma respecto de la existencia de la conducta punible, así como tampoco la responsabilidad del procesado.

Es decir, cuando el juez de control de garantías o el de conocimiento acepta el allanamiento o aprueba el acuerdo, en la medida en que colige que el mismo fue un acto oral, voluntario, libre, espontáneo, informado y asistido, surge en el procesado la improcedencia de retractarse de lo que ha admitido. En consecuencia, resulta incompatible con el principio de lealtad toda impugnación que busque deshacer los efectos de la aceptación de la responsabilidad.

Sólo el sentenciado tiene interés para controvertir a través de los recursos (apelación o casación) la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena y los aspectos referidos a su determinación. **En este último evento tampoco se puede mostrar inconformidad a quien preacuerda con la fiscalía los términos de su responsabilidad y de la sanción, siempre y cuando el juez los haya respetado**". (Subrayado y negrillas no original).

De forma que, si la defensa de Luis González tenía algún reparo frente a la pena pactada con el ente investigador, lo más prudente hubiese sido solicitar la suspensión de la audiencia para definir el quantum en atención a

los antecedentes, pero como ello no ocurrió así, una vez aprobado lo pactado no puede la defensora desconocer que ella y su prohijado negociaron el monto de la pena con su contraparte.

En relación con la aspiración de que a todos los condenados se les otorgue un 50% de la pena adicional a lo acordado por haber aceptado los cargos en el momento previsto en el artículo 16 de la ley 1826 de 2017, debe recordarse que tal pretensión, además de constituir un intento de retractación de la pena acordada, desconoce el contenido del artículo 351 de la ley 906 de 2004 que en su parte pertinente establece:

“También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, **esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.**”

En este caso los procesados obtuvieron un cambio favorable con relación a la pena a imponer con el reconocimiento de la calidad de cómplices, por lo que no podían aspirar a la rebaja del artículo 16 mencionado

En consecuencia, 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.

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

Sentencia de Segunda Instancia Procedimiento abreviado
Acusados: Jennifer Sánchez Suárez, Michael Stiven Jiménez Mejía,
Joan Sebastián Corzo Sánchez y Luis
Ernesto González Pacheco
Delito: Hurto calificado y agravado
Radicado: 050016000206202218149
(N.I.2023-1276-5)

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

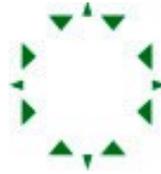
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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: **09df8cc7ee1d38f941918513c7d2202a67deae097b54622415b16afd5fec0a42**

Documento generado en 15/08/2023 04:07:41 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 81 del 14 de agosto de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Fiscalía
Tema	Valoración probatoria - estándar de prueba para condenar - prueba de referencia
Radicado	05-101-60-00330-2020-00237 (N.I. TSA 2023-0534-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar - 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 propuso la fiscalía en la acusación:

“El día 23 de diciembre de 2020, se conoció por informe presentado por la Comisaría de Familia del municipio de Salgar, sobre el presunto abuso sexual de que era víctima la menor G.M.P., de tres (3) años de edad, por parte del sr. William de Jesús Urrego Bedoya, conocido de la familia.

De acuerdo con lo narrado por la menor G., los hechos tuvieron ocurrencia en el año 2020, aproximadamente en el mes de noviembre, en la vereda Chaquiro Arriba, residencia de la menor G.M.P., de 3 años de edad, en su habitación, donde el sr William entraba a ver novelas, allí le tocaba la vagina con la mano, le metía los dedos en la vagina, lo que ocasiono himen desflorado a la 1 del reloj, lo cual realizo al parecer en tres veces, jueves y martes; esto ocurría cuando la mama hacía destinos y el papa estaba cogiendo café.”¹

LA SENTENCIA

El 27 de febrero del año 2023, el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia absolutoria en favor de URREGO BEDOYA frente al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, artículo 208 del C.P., para soportar su decisión adujo esencialmente que:

La víctima no asistió al juicio y sus declaraciones anteriores no fueron solicitadas ni decretadas como prueba de referencia. La fiscalía no efectuó una investigación sólida y eficiente dadas las particularidades del caso, el que inició por una denuncia anónima, por lo que no llevó al debate público

¹ Se citan los hechos como fueron consignados en el escrito de acusación, archivo “01EscritoAcusacion”. A propósito, se destaca que en la correspondiente audiencia la fiscal utilizó otro discurso, pero relató en esencia los mismos hechos, archivo “05AudienciaAcusacion20220725”, récord 00:11:40 a 00:17:40.

otros medios de conocimiento a fin de superar el estándar de prueba necesario para condenar. En consecuencia, no se cuenta con elementos de prueba que demuestren los aspectos circunstanciales en que se dieron los hechos jurídicamente relevantes y que comprometan la responsabilidad del acusado. Sobre las pruebas precisó:

Adriana Lucia Piedrahita Henao, comisaria de familia, activó el código fucsia y envió a la niña a un hogar de paso. La psicóloga Sara Lizeth Arias Rendón observó una vulneración a la integridad de la niña debido a conductas que le produjeron "*sufrimiento sexual*". La trabajadora social Ana Carolina Gómez valoró el entorno familiar de la menor, pero no visitó su hogar ni se entrevistó con ella, aun así, concluyó que no existían garantías familiares para su protección.

La médica Nayive Paola Castrillón de la Hoz halló que G.M.P. presentaba un himen con desfloramiento antiguo a la 1 de las manecillas del reloj, sin embargo, no es posible tener en cuenta lo consignado en la anamnesis.

Yaneth Cristina Monterrosa Martínez, psicóloga de medicina legal, valoró a la víctima, en quien advirtió capacidades para recordar hechos y narrarlos, diferenciar la fantasía de la realidad, y comprender la importancia de decir la verdad. Además, adujo que las particularidades relativas al control de esfínteres son consecuencia del hecho investigado.

Leocadis de Jesús Muñoz Restrepo y Alba Luz Tamayo Tamayo no presenciaron los hechos.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, la fiscalía presentó y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la sentencia y la

consecuente condena del acusado. Su pretensión pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- La víctima tenía 3 años para la época de los hechos, así que resulta irrazonable pretender que aportara datos precisos sobre las condiciones en las que se presentó el abuso. Como no diría nada en juicio y para evitar su revictimización, no acudió a tal escenario.

Aun así, los hechos fueron expuestos a la psicóloga Sara Lizeth Arias Rendón, información corroborada con la médica Nayive Paola Castrillón de la Hoz, la que dio cuenta de los hallazgos físicos en la niña y la respectiva anamnesis. Las versiones otorgadas a estas profesionales no son prueba de referencia, pues ellas escucharon de manera directa tales declaraciones y así las comunicaron en juicio.

Adicionalmente, la psicóloga Yaneth Cristina Monterrosa Martínez dio cuenta de lo dicho por G.M.P., quien se expresó de forma clara, espontánea y acorde a la realidad, y aunque en tal momento la niña no señaló al acusado, este dato fue extraído por la profesional de los documentos que se le aportaron para su valoración.

- Pese a que el señalamiento en contra de WILLIAM DE JESÚS URREGO BEDOYA se originó en la información aportada por una persona sin identificar, es evidente que alguien lo conocía y sabía sus datos. A parte de esto, Leocadis de Jesús Muñoz Restrepo, padre de G., informó conocer al procesado pues era su vecino, al quien le tenía gran confianza, al igual que la víctima, y era la única persona de nombre WILLIAM que asistía a su casa. En ese orden, no existen dudas de que fue URREGO BEDOYA el que cometió el delito.

- Según la apelante, no existe animadversión en contra de WILLIAM DE JESÚS, la menor mencionó su nombre sin ninguna presión indebida, la desfloración de su himen es concluyente respecto de la existencia de un

concurso homogéneo del delito acusado, y está claro que se trató un actuar abusivo cometido por tal sujeto.

No hubo pronunciamientos de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada. A fin de sustentar debidamente tal anuncio, conforme a los planteamientos de la recurrente, 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 practica 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.⁴

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 al debate probatorio.

Es importante destacar que en este tipo de casos es común que los peritos utilicen versiones previas de las víctimas como pieza imprescindible de sus valoraciones, las que no tienen un fin distinto que el de establecer el marco fáctico que determina las observaciones y los hallazgos que han de sustentar sus conclusiones, sin que ello habilite indiscriminadamente su uso como prueba, pues sobre estos particulares aspectos, es decir, en relación con el señalamiento en contra de los procesados y las circunstancias modales del delito, sus testimonios constituyen prueba de referencia.⁵ A propósito, resulta totalmente útil la siguiente cita:

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 53097 del 15 de marzo de 2023, SP086-2023, 52148 del 26 de octubre de 2022, SP3882-2022, ambas M.P. Hugo Quintero Bernate; 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; y 55957 del 12 de febrero de 2020, SP399-2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁵ Sobre la naturaleza referencial de ese tipo de información, véase entre otras, SP CSJ radicados 50637 del 11 de julio de 2018, SP2709-2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar; y 53127 del 12 de febrero de 2020, SP358-2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

“Sobre lo anterior, la Corte ha insistido en que: (i) los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral; y, (ii) si la parte pretende utilizar estas versiones para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse a las reglas de descubrimiento, incorporación y valoración, al trámite y demás previsiones establecidas para la prueba de referencia⁶.

Además, cabe recordar que el núcleo probatorio de un dictamen pericial y la apreciación del mismo no dependen de los dichos de la persona que fue valorada, pues, de acuerdo con lo establecido por el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, lo que se debe tener en cuenta al apreciar una prueba pericial es la “idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”.

*Lo anterior quiere decir que, a nivel probatorio, los exámenes psicológico y médico legal realizados a la víctima giran en torno a los hallazgos, las conclusiones y la consistencia de los peritos y no a las manifestaciones realizadas por la auscultada, por lo que tampoco le asiste razón al demandante al creer que debía otorgársele valor demostrativo a la declaración rendida por la víctima al interior de los dictámenes, en el momento de valorar la experticia. **De hecho, la Sala ha considerado que la prueba pericial no puede ser utilizada para la incorporación subrepticia de declaraciones rendidas por fuera del juicio⁷.**”⁸ (Negrillas nuestras).*

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:

⁶ CSJ SP4179-2018, 26 sep. 2018, rad. 47789 y SP3602-2021, 18 ago. 2021, rad. 56357.

⁷ CSJ, SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637, entre otras.

⁸ SP CSJ radicado 52148 del 26 de octubre de 2022, SP3882-2022, M.P. Hugo Quintero Bernate.

*“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. (...)”.*⁹

En ese orden, cuando la fiscalía pretenda soportar su hipótesis en pruebas de referencia está obligada a adelantar el trámite pertinente para su debida incorporación, también debe efectuar una investigación especialmente minuciosa, orientada a obtener otros medios de conocimiento a fin de superar el estándar necesario para condenar, y correspondiente con ello, propiciar una prolija práctica probatoria.

Adicionalmente, por ser un tema relacionado con la prueba de referencia y con uno de los planteamientos de la recurrente, importa destacar que las declaraciones anónimas no pueden ser analizadas como prueba y ni siquiera como prueba de referencia, así lo ha destacado la jurisprudencia:

*“De manera, pues, que las declaraciones anónimas resultan inadmisibles como prueba y sólo sirven a manera de criterio orientador por el órgano investigativo para sus labores de averiguación, cuando aportan evidencias o suministran datos concretos que permitan verificar su contenido. Es que, como lo ha concluido de igual forma la Corte, ese tipo de fuente de información ni siquiera ostenta la capacidad para constituir prueba de referencia, pues ésta debe provenir de personas conocidas o determinadas. Así lo expuso en CSJ SP, 6 mar 2008, rad. 27477 y lo reiteró recientemente en CSJ SP606, 25 ene 2017, rad. 44950.”*¹⁰

Descendiendo al asunto que nos concita, el testimonio de G.M.P. no se practicó en el juicio oral, la razón es simple: se rechazó en la audiencia

⁹ CSJ SP radicado 43866 del 16 de marzo de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹⁰ CSJ SP radicado 46864 del 27 de septiembre de 2017, SP15487-2017, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

preparatoria,¹¹ por lo que la versión de la víctima no pudo ser objeto de prueba en el debate público. Pese a tal situación, la fiscalía no pidió prueba de referencia, particularidad que no puede subsanar la Sala, por ende, no se cuenta con fundamento suficiente para valorar las declaraciones anteriores de la menor.

Nótese que la Jurisprudencia ha sido exigente respecto de la labor que la fiscalía debe cumplir cuando decide hacer uso de la prueba de referencia, exigencia que lógicamente aumenta en casos como el presente, donde no se cuenta con la prueba directa y tampoco con prueba de referencia. Debe recalcar 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.

Ante tal panorama, la fiscalía no podía obviar la necesidad de presentar otros medios de conocimiento que sirvieran para superar el estándar de prueba negativo fijado en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, teniendo presente que la totalidad de testimonios deben examinarse bajo la regla establecida en el artículo 402 *ibídem*, la cual impone que solo se puede declarar sobre aspectos que son de conocimiento directo y personal.

En otras palabras, el ente acusador debió blindar con especial cuidado el caso desde el punto de vista probatorio, pues conforme se perfiló desde la audiencia preparatoria, no contaría con el testimonio de la menor. En contraste, se advierte que se incorporaron algunas versiones previas de la niña, lo que llevó a la ahora apelante a solicitar que se tenga en cuenta dicha información.

Adicionalmente, de manera desacertada la fiscal pretende dar trascendencia probatoria a la información anónima que originó la

¹¹ Audiencia preparatoria del 5 de septiembre de 2022, archivos “07Audiencia1Preparatoria20220905” y “08Audiencia2Preparatoria20220905”, en este último, récord 00:01:37 a 00:30:08, quedó el registro de la decisión de la Juez de rechazar el testimonio de la menor por su indebido descubrimiento, providencia contra la que no se interpuso de el recurso de apelación.

investigación, cuando ello solo debió ser un criterio orientador para su labor previo al ejercicio de la acción penal.

Bajo los anteriores postulados será analizada la valoración probatoria efectuada por la Juez de cara a las objeciones de la recurrente.

2. Sobre la valoración probatoria

Se destaca que en juicio oral se practicaron siete testimonios, todos de cargo: Leocadis de Jesús Muñoz Restrepo, Alba Luz Tamayo Tamayo, Adriana Lucia Piedrahita Henao, Sara Lizeth Arias Rendón, Ana Carolina Gómez, Nayive Paola Castrillón de la Hoz y Yaneth Cristina Monterrosa Martínez, además, se estipularon las plenas identidades de la víctima y el procesado, así como la minoría de edad de aquella. A estos medios de conocimiento nos referiremos para advertir sus deficiencias a fin de colmar el estándar de prueba necesario para condenar.

- **Los testimonios de los familiares de la niña**

- Leocadis de Jesús Muñoz Restrepo,¹² padre de G.M.P., informó que vivía en la vereda La Chaquira Arriba del municipio de Salgar, allí fue vecino y amigo del acusado por varios años, trabajaron juntos, no tuvieron problemas, ni sospechó de él. Adujo que WILLIAM DE JESÚS tenían una buena relación con la menor, a quien acostumbraba llevar presentes, pero nunca se quedó solo con ella. Destacó que su casa era visitada por el procesado pero también por sus hermanos (del testigo)¹³ y un hombre llamado Andrés Solís. Aseguró que lo tomó por sorpresa la denuncia anónima de los hechos, que no entiende de dónde provino el señalamiento, pero pudo ser una temeraria retaliación de la familia del

¹² Juicio oral del 5 de octubre de 2022, archivo "02DeclaracionTestigos", récord 00:00:03 a 00:23:40.

¹³ Los que identificó como Ferney y Arbey, Duvalier, Medardo y Alcides, los dos primeros iban constantemente y los demás esporádicamente.

acusado, y aunque no le constaba el abuso, llevó a la niña a unos exámenes, donde le dijeron que sí sucedió. Aunque no precisó la fecha, dijo que G. fue retirada de su cuidado y la veía los fines de semana, además, informó que la notó nerviosa en relación al acusado, pero no explicó tal afirmación.

- Alba Luz Tamayo Tamayo¹⁴ manifestó que G.M.P. es la sobrina de su esposo y la tuvo a su cargo por 6 meses, debido a una investigación adelantada contra un vecino por un abuso contra aquella, periodo en que la notó “normal”. Destacó que no conoce al agresor y que solo sabe lo que le contaron, además, que la niña vivía en Chaquira Arriba con los padres y tiene dos hermanas.

Nótese que ninguno de estos testigos percibió directamente lo ocurrido. Solo Muñoz Restrepo aportó datos que eventualmente pueden ubicar al procesado en el lugar de los hechos y con cierta cercanía a la víctima, sin embargo, ante la carencia de referencias circunstanciales sobre los hechos jurídicamente relevantes, tal conclusión es meramente especulativa.

- **De la valoración médica**

- La médica Nayive Paola Castrillón de la Hoz¹⁵ elaboró el 19 de diciembre de 2020 el reconocimiento médico legal a G.M.P., recolectó un relato de esta sobre los motivos de la consulta y le efectuó un examen físico y genital, hallando un desgarramiento antiguo en el himen, signo de penetración, y aunque no podía establecer su causa, le resultaba particular que solo presentara lesiones en sus genitales.

Nótese que la profesional da cuenta de lesiones que pueden ser compatibles con el delito acusado, sin embargo, tales conclusiones no son

¹⁴ Juicio oral del 5 de octubre de 2022, archivo “02DeclaracionTestigos”, récord 00:24:10 a 00:36:25.

¹⁵ Juicio oral del 28 noviembre de 2022, archivo “15AudienciaJuicio20221128”, récord 00:02:35 a 00:27:55.

suficientes para asegurar que hubo un acceso carnal en términos del artículo 212 del C.P., pues no es clara la causa de los hallazgos, y mucho menos que el acusado sea el responsable.

Se debe advertir que la versión aportada por la menor en la anamnesis, y las apreciaciones de la profesional sobre algunos aspectos que tocan con la credibilidad del relato de la víctima, pese a la calidad profesional de la testigo, en estricto sentido no comportan una valoración profesional, sino un ejercicio valorativo que de igual modo habría de realizar el juzgador, sin necesidad de un aporte profesional exógeno, eso sí, en caso de haberse dado el trámite debido a la versión anterior que le entregó la víctima.

Al parecer, la fiscalía pretende darle la connotación de prueba directa a la declaración de la menor que se incorporó con la médica, a pesar de que lo expuesto en la anamnesis por sí solo es información referencial,¹⁶ y que como se analizó antes en esta decisión, no podía ser incorporada pues no se siguió el trámite pertinente para ello. Bastará con destacar que no medió decisión expresa de la Juez¹⁷ para incorporar como prueba de referencia la anamnesis contenida en el examen sexológico.

Entonces, como la declaración previa de la menor es prueba de referencia indebidamente incorporada con la médica, y el examen sexológico no aportó elementos que corroboren total y objetivamente el abuso, además, que en parte la prueba se limitan a la apreciación personal de la profesional sobre el comportamiento de la niña durante el procedimiento médico, la responsabilidad penal de URREGO BEDOYA no puede estar fundamentada exclusivamente en tal medio de conocimiento.

¹⁶ Sobre el manejo de las versiones previas en la prueba pericial, véase entre otras, SP CSJ radicado 50637 del 11 de julio de 2018, SP2709-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

¹⁷ Sobre la necesidad de pronunciamiento expreso del Juez respecto a la solicitud de prueba de referencia, véase entre otras, CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

- **Los testimonios de las psicólogas**

- Yaneth Cristina Monterrosa Martínez,¹⁸ sicóloga del CTI, expuso que realizó una valoración psicológica forense a G.M.P. a efectos de responder a la fiscalía si esta tenía capacidad para recordar y comunicar hechos pasados, diferenciar la fantasía de la realidad, y si hubo secuelas de la situación abusiva. Cuestionamientos a los que encontró soluciones positivas después de valorar el material de investigación que le fue allegado de manera digital, además, porque practicó una entrevista semiestructurada a la niña el 16 de diciembre de 2022, cuando tenía 5 años de edad, y la progenitora después de dicha actuación le entregó información. Aseguró que utilizó los protocolos básicos de evaluación en psiquiatría y psicología forense, la guía para la intervención en casos de menores víctimas de delitos sexuales, que tuvo en cuenta la situación social y familiar de la niña y que los hechos fueron revelados por un tercero.

Adujo que G. respondió los cuestionamientos con un discurso propio de su edad, sin alteraciones en el pensamiento o desarrollo evolutivo, con claridad, espontaneidad, coherencia y expresividad en el discurso, también refirió que la notó ansiosa, angustiada y temerosa, por lo que la niña pidió ir al baño, lo que la ayudó para luego comunicarle circunstanciadamente los hechos, evidenciando una memoria episódica, es decir, que fue tan fuerte el suceso que perdura el recuerdo. También se le reportó que la niña tenía inapetencia e incontinencia urinaria regresiva, esta última sucede después de haber alcanzado el control de esfínteres, lo que permite destacar una consecuencia traumática de los hechos investigados.

- Sara Lizeth Arias Rendón,¹⁹ psicóloga de la comisaría de familia de Salgar, informó haber intervenido en el proceso de restablecimiento de derechos de la víctima en diciembre del año 2020. En concretó, con una valoración psicológica a las esferas emocional, afectiva, cognitiva, del

¹⁸ Juicio oral del 6 de febrero de 2023, archivo "23Audiencia2Juicio20230206", récord 00:00:02 a 00:50:26.

¹⁹ Juicio oral del 5 de octubre de 2022, archivo "04DeclaracionPsicologaSara", récord 00:00:01 a 00:21:50.

lenguaje, de desarrollo sensorial y motriz, todo, mediante la observación directa y una entrevista semiestructurada a la menor, la que notó activa, dispuesta, afectiva, dinámica, emocionalmente triste por los hechos, con capacidad para describir sucesos de su historia personal y familiar. Concluyó que hubo vulneración a los derechos a la integridad personal y de protección por parte de los progenitores, especialmente, la madre, y advirtió una alerta por la situación abusiva relatada.

En esas condiciones, ambas pruebas, en relación a los hechos jurídicamente relevantes, deben considerarse como versiones previas de la menor recolectada por profesionales de la psicología, sin que ello implique obligatoriamente, que se trate medios de conocimiento periciales objetivos que sirva para superar el estándar de prueba necesario para condenar. Veamos.

Se resalta que para el examen de una entrevista rendida por un menor de edad ante un profesional de la psicología, la Corte Suprema de Justicia,²⁰ para efectos del análisis de la entrevista y la valoración psicológica, dispuso varias pautas que resultan útiles a fin de resolver el asunto. Principalmente, para lo que interesa a este caso, la Corte demanda que, de conformidad con lo establecido en la ley, las peritos expliquen la fundamentación técnico científica de sus conclusiones o hallazgos.

En el presente evento, las psicólogas informaron que utilizaron entrevistas semiestructuradas y observación directa, adicionalmente, Monterrosa Martínez expuso que valoró algunos documentos allegados, los protocolos para atender este tipo de casos y la información aportada por la madre de la niña, pero no explicaron la base científica que soporta tal proceder. De ese modo corroboraron que sus actuaciones se limitaron a entrevistarse con G.M.P., diligencias sobre las que dieron una opinión desde su punto de vista profesional partiendo de aspectos como el estado de ánimo de la menor,

²⁰ SP CSJ radicado 50637 del 11 de julio de 2018, SP2709-2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

su forma de expresarse y las indicaciones que terceros les dieron sobre el objeto de las entrevistas y los hechos.

Las profesionales no explicaron los principios científicos o técnicos en los que se fundamentaron sus actuaciones, a lo sumo, se limitaron a exponer los nombres de las herramientas o métodos utilizados, y relataron lo que percibieron en sus entrevistas, es decir, no establecieron con claridad las bases para asegurar que sus intervenciones realmente deben catalogarse como pericias. En consecuencia, tampoco dieron cuenta del grado de aceptación de los procedimientos usados, ni de los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso.

Lo observado con ambas testigos 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.

Estas dos testigos solo ofrecieron una percepción personal acerca de las entrevistas, con fundamento en esto, adujeron que encontraron afectaciones en diferentes esferas de G., como la social, familiar y en la salud. Apreciaciones que no tienen la entidad legal para considerarse como pruebas científicas que hubieren abonado un elemento adicional con carácter profesional. 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 Justicia²¹ para efectos del análisis de la prueba pericial.

Así que lo ofrecido con sus testimonios fue una percepción personal acerca de la actitud de la menor al dar su versión de lo acontecido. Sobre este tipo de consideraciones la Corte ha dicho puntualmente: "*las personas que*

²¹ SP CSJ radicado 50637 del 11 de julio de 2018, SP2709-2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

intervienen en la entrevista pueden comparecer al juicio oral para declarar sobre los aspectos de la declaración que van más allá del lenguaje verbal, como sucede, por ejemplo, con las señas o ilustraciones que hace el testigo durante su declaración. Ello, por obvias razones, no constituye evidencia adicional a la prueba de referencia, pues se refiere únicamente a la existencia y el contenido de la declaración anterior.”²²

Más allá de las apreciaciones que pudieron exponer a partir de su papel de entrevistadoras, las psicólogas no brindaron ningún sustento técnico científico de las conclusiones en las que sugirieron la posibilidad de que la menor hubiere sido víctima de un abuso sexual.

Importa destacar que las peritos tienen prohibido elevar juicios sobre la responsabilidad o los elementos del tipo,²³ en ese sentido, es totalmente desacertado que aseguren la existencia del delito o la responsabilidad de los procesados, pues estas son conclusiones que corresponden exclusivamente al Juez.

Adicional a la precariedad de estos medios de conocimiento para ser considerados pericias, ninguna aportó un dato concreto que sirva para asegurar que el delito existió y que fue cometido por WILLIAM DE JESÚS URREGO BEDOYA. Conforme a lo valorado, estas pruebas no resultan suficientes para sostener un fallo condenatorio, tampoco sirven para superar las dudas advertidas, ni para confrontar, desde el punto de vista científico, el análisis de tipicidad que demanda el caso.

- **Los testimonios de las demás funcionarias de la comisaría de familia**

- Adriana Lucia Piedrahita Henao,²⁴ comisaria de familia de Salgar, manifestó que conoció el caso de G.M.P. por solicitud de una funcionaria

²² *Ibidem.*

²³ Sobre el tema véase, entre otras, SP CSJ radicado 52207 del 2 de marzo de 2022, SP567-2022, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

²⁴ Juicio oral del 5 de octubre de 2022, archivo “03DeclaracionComisariaFamilia”, récord 00:00:02 a 00:09:15.

del programa *buen comienzo*, en ese sentido, inició el restablecimiento de derechos y activó el código fucsia, entrevistó a la niña en compañía de la psicóloga y el progenitor, solicitó valoración médica, ubicó a G. en familia extensa, ordenó valoración psicológica, y valoración socio familiar. También refirió que se reportó el caso a la fiscalía y que se tenían antecedentes de abuso en contra de la madre y hermanas de la menor.

- Ana Carolina Gómez,²⁵ profesional en trabajo social de la comisaría de familia de Salgar, adujo que en diciembre del año 2020 llevó a cabo una verificación de derechos y estudio socio económico y familiar de la menor, todo en las instalaciones de la comisaría pues no realizó visita familiar. Preciso que por entrevista a la madre estableció la composición familiar, y que no tuvo contacto con G.M.P. Concluyó vulneración a los derechos sexuales y reproductivos de esta, y que la familia no era garante de su bienestar.

En esas condiciones, es evidente que las pruebas no aportan ningún elemento adicional a los hasta ahora evaluados. La comisaria y la profesional en trabajo social dan cuenta de sus actuaciones cuando conocieron el caso, y su criterio frente al mismo, sin que ello sea vinculante en el proceso penal.

Nótese que sus testimonios no entrega información relevante adicional a la aportada con las psicólogas. Todas se remiten a la versión de la niña, de naturaleza referencial, lo que limita su valoración en esta instancia. Aparte de esto, el trabajo posterior a los hechos que realizaron estuvo encaminado a brindarle apoyo a la niña, pero no a establecer la veracidad de su relato.

Ninguna dio cuenta de haber efectuado alguna labor técnica o científica que agregue, a sus testimonios, elementos que sirvan para acreditar la real ocurrencia del abuso o la responsabilidad del acusado. De ahí que su trascendencia se vea limitada a sus particulares percepciones del caso, y

²⁵ Juicio oral del 5 de octubre de 2022, archivo "04DeclaracionPsicologaSara", récord 00:02:20 a 00:19:01.

sobre algunas circunstancias posteriores a los hechos jurídicamente relevantes, sin que ello, por sí solo, sea suficiente para alcanzar el conocimiento necesario para condenar.

3. Conclusiones

Analizadas todos los medios de conocimiento practicados y la información debidamente incorporada al proceso, se advierte que más allá de las falencias de las pruebas, es claro que ninguna aporta el conocimiento necesario para condenar. Se debe resaltar que durante los interrogatorios cruzados de cada testigo se logró advertir que su conocimiento de los hechos jurídicamente relevantes está limitado a la información referencial aportada por la menor, lo cual no puede ser el fundamento de la sentencia condenatoria.

Nótese que, aun cuando varias de las testigos observaron en la actitud y cuerpo de G.M.P. indicios de que pudo haber sido abusada, principalmente, lo expuesto por la médico y las psicólogas, además, el padre de la niña informó que el acusado era cercano a la familia y a la víctima, lo que pudo facilitar la ejecución del delito, lo cierto es que ninguno dio cuenta de haber percibido que URREGO BEDOYA abusara sexualmente de la menor. De modo que, despojados sus testimonios de la información referencial que indebidamente se incorporó con ellos, su valor incriminatorio es escaso.

En otras palabras, ningún de los testigo conoció directamente los hechos jurídicamente relevantes, y los hechos indicadores de los que dan cuenta son insuficientes para afirmar la responsabilidad penal del acusado. De modo que, sobre el delito, no cuentan con el conocimiento personal que exige el artículo 402 del C.P.P., según el cual, *“el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”*, lo que ubica parte relevante de sus

declaraciones en el terreno de la prueba de referencia, en concreto, respecto a lo que la víctima les comunicó acerca de la responsabilidad del acusado.

Véase que en este caso los hechos se conocieron por una fuente anónima (a la que indebidamente la fiscalía pretende otorgar merito probatorio), y la información que directamente percibieron los testigos tiene relación con momentos posteriores a tal revelación, como el trámite iniciado en la comisaría de familia, la valoración médica, la intervención de las psicólogas y el examen de la situación familiar y social de la niña. En esas condiciones, la información que aportaron resulta poco determinante, pues aunque puede ubicar al procesado con cierta cercanía la niña, la información incriminadora provendría de la prueba de referencia que no puede ser valorada por su indebida incorporación en juicio.

Conforme a lo analizado a lo largo de esta decisión, la naturaleza de las pruebas es un aspecto determinante a la hora de evaluar el cumplimiento del estándar de prueba necesario para condenar. Aun así, en el presente evento la fiscalía no presentó en juicio a la menor víctima, testigo directa del delito, tampoco incorporó en debida forma sus versiones previas como pruebas de referencia, y la prueba adicional resulta precaria para el fin que persigue.

Precisando lo expuesto en la Sentencia: La imposibilidad de adoptar un fallo de condena tiene fundamento en que la calidad de las pruebas aportadas no sirve para superar el estándar negativo de prueba del artículo 381 de la Ley 906 de 2004. De ahí que sea desacertada la valoración que pretende la impugnante. Se reitera, para poder evaluar las pruebas de esa manera, debían incorporarse en debida forma las declaraciones previas de la niña teniendo en cuenta su naturaleza referencial, pero ello no se hizo.

Importa reiterar que aun cuando la fiscalía no lo logró demostrar con suficiencia su hipótesis, 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 que impiden adoptar un fallo de condena. A su vez, no puede aceptarse una tesis que otorgue claridad sobre la inocencia del acusado, pues las pruebas de cargo tienen contenido incriminatorio pero insuficiente para condenar, mientras que la defensa no presentó pruebas de descargo que respaldaran alguna hipótesis defensiva.

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,²⁶ 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, asistió la razón a la primera instancia en el sentido de la decisión, es decir, en absolver a WILLIAM DE JESÚS URREGO BEDOYA, con las precisiones expuestas en esta providencia.

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: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, con las precisiones expuestas en esta decisión.

²⁶ “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

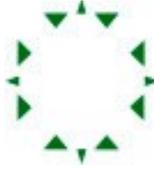
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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: **cc5d25b4e2f56a4bac67be1e8c9d9d4ca501453613585fabd6f994d43d6225ea**

Documento generado en 15/08/2023 04:07:26 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, diecisiete (17) de agosto de 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
Temas	Suspensión de prescripción no suspende el proceso. Congruencia acoge precedente. Fiscalía solicita absolución. Dolo.
Apelante	Defensa
Radicado	05 001 60 00 718 2009 00151 (N.I.2023-1046-5 TSA)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La resuelve 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 artículo 34 numeral primero del C.P.P., Ley 906 de 2004.

HECHOS

La primera instancia encontró probado que:

“HÉCTOR JAIME QUINCHÍA ARANGO, en calidad de gerente de la empresa SERVILLANTAS Q. ORIENTE, era responsable de cumplir con la obligación de consignar las sumas declaradas a favor de la DIAN por concepto de retención en la fuente del año 2006, periodos 4 y 6, por valor de \$556.000 y \$401.000 respectivamente, más los intereses moratorios, los cuales no canceló.”

LA SENTENCIA

El 26 de mayo del año 2023, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, la Juez Primera Penal del Circuito de Rionegro profirió fallo condenatorio en contra de QUINCHÍA ARANGO al hallarlo responsable, como autor, de un concurso de dos delitos de Omisión del agente retenedor. En consecuencia, le impuso pena de cincuenta (50) meses de prisión, y multa de un millón novecientos catorce mil pesos (\$1.914.000). Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y concedió la prisión domiciliaria.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, la Defensa presentó y sustentó oportunamente el recurso de apelación. Pretende la nulidad del proceso o la absolución de su representado.

Para sustentar la nulidad alega que la Juez desconoció el debido proceso al no darle trámite a la solicitud de suspensión del proceso en virtud inciso final del artículo 83 del C.P. que consagra:

“ En los delitos previstos en los Artículos 402 (Omisión del agente retenedor o recaudador) 434A (Omisión de activos o inclusión de pasivos. inexistentes) y 434B (Defraudación o evasión tributaria) de la Ley 599 de 2000 el término de prescripción de la acción penal se suspende por la suscripción de acuerdo de pago con la administración tributaria sobre las obligaciones objeto de investigación penal durante el tiempo en que sea concedido el acuerdo de pago, sin que se supere un término de cinco (5) años, contado desde el momento de suscripción del acuerdo, y hasta la declaratoria de cumplimiento o incumplimiento del acuerdo de pago por la autoridad tributaria. Acaecido cualquiera de estos eventos, se reanuda el término de prescripción de la acción penal.”

Alega que además de no dar trámite a la solicitud de suspensión la Juez decidió el asunto por medio de una orden contra la que no dispuso recurso.

Solicita subsidiariamente la absolución del condenado. Alega que a pesar de que la jurisprudencia permite que se condena en contra de la solicitud de absolución de la fiscalía, la condena debe constatar todos los elementos de la responsabilidad penal. Estima que en el caso de su cliente se evidenció que el no pago de las obligaciones como agente retenedor, se debió a una información equivocada de la DIAN. Señala que esta equivocación se constata a partir del hecho de que el acusado pagó obligaciones posteriores, bajo el entendido que las adeudadas correspondientes al año 2006 estaban prescritas. Concluye a partir de este hecho que la fiscalía no demostró el elemento subjetivo del tipo penal del artículo 402 dado que se trata de un delito con

carácter doloso. En consecuencia, estima que se debe proferir fallo absolutorio en favor de Quinchía Arango.

No hubo pronunciamiento de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación limitándose a los asuntos que fueron objeto de impugnación, y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada.

Previamente se responderá la solicitud de nulidad.

- **De la suspensión de la prescripción por acuerdo de pago.**

Es cierto que la disposición final del artículo 83 del C.P. establece la suspensión del término de prescripción para el delito de omisión del agente retenedor del artículo 402 del C.P.. Sin embargo, esa norma no prevé el alcance que pretende darle el apelante.

Esta norma se limita a disponer la suspensión del término general de la prescripción bajo la condición allí contenida. Pero la disposición no contiene, refiere o remite a alguna otra que suspenda el proceso en cualquiera de sus etapas.

En estas condiciones acertó la Juez de primera instancia a disponer la continuación del trámite de lectura de fallo ante la solicitud que propuso la defensa. Igualmente fue correcta la referencia que hizo la sentencia en cuanto a que, en caso de pago de la obligación, procede la aplicación del parágrafo del artículo 402 que obliga a la cesación del procedimiento en el evento de extinción de la obligación voluntaria.

Dado que la interpretación que hizo la Juez del inciso final del artículo 83 del C.P. es la que corresponde a su alcance, no ocurrió afectación al debido proceso, por lo que se descarta la nulidad solicitada.

- **Sobre la petición de absolución por parte de la fiscalía.**

Esta Sala en otras decisiones¹ argumentó las razones que la llevaban a apartarse de la sentencia de la Sala Penal de la CSJ 43837 de 2016 que abrió la posibilidad de que el Juez no acogiera la solicitud de absolución presentada por la fiscalía y condenara a pesar de ella.

Entre otras razones, esta Sala adujo que la decisión de la Corte era novedosa, no tenía el carácter de precedente en los términos de la sentencia C-836 de 2001 y además contenía varios salvamentos de voto.

Sin embargo, pasados varios años después de proferida aquella decisión penal, se ha podido verificar, acudiendo a la Relatoría de la Sala Penal de la CSJ que a partir de la decisión 43837 de 2016, se ha consolidado la línea jurisprudencial allí contenida en varias otras decisiones del órgano judicial del cierre en materia penal, ya sin salvamentos en contra, por lo que se ha convertido en doctrina probable obligatoria.

En estas condiciones y a pesar de que dicha interpretación, a la luz del artículo 448 del C.P.P., le sobreviven algunos aspectos problemáticos, la Sala optará por acatar el precedente de la Sala Penal de la CSJ. Esta línea ha sido ratificada en recientes decisiones².

En consecuencia, la decisión de primera instancia no incurrió en un problema de incongruencia por proferir sentencia condenatoria a

¹ 2017-1520-5 ; 2017-0472-5 Sala penal TSA.

² Radicados 55605 de 2022; 55313 de 2022 y 55731 de 2022 todas de la Sala Penal CSJ.

pesar de la solicitud absolutoria del fiscal quien adujo que no se probó el dolo, asunto que se abordará a continuación.

- **De la prueba del dolo.**

La Juez explicó detalladamente los documentos legalmente incorporados en juicio oral que dieron cuenta de que el acusado conocía del no pago de los impuestos recaudados correspondientes a la retención en la fuente en los periodos 4 y 6 del año 2006.

La sentencia detalló que el procesado se abstuvo de su obligación de consignar dichos tributos, pues las declaraciones fueron presentadas a la entidad bancaria BBVA "sin pago", de lo cual se dejó constancia en el sello de recibido.

Igualmente destacó un elemento del que se desprende el pleno conocimiento del acusado de la ausencia de los pagos referidos:

"el oficio persuasivo penalizable, emitido el 18 de noviembre de 2008, de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales, frente a las obligaciones firmadas por el señor Quinchía Arango y declaraciones bimestrales de los impuestos sobre retención en la fuente, declarados por el procesado como pendientes de pago"

La sentencia también contestó que forma sustentada y razonable el argumento con el que ahora, de nuevo, la defensa pretende desvirtuar el dolo del condenado:

"Lo cierto y comprobado documentalmente por el ente acusador, es que habiéndose generado la obligación en el año 2006, hubo un primer requiriendo persuasivo penalizable, para el pago de las obligaciones insolutas en noviembre de 2008, y, así mismo, un certificado expedido

por la División de Gestión de Cobranzas el 18 de marzo de 2009, descubiertos de manera oportuna a la parte acusada, comunicando de nuevo las obligaciones pendientes, información frente a la cual no existe otra verificable de manera objetiva que la aminore o desvanezca, persistiendo la acusación respaldada documentalmente por el ente acusador, que permite soportar una alegación de culpabilidad de la naturaleza ya conocida.

Por lo indicado, aunque la defensa acude a la ausencia de dolo que habría de reconocerse frente al señor Quinchía Arango, que tornaría atípica la conducta en punto al conocer y querer su realización, no es viable acceder a tal propuesta dado que, según se indica, tal razonamiento obedece a un hecho puntual que refiere a un supuesto error en que al parecer incurrió el acusado por causa de la misma información suministrada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, donde al parecer le informaron que ya se encontraba a paz y salvo con la entidad, escenario que insístase, solo ha sido respaldado con sus afirmaciones, las que sucumben a las pruebas de cargo practicadas en juicio y que ofrecen un conocimiento más allá de toda duda razonable en punto a la conducta punible de Omisión del agente retenedor, concurso homogéneo, que se le atribuyó.”

La defensa se limita referir una ausencia de dolo, sin atacar la decisión de primera instancia, en cuanto a algún error de hecho en la apreciación de las pruebas o en los criterios legales para tal juicio de conformidad con lo previsto en los artículos 380 y 404 del C.P.P.

Resueltas así las inconformidades del apelante, y sin necesidad de otras consideraciones, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

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 origen y naturaleza conocida, en cuanto fue materia de apelación.

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: **7bec7746b617c162a558bd39d03d43e224aed234315187b95f0283fe9b410f0b**

Documento generado en 08/08/2023 07:58:23 AM

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