

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

ESTADO ELECTRÓNICO 149

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
2023-1469-1	auto ley 906	DANO EN RECURSOS NATURALES	JUAN FERNANDO GÓMEZ CARMONA	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 24 de 2023
2023-1563-1	Tutela 1ª instancia	JUAN DAVID LEÓN QUIROGA	JUZGADO 2° PENAL DEL CIRCUITO DETURBO ANTIOQUIA Y OTROS	Asume tutela Niega medida previa	Agosto 24 de 2023
2023-1443-2	Tutela 1ª instancia	HUMBERTO MANUEL SALCEDO SALGADO	JUZGADO 2° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	Deniega por hecho superado	Agosto 24 de 2023
2023-1509-2	Consulta a desacato	WILSON ANTONIO VILLA GÓMEZ	NUEVA EPS Y OTROS	confirma sanción impuesta	Agosto 24 de 2023
2022-0397-2	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	LUIS FERNANDO BOTERO FRANCO Y OTRO	concede prorroga	Agosto 24 de 2023
2023.1336-3	Tutela 2ª instancia	NUBIA AMPARO DAVID GIRALDO	UARIV	Confirma fallo de 1ª instancia	Agosto 24 de 2023
2023-1447-3	Tutela 1ª instancia	DIEGO FERNANDO PINILLA JUNCO	JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE MEDELLÍN Y OTROS	niega por improcedente	Agosto 24 de 2023
2021-0522-3	auto ley 906	ACESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	ELIAS CUADROS ZAPATA	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 24 de 2023
2023-1429-4	Tutela 1ª instancia	GUILLERMO ANTONIO ZAPATA	JUZGADO 3° PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO ANTIOQUIA Y OTROS	niega por improcedente	Agosto 24 de 2023
2023-1446-4	Tutela 1ª instancia	GUILLERMO GONZÁLEZ	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	niega por improcedente	Agosto 24 de 2023
2023-1440-4	Tutela 1ª instancia	SANTIAGO BOLÍVAR ESCOBAR	JUZGADO 2° PROMISCOU MUNICIPAL DE CIUDAD BOLIVAR ANTIOQUIA Y OTROS	niega por improcedente	Agosto 24 de 2023
2023-1461-4	Tutela 1ª instancia	BREINER GUERRERO FRANCO	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Deniega por hecho superado	Agosto 24 de 2023
2023-1483-4	Tutela 1ª instancia	HARVEY DUVAN ANGARITA ROJAS	JUZGADO 3° PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO ANTIOQUIA Y OTROS	Deniega por hecho superado	Agosto 24 de 2023
2020-0949-3	sentencia 2ª instancia	TENTATIVA DE HOMICIDIO	WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO	Confirma sentencia de 1ª Instancia	Agosto 24 de 2023

2022-0801-3	sentencia 2º instancia	ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR	JOSE GREGORIO VERGARA LOPEZ	Confirma sentencia de 1º Instancia	Agosto 24 de 2023
2023-1369-2	sentencia 2º instancia	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	J.S.C.U	Confirma sentencia de 1º Instancia	Agosto 24 de 2023

FIJADO, HOY 25 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, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

PROCESO: 05 001 60 00358 2011 00058 (2023 1469)
DELITOS: DAÑO EN RECURSOS NATURALES
 EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO
ACUSADO: JUAN FERNANDO GÓMEZ CARMONA
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **MARTES VEINTINUEVE (29) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS 11:00 A.M.**

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

conexión.

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

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado ¹

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

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

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

Código de verificación: **9dd18cd2172e21124c4b82e0e3729a055eb2b39e361081216d28a0d4bec3676d**

Documento generado en 24/08/2023 10:49:43 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, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 178

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00499 (2023 –1563– 1)
Accionante: JUAN DAVID LEÓN QUIROGA
Afectado: ALEJANDRO ABUCHAR GONZÁLEZ
Asunto: Auto asume tutela
Niega medida provisional

Se asume el conocimiento de la demanda de tutela formulada por apoderado judicial del señor ALEJANDRO ABUCHAR GONZÁLEZ en contra del JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE TURBO, ANTIOQUIA, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital y acceso a la justicia.

Se vincula igualmente a la FISCALÍA 25 SECCIONAL ADSCRITA A LA UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE ANTIOQUIA, AL JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE NECOCLÍ, ANTIOQUIA.

SE NIEGA LA MEDIDA PROVISIONAL invocada porque no se observa que reúna los presupuestos de urgencia, necesidad e inminencia necesarios para su concesión, por tratarse de una petición dentro de un proceso penal sin que la decisión objeto de solicitud afecte el trámite de la actuación, y por cuanto se advierte además que lo solicitado se entrará a estudiar al momento de decidir, una vez se haga efectivo el derecho de contradicción. Lo expresado en escrito de solicitud de amparo, exige la conformación del contradictorio en debida forma, debido a que solo con el análisis de los medios de conocimiento aportados por las partes y el análisis de sus

apreciaciones, la Sala podrá determinar si existe o no vulneración de los derechos constitucionales fundamentales invocados y si alguna decisión en el trámite constitucional debe emitirse.

Se ordena que, por Secretaría, se corra traslado de la acción de tutela para que en el improrrogable término de DOS (2) DÍAS **se pronuncien en relación con los hechos de la misma y aporten las pruebas que pretendan hacer valer.**

Solicítese adicionalmente:

-Al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, informar si el tutelante realizó alguna solicitud o apreciación con respecto al recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía ante la negativa de imponer medida de aseguramiento al señor Abuchar González, e indicar el trámite realizado dentro de la audiencia. Adicionalmente deberá aportar todas las piezas procesales que considere pertinentes para el esclarecimiento de los hechos invocados en el escrito tutelar y las constancias de las respectivas decisiones y notificaciones.

Infórmese a las partes sobre la presente determinación.

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: **36b28987ad635e5ffa54b22b954bfc64c5d4c7d45f50bd2c5b2d2decee2e52f1**

Documento generado en 24/08/2023 02:40:23 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00455
No. interno: 2023-1443-2
Accionante: Humberto Manuel Salcedo Salgado
Accionado: Juzgado Segundo Penal del Circuito
Especializado de Antioquia
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No.034
Decisión: Niega-Hecho Superado

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

Aprobado según acta Nro. 090

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de tutela incoada por el señor **HUMBERTO MANUEL SALCEDO SALGADO** en contra del **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE**

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

ANTIOQUIA y al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC

por la presunta vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.

A la presente actuación constitucional se **VINCULÓ** al **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC REGIONAL NOROESTE, al COMPLEJO CARCELARIO Y PENITENCIARIO PEDREGAL, al CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA y al JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN,** en tanto podían verse afectados con las resultas del presente proceso.

2.- HECHOS

Manifiesta el accionante que, se encuentra purgando la pena impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 10 de mayo de 2023 por el delito de concierto para delinquir dentro del CUI 05790600000020220000800. Sin embargo, no se le ha asignado juez de ejecución de penas que vigile su condenada y se cree por parte del Instituto Nacional Penitenciario su cartilla biográfica como condenado a fin de continuar su proceso de resocialización y gozar de ellos beneficios administrativos como el cambio de fase.

Señala que, su defensor requirió en varias oportunidades al despacho accionado el envío de su proceso a los jueces de ejecución de penas, sin obtener respuesta.

En virtud de lo anterior, solicita que se ordene al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquía, la remisión de su expediente a los Jueces de Ejecución de Penas, con el fin de que sea asignado un juez de esa especialidad para la vigilancia de su pena; asimismo, se ordene al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la creación de su cartilla biográfica y se empiece con su tratamiento progresivo penitenciario.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió respuesta del **Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia**, en la que informó:

(...)

“...en efecto el señor Humberto Manuel Salcedo Salgado con cc 8.049.167 fue condenado por este Despacho, el día 10 de mayo del año 2023 a la pena de 50 meses de prisión y multa de 1355 smlmv, al haber sido hallado responsable en calidad de autor del delito de Concierto para Delinquir Agravado Art 340 inc. 2 del CP dentro del SPOA 05790 6000 000 2023 00002, producto de la ruptura de la unidad procesal del radicado matriz 05790 60 00 000 2022 00008.

Posteriormente, se remitió el expediente al Centro de Servicios de esta especialidad desde el 16 de mayo siguiente con el fin que se diera cumplimiento al numeral cuarto de la citada providencia, relacionado con la publicidad de la sentencia conforme lo establecido en el Art 166 del CPP; así como el envió a los jueces de ejecución de penas.

Ahora bien, atendiendo a la presente acción constitucional, se procedió a realizar la trazabilidad del proceso con el objetivo de constatar que el mismo se hubiese remitido a los jueces ejecutores encontrando que, por el cúmulo de trabajo de la secretaria adscrita a estas dependencias la actuación seguida en contra del accionante, no se había enviado, y así lo dejo saber la señorita Manuela Velásquez Gaviria, mediante constancia suscrita el día 09 de agosto de la corriente anualidad, donde indicó.

“En atención a la acción constitucional radicada el día de hoy 9 de agosto, se realiza constancia de envió a ejecución y autoridades de penas del proceso 05790 60 00 000 2023 00002 en contra del señor MANUEL SALCEDO SALGADO Y SADIT MARIA CONTRERAS ARRIETA. Se informa que el día 16 de mayo de la anualidad, se pasa para el Centro de Servicios de los juzgados Especializados de Antioquia la sentencia condenatoria proferida el 10 de mayo, por el Juzgado Segundo Especializado de Antioquia, teniendo el alto flujo de trabajo y de procesos que se deben enviar a reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, solo hasta el día de hoy se hizo posible el envió del antes mencionado. Se anexa constancia de envió.”

Respecto de las constancias aportadas, se advierte que luego de remitido el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, el día 9 de agosto de 2023 se efectuó el correspondiente reparto, asignándole el conocimiento para la vigilancia de la pena al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, así como la comunicación a las autoridades pertinentes.

No. interno: 2023-1443-2

Accionante: Humberto Manuel Salcedo Salgado

Accionado: Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia

05790 60 - 00 - 000 - 2023 - 00002 -

QUIA) > Fiscalía General de la Nación

HUMBERTO MANUEL SALCEDO SALGADO

Juzgado 01 de Ejec de Penas y Medidas de Seguridad Última Ubicación Despacho

CON DETENIDO - REPARTO VIRTUAL - (MARIA ELENA S)

Por lo anterior, se avizora que esta judicatura que no ha trasgredido ninguno de los derechos fundamentales invocados por el accionante y por tanto se solicita a su H. Despacho, desvincular este estrado judicial de la acción constitucional de la referencia."

La Dirección Regional Noroeste del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, en respuesta a este amparo constitucional indica:

(...)

Para el caso en concreto a la asignación del que vigilan la condena, me permito informar al despacho que el señor Humberto Manuel Salcedo Salgado, una vez se consultó la página institucional de la rama judicial, se pudo verificar que ya se le asignó el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, el día 9 de agosto de 2023, tal y como se puede evidenciar en la siguiente imagen:

No. interno: 2023-1443-2

Accionante: Humberto Manuel Salcedo Salgado

Accionado: Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia

JUZGADO DE EPMS		CIUDAD				FECHA RECIBO (DD/MM/AAAA)									
001		MEDELLIN (ANTIOQUIA)				9/8/2023									
NUMERO UNICO DE RADICIA ³ N		Municipio	Corporaci3n	Cod. Sala	Cons. Despacho	A ³ o	No. Radicaci3n	Recurso							
		05790	60	00	000	2023	00002	01							
1. DATOS DEL PROCESO															
AUTORIDAD REMITENTE							CIUDAD								
AUTORIDADES QUE CONOCIERON															
PENAS ACUMULADAS	NO	No. CONDENADOS	2	TOTAL PRESOS	2	PRESOS A CARGO JEPMS	0								
Cuadernos	#1	#2	#3	#4	#5	#6	#7	#8	#9	#10	#11	#12	#13	#14	#15
Folios															
2.DATOS DE LA SENTENCIA															
SENTENCIA ANTICIPADA NO															
INSTANCIA FALLADORA			FECHA (DD/MM/AAAA)			EJECUTORIA									
3. CLASE DE PROCESO															
Concierto, terrorismo, amenazas e insti							0421								
4. OBSERVACIONES															
Actuaci3n de Radicaci3n de Proceso realizada el 09/08/2023 a las 14:38:42. ----- o -----															
ACTUACIONES DEL PROCESO															
FECHA	TIPO ACTUACI3N	ANOTACI3N					CUADERNO	FOLIO							
09/08/23	Auto avocando conocimiento	AVOCA - EXPEDIENTE ELECTRONICO CON DETENIDO. (MARIA ELENA S)					DIGITAL								
09/08/23	Radicaci3n de Proceso	Actuaci3n de Radicaci3n de Proceso realizada el 09/08/2023 a las 14:38:42													
CONDENADOS															
NOMBRE DEL CONDENADO					No.IDENTIFICACION										
SADIT MARIA CONTRERA ARRIETA					1045428190 (ver informaci3n?)										
HUMBERTO MANUEL SALCEDO SALGADO					8049167 (ver informaci3n?)										

(...)

Señor Juez no encontramos ante un hecho superado, ya que los motivos de la presunta vulneración del derecho fundamental, era por estar detenido en una estación de policía sin que fuera remitido a un centro de reclusión; sin embargo, dicha vulneración cesó y por ende, estamos ante el hecho superado..."

Frente al segundo punto del asentamiento de la condena en el sistema, la Dirección Regional Noroeste es una sede administrativa, la cual no es la Competente para dar trámite a la solicitud del accionante, ya que no cuenta con la documentación del Personal que se encuentra recluido, ni sus cartillas biográficas o documentos de redención de pena o sentencias condenatorias, pues las mismas se encuentran en el establecimiento en el cual se encuentra recluido la PPL que para este caso es el COPED Pedregal, por lo que, es la oficina jurídica del establecimiento, quienes todas las hojas de vida o cartillas biográficas de los detenidos, es allí donde figura toda la documentación jurídica del Personal Privado de la Libertad, y es con base a esa información y que allí reposa que se alimenta el sistema SISPEEC – WEB."

En virtud de lo anterior, solicita se niegue la pretensión del accionante por al haberse configurado un hecho superado. Se vincule al COPED Pedregal y se desvincule a la Dirección Regional Noroeste, al no ser la competente para asignar Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y no asientan las condenas.

Por su parte la **Dirección del Complejo Carcelario de Alta y Mediana Seguridad el Coped el Pedregal de Medellín**, informó lo siguiente:

"... este Complejo Penitenciario y Carcelario el Coped Pedregal a la fecha no posee conocimiento del juzgado que funge o fungió como juzgado de

No. interno: 2023-1443-2

Accionante: Humberto Manuel Salcedo Salgado

Accionado: Juzgado Segundo Penal del Circuito
Especializado de Antioquia

conocimiento dentro del proceso penal del accionante y mucho menos tiene conocimiento del Juzgado de Ejecución de Penas que le vigila la Pena, pues hasta la fecha el único registro que posee complejo el Coped sobre el proceso penal Ppl. Salcedo Humberto, es que aquel se encuentra registrado a cargo del Juzgado que ordenó la medida de aseguramiento.

Ahora en lo que refiere el accionante a que el Inpec cree su cartilla biográfica, esta dirección del coped se permite demostrar a la Honorable Magistrada, que desde el momento en que ingresó el accionante a este complejo el Coped, la respectiva cartilla biográfica fue creada en el sistema Sisipec Web a nivel nacional, razón por la cual se demuestra la fecha de creación de la cartilla biográfica, creándose desde el día en que este ingreso en alta al complejo el Coped (03/01/2022)”

Corolario de lo anterior, solicita se desvincule de la presente actuación constitucional

El **Centro De Servicios Administrativos de Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, allegó respuesta en los siguientes términos:

(...)

“En atención a la vinculación que por pasiva se le hizo a esta secretaria de la acción de tutela incoada por HUMBERTO MANUEL SALCEDO SALGADO, me permito indicarle que el proceso con radicado 05790-60-00-000-2023-00002-01, fue sometido a reparto el 09/08/2023 y le correspondió por reparto al JUZGADO 1 EPMS MEDELLÍN, bajo el radicado interno 2023E1-03028:

No. interno: 2023-1443-2

Accionante: Humberto Manuel Salcedo Salgado

Accionado: Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Nueva Consulta Juridica

DETENIDO

No. Proceso: 05790 - 60 - 00 - 000 - 2023 - 00002 - 01

> TARAZA (ANTIOQUIA) > Fiscalía General de la Nación > Policía Judicial

Demandante: Cédula:

Demandado: HUMBERTO MANUEL SALCEDO SALGADO Cédula: 8049167

Despacho: Juzgado 01 de Ejec. de Penas y Medidas de Última Ubicación: Despacho

Asunto a tratar: CON DETENIDO - REPARTO VIRTUAL - (MARIA ELENA S)

Últimas Actuaciones | Asunto a tratar | Historia | Sujetos Procesales | Información Proceso

Tipo Sujeto	Numero	Nombre
Juzgado de Conocimi...	050003107002	JUZGADO 02 PENAL DEL CTO. ESPECIALIZADO DE ANTIO...
Indiciado o Investigad...	1045428190	SADIT MARIA CONTRERA ARRIETA
Numero Interno	202303082	2023E1-03082
Indiciado o Investigad...	8049167	HUMBERTO MANUEL SALCEDO SALGADO
Fiscalia	SD0000000428182	FISCALIA 8 ESPECIALIZADA 057906000000202300002

A
I
C
N
S
D

Primero Anterior Siguiente Ultimo 1 de 1 Fecha de Presentación 9/08/2023

8:12 a. m. CAPS NUM

(...)

Finalmente, el **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN**, pese haber sido vinculado a esta acción constitucional, no realizó pronunciamiento frente a los hechos y pretensiones de la tutela, situación que no es óbice para resolver a tono con lo dispuesto en el Art. 20 del Decreto 2591 de 1991.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

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

4.2 Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si es procedente amparar los derechos fundamentales invocados por el accionante al no haberse remitido su expediente a los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para la vigilancia de la pena impuesta por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia; asimismo, al no haberse creado la cartilla biográfica por parte del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC

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

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

A efectos de dar respuesta al problema jurídico planteado en precedencia, procedente es acudir a lo dispuesto por la Corte Constitucional² en punto del debido proceso en la etapa de la ejecución de la sentencia penal, veamos:

(...)

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

3.1. *La ejecución es la última parte del procedimiento judicial, que tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva del tribunal competente. En atención a esta definición, la Corte Constitucional ha entendido que las garantías del proceso penal se extienden a la etapa de la ejecución de la sentencia. En este sentido, fue dispuesto en el fallo T- 388 de 2004^[1]:*

“ (...) la ejecución de la pena no puede entenderse escindida del proceso penal que se siguió en contra de quien se encuentra privado de la libertad por existir una sentencia condenatoria en su contra, y cuyas garantías también se predicen del tiempo de la ejecución de la pena. La unidad del proceso presupone que los distintos actos que lo integran estén coordinados y concurren armoniosamente al fin del mismo, que es la efectividad de la ley sustancial, obviamente, mediante la observancia de los principios fundamentales del procedimiento^[2]”.

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

3.2. *El derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política ha sido definido por la Corte Constitucional como “la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y crea las garantías de protección a los derechos de las personas, por lo que ninguna actuación de las autoridades públicas depende de su*

² Sentencia T-753 de 2005

propio arbitrio”^[3]. En este orden de ideas, es deber de las autoridades sujetarse a los procedimientos previamente fijados y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la Ley.^[4]

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

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

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

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

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

Asimismo, esta Corporación ha sostenido que el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas procura garantizar a las personas que acuden a la administración de justicia una protección en el ámbito temporal del trámite, bajo la idea de que justicia tardía no es justicia³. En consecuencia, una situación de procesamiento no puede ser indefinida so pena de afectar el derecho de acceso a la administración de justicia.

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

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del accionante está encaminada a que, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, remita el expediente con radicación final 2022-00008 a los Jueces de Ejecución de Penas a fin de que se le asigne juez que le vigile la condena que le fue impuesta por ese despacho. Asimismo, requiere que el INPEC le cree la respectiva cartilla biográfica.

En el transcurso de la presente acción, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, informó que el pasado 9 de agosto el proceso identificado con C.U.I.05790 60 00 000 2023 00002, producto de la ruptura de la unidad procesal del radicado matriz 05790 60 00 000 2022 00008, fue remitido a los Juzgados de Ejecución de Penas, actuación que correspondió por reparto al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín; Asimismo, informó que la sentencia fue comunicada a las autoridades pertinentes³. Tal información fue corroborada por el Centro de Servicios Administrativos de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia en la respuesta

³ Ver archivo denominado: "011AnexoConstanciaEnvioAutoridades" del expediente electrónico.

dada a esta actuación constitucional, en la que se indica que, tal actuación correspondió al Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Medellín bajo el radicado interno 2023E1-03028.

Asimismo, el Complejo Penitenciario y Carcelario Pedregal, en respuesta a este amparo informó que la cartilla biográfica del accionante fue creada desde el momento en que éste ingresó a ese establecimiento, esto es, desde el 03/01/2022⁴.

Así las cosas, ha sido enfática la Corte Constitucional en señalar, que, una vez superada la vulneración del derecho, pierde su esencia y razón de ser la acción de amparo, así puntualizó:

“En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce.

No obstante, lo anterior, si la situación de hecho que origina la violación o la amenaza ya ha sido superada en el sentido de que la pretensión erigida en

defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, la acción de tutela pierde eficacia y por lo tanto razón de ser.⁵”

Igualmente, en la sentencia T-054 de 2020, sobre el mismo tema la Corte Constitucional señaló:

(...)

“1. Carencia actual de objeto por hecho superado. Reiteración jurisprudencial

⁴ Ver archivo denominado: “015AnexoCartillaBiografica.pdf” del ex expediente electrónico

⁵ Corte Constitucional, T-1130 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

14. *La carencia actual de objeto por hecho superado tiene lugar cuando, entre la interposición de la acción de tutela y la decisión del juez constitucional^[17], desaparece la afectación al derecho fundamental alegada y se satisfacen las pretensiones del accionante^[18], debido a “una conducta desplegada por el agente transgresor”^[19].*

15. *Cuando se demuestra esta situación, el juez de tutela no está obligado a proferir un pronunciamiento de fondo^[20]. Sin embargo, de considerarlo necesario, puede consignar observaciones sobre los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, bien sea para condenar su ocurrencia, advertir sobre su falta de conformidad constitucional o conminar al accionado para evitar su repetición^[21].*

16. *En estas circunstancias, el juez constitucional debe declarar la improcedencia de la acción de tutela por carencia actual de objeto, pues, de lo contrario, sus decisiones y órdenes carecerían de sentido, ante “la superación de los hechos que dieron lugar al recurso de amparo o ante la satisfacción de las pretensiones del actor”*

Bajo este panorama, al verificarse que la pretensión objeto del presente amparo se satisfizo con la asignación del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad competente para vigilar la condena impuesta al señor Humberto Manuel Salcedo Salgado por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia; corroborándose además, la creación la cartilla biográfica de éste por parte del Complejo Penitenciario y Carcelario el Pedregal, el presente amparo pierde su eficacia y razón de ser, dado que no se encuentra vulnerado ningún derecho fundamental que haya que proteger.

En consecuencia, se **NEGARÁ** la tutela impetrada por el señor **HUMBERTO MANUEL SALCEDO SALGADO**, al haberse configurado el fenómeno de **CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO**.

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,

5. RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la tutela impetrada por el señor **HUMBERTO MANUEL SALCEDO SALGADO**, al haberse configurado la **CARENCIA ACTUAL DE OBJETO** por **HECHO SUPERADO**, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación el cual deberá interponerse dentro del término de ley.

TERCERO: Una vez en firme, se ordena la remisión del cuaderno original ante la Honorable Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA

Firmado Por:

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

Código de verificación: **277a221c1d4451c2ece295e0035874e6694c647dd695ef29b95004dc75476a80**

Documento generado en 23/08/2023 04:50:43 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY ÁVILA DE MIRANDA.



1

Consulta Sanción Incidente desacato

Tutela Radicado: 050303189001202300071

N.I. 2023-1509-2

Incidentista: WILSON ANTONIO VILLA GÓMEZ

Incidentada: NUEVA EPS

Decisión: CONFIRMA SANCIÓN

Medellín, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta No 091

1. EL ASUNTO.

Conoce la Sala a través del grado jurisdiccional de consulta, el auto interlocutorio No. 088 proferido el 08 de agosto de 2023, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá (Antioquia), mediante el cual, en virtud de lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, sancionó a la **Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera**, en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS y al **Dr. Alberto Hernán Guerrero Jácome**, en calidad de Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, con arresto de cinco (5) días y multa en cuantía de un (12.326) UVT, cada uno por hallarlos responsables del desacato a la sentencia

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

proferida el 14 de junio de 2023, que amparó los derechos fundamentales deprecados por el señor Wilson Antonio Villa Gómez.

2. ANTECEDENTES

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Amaga (Antioquia), mediante fallo del 14 de junio de 2023, tutelaron los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana, en favor del señor Wilson Antonio Villa Gómez y, en consecuencia, se ordenó:

*“...a la doctora **ADRIANA PATRICIA HARAMILLO HERRERA-GERENTE DE SALUD DE LA REGIONAL NOROCCIDENTE DE LA NUEVA EPS**, o quien haga sus veces en la actualidad, que dentro del improrrogable termino de **TRES (3) DIAS HABILES** contados a partir de la notificación de la presente decisión **autorice y materialice al afiliado cotizante WILSON ANTONIO VILLA GOMEZ** el suministro de los gastos de transporte en servicio público ordinario (ida y vuelta), en que este incurra y debidamente acreditados, a partir de la fecha de emisión de esta decisión, con ocasión de las sesiones de quimio terapia que le están siendo suministradas en la IPS Instituto de Cancerología S.A.-Citas de Quimioterapia-IDC “Las américas” de la Ciudad de Medellín, o en cualquier otra IPS que fuere asignada.*

*Esta orden de suministro de gastos de transporte, permanecerá vigente hasta tanto culminen dichas sesiones de quimioterapia que fueron programadas una vez por semana y por tres (3) meses y esto siempre y cuando el señor Villa Gómez aún permanezca afiliado al S.G.S.S (Régimen contributivo) a través de la **NUEVA EPS...**”*

El 26 de junio del año que discurre, el accionante informó al Juzgado de conocimiento que la entidad accionada no había cumplido con la orden impartida en el fallo de tutela, circunstancia que llevó al Despacho a proferir, el pasado 28 de junio auto de requerimiento en contra de la **Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera**, en calidad de Representante Legal de la Regional Noroccidente de la Nueva EPS, y al **Dr. Alberto Hernán Guerrero Jácome**, en calidad de Vicepresidente de Salud de

la Nueva EPS, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esa decisión autorizara y materializara al afiliado cotizante Wilson Antonio Villa Gómez el suministro de transporte en servicio público ordinario (idea y vuelta) en que éste incurra con ocasión de las sesiones de quimioterapia que le están siendo suministradas en la IPS Instituto de Cancerología S.A.- CITAS DE Quimioterapias-IDC “Las Americas” de la ciudad de Medellín, o en cualquiera otra IPS que fuere asignada. El citado auto se envió al correo electrónico: secretaria.general@nuevaeps.com.co, obrando constancia en el expediente electrónico de la entrega del mensaje de datos al destinatario.²

Al no verificarse el cumplimiento del fallo de tutela, mediante auto fechado del 07 de julio de 2023, el Despacho requirió en una segunda oportunidad a la **Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera**, en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, y al **Dr. Alberto Hernán Guerrero Jácome**, en calidad de Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, en los mismos términos señalados en el párrafo precedente. El citado auto se envió al correo electrónico: secretaria.general@nuevaeps.com.co, obrando constancia en el expediente electrónico de la entrega del mensaje de datos al destinatario³.

En respuesta al requerimiento previo, la Nueva EPS adujo lo siguiente:

(...)

“... NUEVA EPS informa que, se encuentra en las gestiones internas en relación al cumplimiento de lo ordenado en el fallo de tutela de 14 de junio de 2023, mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo

² Ver página 3 del archivo denominado “02ConstanciaNotificaciónRequerimiento.pdf” ubicado en la Carpeta “C01PrimeraInstancia” del expediente electrónico.

³ Ver página 3 del archivo denominado “05ConstanciaNotificaciónSegundoRequerimiento.pdf” ubicado en la Carpeta “C01PrimeraInstancia” del expediente electrónico.

requerido haya sido o esté siendo negado por la entidad, una vez se remita la información solicitada, se comunicará al Despacho de manera inmediata.

De esta manera se solicita a su honorable Despacho abstenerse de no continuar con el presente trámite, teniendo como premisa fundamental la presunción de inocencia, garantía constitucional del debido proceso, donde en este punto no se ha demostrado el elemento subjetivo en contra de los funcionarios de NUEVA EPS, adicionalmente señor juez, es importante indicar que el auténtico propósito del incidente es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela y no la imposición de la sanción por sí misma...”

Corolario de lo anterior, mediante proveído signado del 21 de julio de 2023 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amaga (Antioquia), aperturó incidente de desacato en contra de la **Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera**, en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, y al **Dr. Alberto Hernán Guerrero Jácome**, en calidad de Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, corriendo traslado por el término de tres (03) días hábiles para que justifiquen su desacato pidiendo las pruebas que pretendan hacer valer. El citado auto se envió al correo electrónico: secretaria.general@nuevaeps.com.co, obrando constancia en el expediente electrónico del recibo del mensaje de datos al destinatario⁴.

Mediante comunicado fechado del 02 de agosto de 2023, la Nueva EPS, emite respuesta, en la que expuso:

“(..)

PRIMERO: En atención al incidente de desacato interpuesto por el accionante, se valida que en el escrito presentado por el accionante no se logra probar el incumplimiento por parte de NUEVA EPS, pues esta, solo lo realiza de manera enunciativa, toda vez, que el material probatorio aportado NO demuestre el actuar omisivo por parte de mi representada, es decir, la accionante no adjunta con el escrito de incidente de desacato, los soportes que demuestren el trámite de solicitud

⁴ Ver archivo denominado “09ConstanciaRecibidoNotificación” ubicado en la Carpeta “C01PrimeralInstancia” del expediente electrónico.

transporte ante las oficinas de atención al afiliado de NUEVA EPS, para asistir a las citas asignadas.

SEGUNDO: Frente al servicio del transporte, se explica al Despacho el procedimiento que deben adelantar todos los usuarios para este tipo de casos, aun cuando cuenten con sentencia de tutela que reconozca el servicio, pues esta es la manera de poner en conocimiento de la EPS la programación de las citas:

- 1. Previo a la programación de la cita, deberá radicar la solicitud por medio de oficio con registro de hora, fecha y lugar.*
- 2. Orden medica e historia clínica.*
- 3. Datos del afiliado y acompañante, en caso de requerirlo: nombre, identificación, fecha de nacimiento, correo electrónico, número telefónico, fijo o celular.*
- 4. Datos de los servicios a prestar: descripción del servicio al que va asistir.*
- 5. Autorización o pre autorización del servicio que genera la gestión.*
- 6. Datos de la IPS que prestará el servicio.*

tercero: Es importante aclarar al despacho que NUEVA EPS No hace entrega de dineros por concepto de transporte, el usuario debe radicar la solicitud de transporte con los documentos relacionados en párrafos anteriores ante las oficinas de atención de NUEVA EPS y el servicio será brindado a través de las empresas contratadas para este tipo de servicios.

CUARTO: Por su parte, si el usuario cuenta con otro servicio de salud pendiente, este debe acercarse a la EPS, para que a través de los canales presenciales y no presenciales pueda allegar las ordenes médicas y solicitudes para efectuar las autorizaciones, de lo contrario señor juez, no puede suponerse que mi mandante está incumpliendo un servicio de salud

(...)

“...se informa que la persona encargada de ejecutar el cumplimiento de las órdenes emanadas por los despachos judiciales en la regional Noroccidente con relación a la gestión del modelo de atención medico en el ámbito ambulatorio y hospitalario para tener oportunidad, accesibilidad y calidad de los servicios, son:

la Doctora ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA, Gerente Regional Noroccidente encargada, quien en sus funciones tiene la responsabilidad de realizar seguimiento a lo explicado. Quien puede ser notificada en el correo electrónico secretaria.general@nuevaeps.com.co...”

El 08 de agosto de 2023, el despacho al considerar que la Nueva EPS, continuó vulnerando los derechos fundamentales del incidentista, haciendo caso omiso a la orden impartida en el fallo de tutela, emitió auto sancionatorio en contra de la **Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera**, en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, y al **Dr. Alberto Hernán Guerrero Jácome**, en calidad de Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, La citada actuación fue remitida el 09 de agosto del corriente al correo electrónico: secretaria.general@nuevaeps.com.co, obrando constancia en el expediente electrónico de la entrega del mensaje de datos al destinatario.⁵

3. DE LA SANCIÓN

Mediante auto interlocutorio N°088 del 08 de agosto de 2023, se resolvió el incidente de desacato, imponiendo arresto por cinco (05) días y multa de 12.326 UVT en contra de la Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA, en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, y al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, en calidad de Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, notificándose lo resuelto al correo electrónico secretaria.general@nuevaeps.com.co, siendo remitido el expediente a esta Sala a efectos de desatar la consulta.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

⁵ Ver página 4 del archivo denominado "13ConstanciaNotificaciónAutoSanciona.pdf" ubicado en la Carpeta "C01PrimeraInstancia" del expediente electrónico.

Habida consideración que la sanción por desacato debe ser objeto del grado jurisdiccional de Consulta, corresponde examinar a esta Sala si la **Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera**, en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, y al **Dr. Alberto Hernán Guerrero Jácome**, en calidad de vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, desobedecieron el fallo de tutela proferido el 14 de junio de 2023 y, en consecuencia, se hace merecedora a las sanciones previstas por la Ley.

Sin embargo es preciso advertir previamente que si bien por mandato del artículo 52 del decreto 2591 de 1991 *“la sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental”* – por ser tal actuación, de naturaleza judicial, se deben respetar todas las garantías que integran el debido proceso, conforme al precepto normativo contenido en el artículo 29 Constitucional, lo que implica, que no solo se debe demostrar el desacato sino el carácter injustificado del mismo, dado que para efectos punitivos por virtud del artículo 12 del Código Penal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”⁶.

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

“El trámite que debe adelantarse para obtener el cumplimiento de un fallo de tutela consiste en poner en conocimiento de la situación al juez que conoció en primera instancia del asunto, para que éste adelante todas las gestiones necesarias para el efecto, poniendo fin a la vulneración o amenaza del derecho fundamental del peticionario tutelado. De otro lado, se ha establecido que el incidente de desacato es un mecanismo de creación legal, que procede a petición de la parte interesada, a fin de que el juez constitucional, a través de un incidente y en ejercicio de sus potestades

⁶ providencia de abril 29 de 1997. M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

disciplinarias, sancione con arresto o multa a quien con responsabilidad subjetiva desatienda las órdenes proferidas en sentencias de tutela. Lo anterior, con el único fin de “lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de los derechos fundamentales reclamados por los tutelantes”, por lo cual se diferencia de las sanciones penales que pudieran ser impuestas. Es decir, el propósito del incidente será lograr que el obligado obedezca la orden allí impuesta y no la imposición de una sanción en sí misma”.

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

Debe entonces la Sala revisar si se dan los presupuestos para predicar la responsabilidad por desacato en cabezas, de la Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, y del vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, esto es, si se evidencia una actitud deliberada a desobedecer el fallo, en tanto tratándose de desacato, se exige la verificación de la responsabilidad subjetiva y no el solo incumplimiento

En el caso específico, efectivamente se materializó el desacato al fallo de tutela proferido el 14 de junio de 2023, pues a pesar de haberse aperturado el trámite incidental, la Nueva EPS no dio cumplimiento al mismo, aduciendo que, no hace entrega de dineros por concepto de transporte, debiendo el usuario radicar la solicitud de transporte con los

documentos pertinentes ante las oficinas de atención de NUEVA EPS y el servicio será brindado a través de las empresas contratadas para este tipo de servicios. Sin embargo, olvida la entidad incidentada que, en la sentencia objeto de cumplimiento, el Juez de Primer Grado, dejó claro que al accionante le fue programado **sesiones de quimioterapias una vez por semana y por el término de 3 meses en el Instituto de Cancerología**, debiendo la EPS suministrarle los gastos de transporte en servicio público ordinario (ida y regreso) en que este incurra y debidamente acreditados. Siendo ello así, refulge con nitidez que la Nueva EPS conocía con antelación los servicios(transporte) requeridos por el accionante y en esos términos fue concedida la protección deprecada. Luego, no es dable que ante su incumplimiento advierta que no éste no lo solicitó, pretendiendo bajo el tamiz de un trámite administrativo, justificar el incumplimiento a la orden judicial.

Asimismo, se encuentra demostrada la responsabilidad subjetiva que recae sobre la Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, y del Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, al no acreditarse por esta Entidad Prestadora de Salud el cumplimiento del fallo de tutela de la referencia.

En esa medida, considera la Colegiatura que hay lugar a **CONFIRMAR** la sanción impuesta a la entidad accionada, pues hasta la fecha la NUEVA EPS no ha suministrado los gastos de transporte del servicio público ordinario requeridos por el accionante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato a la Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA en calidad de Gerente Regional Noroccidente la Nueva EPS, y al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, en calidad de Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, con arresto domiciliario por tres (5) días y multa de cuantía de un (12.326) UVT.

SEGUNDO: Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen⁷ para que realice las actuaciones tendientes al cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela y para que se haga efectiva la respectiva sanción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

(En permiso)

MARIA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Magistrada

Firmado Por:

⁷ Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá- Antioquia-

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - 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: **8e5833405782783e800b4481e4b72990b50c658b55fed1349bd5596bd36ab6b6**

Documento generado en 23/08/2023 04:50:37 PM

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

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



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

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA

RADICADO: 05001600000201900775

RADICADO INTERNO: 2022-0397-2

DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO

PROCESADO: LUIS FERNANDO BOTERO FRANCO Y PEDRO MIGUEL

GUTIERREZ ECHAVARRIA

ACTUACIÓN: CONCEDE PRÓRROGA TÉRMINOS

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

Aprobado según acta No. 089

El día 24 de julio de 2023, el defensor del señor PEDRO MIGUEL GUTIÉRREZ ECHEVERRIA, interpuso dentro de su oportunidad el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación el 13 de julio de 2023, no obstante el pasado 26 de julio de la presente anualidad, el defensor Dr. Sebastián García Rincón sustituyó el poder conferido por el procesado al Dr. Leonardo Calvete Merchán, quien el día 18 de agosto de los corrientes, allegó a la Secretaría escrito mediante el cual acudiendo a lo preceptuado por el artículo 158 de la Ley 906 de 2004, solicita la prórroga por el término de ocho (8) días hábiles para efectos de presentar la demanda de casación. Ello en razón al estudio de la causa penal, y la multiplicidad de testigos, lo que de

suyo conlleva la multiplicidad de declaraciones in extenso que reposan al interior de la carpeta digital.

Así las cosas, no obstante advertirse que los términos para allegar el recurso fenecen el 5 de septiembre calendas, en aras de garantizar el derecho de defensa del encausado PEDRO MIGUEL GUTIÉRREZ ECHEVERRIA, se acoge parcialmente la pretensión formulada por el togado de la defensa y en consecuencia, se prórroga solamente por un término de cuatro (4) días hábiles el traslado común del referido proceso, los cuales empezarán a contar a partir del día seis (6) de septiembre del corriente año.

Se ordena por Secretaría, se proceda a comunicar lo decidido en la presente providencia.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIERREZ
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: **400f8b45f2ae4149571257d67bd3861fd8cc1ef6c19154817bf1bda4b51a3465**

Documento generado en 23/08/2023 04:50:51 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

CUI: 05234-3189001-2023-00114 (2023-1336-3)
Accionante: NUBIA AMPARO DAVID GIRALDO
Accionada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A
LAS VÍCTIMAS.
Asunto: Impugnación Fallo Tutela
Decisión: Confirma
Acta y fecha: N° 267 de agosto 23 de 2023

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

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (en adelante Uariv), contra el fallo de tutela del 07 de julio de 2023¹, emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba - Antioquia.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

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

Narra la accionante que el día 14 de julio de 2022, presentó ante la Unidad de Víctimas, recurso de reposición, en subsidio de apelación, en contra de la Resolución 2017-36519R del 11 de abril de 2017 en el cual solicita se reponga la decisión la decisión tomada, y se prosiga con la ruta para reparar a las Víctimas, que en caso de no proceder con lo anterior se le indicara las razones de tiempo, modo y lugar, que permitan desvirtuar los principios de buena fe, confianza legítima y favorabilidad.

¹ PDF N° 014 del expediente digital

Que a la fecha no ha obtenido respuesta de la entidad.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo tuteló los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y al reconocimiento de la condición de víctima de la señora NUBIA AMPARO DAVID GIRALDO y en consecuencia ordenó a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia dejara sin efectos el acta 002 extraordinaria del 12 de febrero de 2010, proferida por el Comité de Reparaciones Administrativas (CRA), que decidió no reconocer la calidad de víctima a la accionante, así como la Resolución No. 2017- 36519R del 11 de abril de 2017, y la Resolución N° 201835565 del 16 de noviembre de 2017, y a su vez que dentro los diez (10) días siguientes a la notificación de dicha decisión, profiriera un nuevo acto administrativo debidamente motivado, donde se realicen las verificaciones correspondientes a la luz de los principios constitucionales que guían la interpretación y aplicación de las normas en la materia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 y 156 de la Ley 1448 de 2011, respecto a los hechos victimizantes que se exponen en la declaración presentada por la señora NUBIA AMPARO DAVID GIRALDO y su grupo familiar, realizando las investigaciones pertinentes para el caso.

Adujo que la entidad accionada no probó haber notificado a la accionante de las resoluciones por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación que interpuso contra la Resolución 2017-36519R del 11 de abril de 2017 que decidió sobre la no inclusión en el RUV.

Expuso que la Uariv invirtió injustificadamente la carga de la prueba, pues le exigió a la señora DAVID GIRALDO prueba de la ocurrencia y autoría del hecho victimizante, desconociendo que esta se encuentra a cargo de la entidad conforme a lo dispuesto por el artículo 35 del Decreto 4800 de 2011.

Manifestó que la accionante además de haber afirmado en su declaración que el hecho victimizante tenía relación con el conflicto armado, aportó varios documentos que logran generar un indicio a favor de la existencia de dicha

relación, pero no fueron valorados por la entidad accionada, tales como: la copia de comprobante de registro de defunción del señor Deiber Edilson Salas David, copia de certificación emitida por la Dirección Seccional de Fiscalías de la Unidad Segunda de Delitos contra la Vida y la Integridad Personal de Medellín- Antioquia, en el que informa que en el caso se dictó resolución de suspensión de la investigación, de manera que esta entidad no descarta que los actos ocurridos a Deiber Edilson David fueron causados por los grupos armados que habitan en el territorio; tampoco tuvieron en cuenta las declaraciones extra proceso rendidas por los señores Jhon Jairo David Guerra Y Fray León Torres. Elementos que solo fueron relacionados en las resoluciones, pero no estudiadas a fondo por la entidad.

Aseveró que no se realizó una investigación completa y contundente que permitiera establecer con efectividad la relación del homicidio de Deiber Edilson Salas David.

DE LA IMPUGNACIÓN

La accionada inconforme con la decisión adoptada manifestó que, el A quo no tuvo en cuenta que la Unidad para las víctimas resolvió no revocar la decisión inicial de la no inclusión en el RUV por el hecho victimizante de homicidio.

Expuso que han dado frente a la solicitud de inclusión el trámite correspondiente y la Unidad valoró las pruebas en consideración a los elementos técnicos jurídicos y de contexto determinando la no inclusión en virtud del hecho victimizante de homicidio.

Aseveró que la situación extrapetita fallada por el Juzgado de primera instancia va en contra de las situaciones que ha sido aprobado por la Corte Constitucional, pues solo puede fallar de esa manera si se advierte una evidente violación o amenaza de un derecho fundamental como el derecho a la vida, situación que no se presenta en el asunto.

Expuso que en sub judice se configura una carencia de objeto por hecho superado, pues la respuesta administrativa suministrada a la accionante fue

clara, precisa y congruente con lo solicitado, y resolvió de fondo la petición. La unidad adelantó satisfactoriamente las acciones tendientes al cumplimiento del deber legal.

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, modificatorio de los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015.

De conformidad con el artículo ochenta y seis (86) de la Carta Política, la acción de tutela constituye un mecanismo subsidiario y residual que permite la intervención inmediata del juez constitucional, con el ánimo de proteger los derechos fundamentales vulnerados o puestos en riesgo por las actuaciones a cargo de autoridades o de incluso particulares; en tratándose de estos últimos, únicamente en los eventos previstos en la norma referida. Ahora, esta acción constitucional se caracteriza, según lo dispuesto en el artículo tercero (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 si acertó el A quo en negar el amparo deprecado por la accionante en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Previo a resolver el problema propuesto, se abordará: *i)* fallos de tutela extra y ultra petita, *(ii)* El concepto de víctima del conflicto armado establecido en la Ley 1448 de 2011 *(iii)* derecho al debido proceso administrativo y la motivación de los actos administrativos que deciden sobre la inclusión en el RUV, y *iv)* el caso concreto.

i) Fallos de tutela extra y ultra petita. La Corte Constitucional en sentencia SU 397 de 2021 hizo referencia a este tema en los siguientes términos:

“En tal sentido, ha explicado la Corte Constitucional que “[e]n cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales” (SU-195 de 2012). En tal sentido, la sentencia T-310 de 1995 indicó que, en razón de la naturaleza de la acción de tutela, “la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales”. En efecto, según lo establecido en la T-104 de 2018, el juez de tutela está facultado para emitir fallos extra y ultra petita, cuando de la situación fáctica de la demanda puede evidenciar la vulneración de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada por el peticionario.”

ii) El concepto de víctima del conflicto armado establecido en la Ley 1448 de 2011. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia T-002 de 2023 expuso:

“ 62. La Ley 1448 de 2011 constituye el marco jurídico general para alcanzar la protección y garantía del derecho fundamental de las víctimas del conflicto armado interno a la atención, asistencia y reparación integral por vía administrativa.² Esta normativa define las víctimas que tienen derecho a acceder a las medidas allí establecidas.³ En el artículo 3º de dicha normativa se reconoce como víctimas, para efectos de aplicación del referido Estatuto Legal, a las personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño como consecuencia de graves violaciones a los derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.⁴

63. Entre los aspectos característicos de la definición de víctima, la Ley 1448 de 2011 ha establecido que los hechos victimizantes son aquellos que: i) hayan ocurrido a partir del 1 de enero de 1985; ii) se deriven de una infracción al DIH o de una violación grave y manifiesta a las normas internacionales de derechos humanos; y iii) se hayan originado con ocasión del conflicto armado. Finalmente, en el parágrafo 3º, se especifica que la definición de víctimas allí establecida no cobija a quienes fueron afectados por actos de delincuencia común.⁵

² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-254 de 2013.

³ Ley 1448 de 2011, artículo 3: “Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan 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 internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno” (...) Parágrafo 3 Para los efectos de la definición contenida en el presente artículo, no serán considerados como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de actos de delincuencia común.”

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-274 de 2018.

⁵ Ley 1448 de 2011, artículo 3.

64. En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha señalado que la regulación referida no define la condición fáctica de víctima, sino que incorpora un concepto operativo de dicho término, pues su función consiste en determinar su marco de aplicación en relación con los destinatarios de las medidas especiales de protección previstas en dicho estatuto legal.⁶ Así mismo, ha sostenido de forma reiterada que la expresión “con ocasión del conflicto armado interno”, contenida en el artículo 3⁷ referido, debe entenderse a partir de un sentido amplio,⁸ pues dicha noción cubre diversas situaciones ocurridas en un contexto de la confrontación armada.

65. En Sentencia C-253A de 2012 esta Corporación advirtió que se presentan básicamente tres posibilidades prácticas en la aplicación de la Ley 1448 de 2011, respecto de la relación de los hechos victimizantes con el conflicto armado interno: i) los casos en los cuales existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto armado; ii) los casos en los que, por el contrario, resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común no cubiertos por las previsiones de la ley; y iii) las “zonas grises”, eventos en los cuales no es posible predeterminar de antemano si existe relación con el conflicto armado, pero tampoco es admisible excluirlos a priori de la aplicación de la Ley 1448 de 2011, con base en una calificación meramente formal. En consecuencia, el análisis de cada situación debe llevarse a cabo en consonancia con el objetivo mismo de la Ley y con un criterio tendiente a la protección de las víctimas.

66. En oposición al concepto de actuaciones en el marco del conflicto armado, la Corte ha definido los actos de “delincuencia común” como “aquellas conductas que no se inscriban dentro de los anteriores elementos definitorios y, particularmente, que no se desenvuelvan dentro del conflicto armado interno.”⁹ Al respecto, en la Sentencia C-781 de 2012 esta Corporación resaltó las notorias dificultades que representa, en la práctica, la distinción entre víctimas de la violencia generada por delincuencia común y del conflicto armado, pues frecuentemente esta requiere de un ejercicio de valoración y ponderación en cada caso concreto, de distintos factores del contexto del conflicto armado interno para determinar si existe esa relación cercana y suficiente amparada por la Ley 1448 de 2011. Por lo tanto, la Corte indicó que resulta indispensable que en cada caso se evalúe el contexto en que se produce la vulneración de los derechos de las víctimas y se valoren distintos elementos para determinar la relación de conexidad con el conflicto armado, habida cuenta de la complejidad de tal fenómeno.¹⁰

67. En suma, de acuerdo con la Corte, para la adecuada aplicación del concepto de víctima del conflicto armado establecido por el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, se deben tener en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:¹¹

i) La norma contiene una definición operativa del término “víctima”, en la medida en que no define una condición fáctica, sino que determina un ámbito de destinatarios para las medidas especiales de protección contempladas en dicho estatuto legal.

ii) La expresión “conflicto armado interno” debe entenderse a partir de una concepción amplia, en contraposición a una noción restrictiva que puede llegar a vulnerar los derechos de las víctimas.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 2016.

⁷ Declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-253A de 2012.

⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-781 de 2012 y C-253A de 2012.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-253A de 2012.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-478 de 2017.

¹¹ Reglas reiteradas en la Sentencia T-478 de 2017.

iii) La expresión “con ocasión del conflicto armado” cobija diversas situaciones ocurridas en el contexto del conflicto armado. Por ende, se debe atender a criterios objetivos para establecer si un hecho victimizante tuvo lugar con ocasión del conflicto armado interno o si, por el contrario, se halla excluido del ámbito de aplicación de la norma, por haber sido perpetrado por “delincuencia común”.

iv) Con todo, existen “zonas grises”, es decir, supuestos de hecho en los cuales no resulta clara la ausencia de relación con el conflicto armado. En este evento, es necesario llevar a cabo una valoración del caso concreto y de su contexto para establecer si existe una relación cercana y suficiente con la confrontación interna. Además, no es admisible excluir a priori la aplicación de la Ley 1448 de 2011 en estos eventos.

v) En caso de duda respecto de si un hecho determinado ocurrió con ocasión del conflicto armado, debe aplicarse la definición de conflicto armado interno que resulte más favorable a los derechos de las víctimas.

vi) La condición de víctima no puede establecerse únicamente con base en la calidad o condición específica del sujeto que cometió el hecho victimizante.

vii) Los hechos atribuidos a los grupos surgidos con posterioridad a la desmovilización de los paramilitares, como consecuencia del proceso de negociación del año 2005, se consideran ocurridos en el contexto del conflicto armado, siempre que se logre establecer su relación de conexidad con la confrontación interna.

iii) Derecho al debido proceso administrativo y la motivación de los actos administrativos que deciden sobre la inclusión en el RUV. En la sentencia T-171 de 2019, la Corte Constitucional adujo:

“ 5.1. En la Constitución Política de 1991 está reconocido el derecho fundamental al debido proceso, el cual debe aplicarse a “todas las actuaciones judiciales y administrativas”,¹² de modo que los ciudadanos puedan contar con la certeza de las reglas de juego con base a las cuales actúa el Estado, ya sea en los procedimientos administrativos o judiciales. Por el contrario, la incertidumbre respecto de los procedimientos y las reglas de juego que orientan las actuaciones y decisiones de la administración pública, empobrece el Estado de Derecho.

5.2. En este sentido, la definición del derecho fundamental al debido proceso que se encuentra en la jurisprudencia constitucional es “regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.”¹³

5.3. La motivación del acto administrativo es parte del derecho al debido proceso administrativo, porque permite que el ciudadano conozca con certeza las razones de la decisión de la administración y se garantice la seguridad jurídica. De esta forma, las personas pueden verificar que aquellas se ajustan a la regulación y criterios previamente dispuestos en la ley para encausar al funcionario público encargado de tomar la decisión que impacta sus

¹² Constitución Política. Artículo 29.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-467 de 1995, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

derechos y obligaciones.¹⁴

5.4. Particularmente, en el procedimiento administrativo de solicitud de inclusión en el RUV, una vez las víctimas presentan la declaración de los hechos victimizantes ante el Ministerio Público,¹⁵ la UARIV tiene a su cargo decidir a través de un acto administrativo debidamente motivado si incluye o no a la víctima en esta base de datos. La motivación debe ser entonces una narrativa suficiente para justificar la decisión de la entidad en uno u otro sentido, de modo que no carezca de razones y por tanto, torne la decisión caprichosa. “Dicho acto administrativo deberá contener, entre otras cosas, ‘[l]a motivación suficiente por la cual se llegó a la decisión de no inclusión’,¹⁶ de manera que el administrado conozca las razones por las cuales se adoptó la determinación y cuente con elementos de juicio suficientes para controvertirla.¹⁷

5.5. ¿Cuáles son entonces los criterios que deben seguir los funcionarios de la UARIV para construir la motivación del acto administrativo? Tanto en la reglamentación del RUV como en la jurisprudencia constitucional se encuentran estos criterios. La Sala abordará primero los legales y luego los jurisprudenciales.

5.6. En el Decreto 1084 de 2015 pueden distinguirse dos criterios: el primero, tiene que ver con los principios que encauzan la actividad de recepción de la declaración de la víctima y la interpretación de las normas y pruebas que tienen disponibles los funcionarios para tomar la decisión; el segundo, se refiere a los criterios de valoración en el proceso de verificación de la ocurrencia de los hechos victimizantes declarados por la víctima, los cuales refieren a la evaluación de tres elementos en cada caso en particular: i) elemento jurídico, ii) elemento técnico y iii) elemento de contexto. En consecuencia, tanto la aplicación de los principios como la valoración de estos tres elementos deben evidenciarse en la narrativa que da cuenta de la motivación del acto administrativo.

5.7. En relación con los principios que orientan al servidor público que recibe la declaración de la víctima, estos están definidos en el artículo 2.2.2.1.4 del Decreto 1084 de 2015 de la siguiente manera:

“las normas que orientan a los servidores públicos encargados de diligenciar el registro, deben interpretarse y aplicarse a la luz de los siguientes principios y derechos: El principio de favorabilidad, el principio de buena fe, el principio de prevalencia del derecho sustancial propio del Estado Social de Derecho, el principio de participación conjunta, el derecho a la confianza legítima, el derecho a un trato digno y hábeas data”

5.8. Por su parte, en el Decreto 1084 de 2015 se reglamentan las directrices que deben tener en cuenta los funcionarios que reciben la declaración de la víctima y allí se establece que deben informarle pronta, completa y oportunamente sobre todos sus derechos y el trámite para exigirlos.¹⁸

Asimismo, es obligación de los funcionarios recabar en el Formato Único de Declaración, “la información necesaria sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que generaron el hecho victimizante, así como la caracterización socioeconómica del solicitante y de su núcleo familiar, con el propósito de contar con información precisa que facilite su valoración, desde un enfoque diferencial, de conformidad con el principio de participación conjunta consagrado en el

¹⁴ Corte Constitucional, sentencias T-347 de 1993, MP Vladimiro Naranjo Mesa y T-404 de 1993 MP. Jorge Arango Mejía, en las que se estableció que el derecho al debido proceso asegura la seguridad jurídica.

¹⁵ Decreto 1084 de 2015.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-991 de 2012, MP María Victoria Calle Correa.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2018, MP. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁸ Decreto 1084 de 2015. Artículo 2.2.2.3.5. (compilado del artículo 31 del Decreto 4800 de 2011).

artículo 29 de la Ley 1448 de 2011”.¹⁹

5.9. Una vez recibida la declaración, en el proceso de verificación de los hechos en cada caso particular, la UARIV tiene la carga de la prueba²⁰ y para ello “realizará consultas en las bases de datos y sistemas que conforman la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación de Víctimas, así como en otras fuentes que se estimen pertinentes”.²¹

5.10. En el mismo decreto se enuncian las fuentes de información que deben consultar los funcionarios. Allí se enlistan en primer lugar las solicitudes de registro presentadas a partir del 20 de diciembre de 2011 y los censos a que se refiere el artículo 48 de la ley 1448 de 2011.²² Igualmente, enuncia los registros y sistemas de información de víctimas existentes en entidades como la Presidencia de la República, el Ministerio de Defensa, Unidad Nacional de Protección, Fiscalía General de la Nación, entre otras instituciones. Esta lista no es taxativa, sino que hace referencia a estas entidades, “entre otras”.

5.11. Ahora bien, en la jurisprudencia constitucional se han planteado reglas en relación con el proceso de valoración que debe adelantar la UARIV para verificar la ocurrencia de los hechos y su relación con el conflicto armado. Con base en esas reglas se ha cuestionado la motivación que ha expuesto la UARIV en los actos administrativos que han negado la solicitud de inscripción en el RUV y se ha ordenado en unos casos proferir un nuevo acto administrativo que considere lo indicado en la parte motiva de la sentencia, o en otros se ha ordenado la inscripción en el RUV.

5.12. En la sentencia C-253A de 2012 la Corte distinguió tres escenarios a los cuales pueden enfrentarse los funcionarios de la UARIV cuando resuelven las solicitudes de inclusión en el RUV. Primero, cuando “existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto”, segundo, cuando “también resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común no cubiertos por las previsiones de la ley”, y en el medio está el tercer escenario, las zonas grises, en las que “no cabe una exclusión a priori, con base en una calificación meramente formal (...) probada la existencia de una afectación grave de derechos humanos o de una infracción de las normas del derecho humanitario, en caso de duda sobre la inserción de la conducta lesiva en el marco del conflicto, debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima”. (Negrita fuera del texto original).

(iv) **Caso concreto.** En el presente asunto NUBIA AMPARO DAVID GIRALDO presentó acción de tutela pretendiendo que la Uariv le proporcionara respuesta frente al recurso de reposición y en subsidio apelación que interpuso frente la Resolución 2017-36519 del 11 de abril de 2017 señalando las condiciones de tiempo, modo y lugar que permitan desvirtuar los principios de buena fe, confianza legítima, favorabilidad y carga probatoria que sustenta que el hecho victimizante no ocurrió en el marco del conflicto armado interno.

¹⁹ Decreto 1084 de 2015. Artículo 2.2.2.3.5., numeral 6. (compilado del artículo 31 del Decreto 4800 de 2011).

²⁰ Decreto 1084. Artículo 2.2.2.3.9. (compilado del artículo 31 del Decreto 4800 de 2011).

²¹ Decreto 1084. Artículo 2.2.2.3.11. (compilado del artículo 31 del Decreto 4800 de 2011).

²² Este censo está previsto para las personas afectadas cuando se presenten atentados terroristas y desplazamientos masivos.

La accionada inconforme con la decisión de amparo adoptada por el A quo, aseveró que se está frente a un hecho superado por cuanto suministró respuesta clara, precisa, y congruente frente lo pretendido, pues fueron valoradas las pruebas en consideración a los elementos técnicos jurídicos y de contexto determinando la no inclusión en virtud del hecho victimizante de homicidio. Agregó que en primera instancia no se debió fallar de manera extrapetita por cuanto no existe vulneración a ningún derecho fundamental de la actora.

De la narración de los hechos y contestación de la acción tutelar, así como del escrito de impugnación y sus respectivos anexos, se tiene que la señora NUBIA AMPARO DAVID GIRALDO el 27 de agosto de 2008 presentó solicitud de reparación administrativa en virtud del hecho victimizante del homicidio de su hijo Deiber Edilson Salas David acaecido el 26 de marzo de 2003 aduciendo *“Mi hijo vivía en el barrio Santo Domingo en el año 2003, de allí fue desplazado por los grupos paramilitares y tuvo que irse a vivir al barrio carambolas, el 26 de marzo de 2003 fue llamado para una entrevista de trabajo en el barrio blanquizal Olaya, pero nunca llegó por que fue retenido por (...) los cuales luego lo asesinaron (...)”*; sin embargo, la Unidad para las víctimas a través de acta 002 del 12 de febrero de 2010 (*acta de reparaciones administrativas con radicado No. 36519*) decidió no reconocer la calidad de víctima al señor Deiber Edilson Salas David aduciendo que *“los daños sufridos por el solicitante, no fueron causados por grupos armados organizados al margen de la ley”*, frente la cual, la accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación indicando:

“(...) Como pretenden ustedes decir que los hechos de los cuales fui víctima enmarcan dentro de los parámetros de ley, cuando dentro de toda mi declaración son proveniente del claramente indique que el homicidio de Armado que opera en el sector del, grupo que está ampliamente reconocido en la ciudad como generadores de múltiples desplazamientos, amenazas. Extorsiones muertas, la UARIV, desconoce ampliamente la situación por la cual pasan nuestros hijos en las comunas de la ciudad. Ampliamente reconocidos por el accionar armado de grupos de limpieza social, como pretenden decir que es delincuencia común cuando ni siquiera tienen voluntad de hacer un análisis de mi situación real, motivan desde parámetros de otras declaraciones sin hacer una verificación de mis documentos. Los cuales aporte para determinar la verdad de lo que sucedió”*

(...)”.

La solicitud de reposición fue atendida por la Uariv mediante Resolución No. 2017-36519R del 26 de junio de 2020 que resolvió: “CONFIRMAR el Acta de reparaciones administrativas con radicado No. 36519” indicando que:

Se entrará a verificar el elemento contextual (...)

«A partir del año 2003, en el marco de acuerdos firmados entre el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez y las AUC, se inició un proceso de desmovilización, en el que se desactivaron nueve grupos de autodefensa que tenían influencia en la región. En noviembre de 2003, se desmovilizaron 874 miembros del bloque Cacique Nutibara que actuaban en Medellín y su área metropolitana; en agosto de 2004, lo hicieron 452 integrantes del bloque Bananero, cuya influencia era más notoria en Urabá y en 2005, se acogieron al proceso de desmovilización 4.302 miembros de las autodefensas, 2.033 del bloque Héroes de Granada, 222 del bloque Noroccidente Antioqueño, 125 del Suroeste Antioqueño y 1.922 del bloque Nordeste, Bajo Cauca y Magdalena Medio. Finalmente, en 2006, 2.790 hombres del bloque Mineros y 1.539 del Élmer Cárdenas dejaron las armas. Entre los años 2003 y 2006, la tasa de homicidio por cien mil habitantes (hpch) en Antioquia disminuyó paulatinamente, logrando igualar en 2006 los niveles presentados en el conjunto del país (37 hpch). Este hecho es significativo, teniendo en cuenta que entre los años 1990 y 2002, el departamento superó en más del doble la tasa de homicidio nacional. En el año 2002, se empieza a presentar una merma en los homicidios, al pasar de 7.269 en 2001 a 6.949 en 2002. En 2003, la disminución es de 36% con respecto al año anterior, puesto que se registraron 4.451 homicidios; en 2004, se reduce en un 39%, al presentarse 2.726 homicidios; en 2005, la merma es de 13%, al registrarse 2.374 homicidios y en 2006 de 8%, cuando se presentaron 2.174 homicidios, la cifra más baja registrada en el departamento en los últimos 16 años. La mayoría de los homicidios del departamento se registraron en Medellín, sin embargo, a partir de 2003 el peso de los homicidios ocurridos en la capital departamental se reduce. Es así como mientras entre los años 2000 y 2003, Medellín concentró cerca del 50% del total de los homicidios del departamento, para 2004, representa el 39%, en 2005 el 32% y en 2006 el 33%. Lo anterior indica que la dinámica de la violencia en Medellín determina de manera preponderante el comportamiento del departamento en este ámbito. No obstante, en los últimos años la mejoría en la situación de la capital evidencia la problemática del homicidio en otras regiones del departamento, tales como el Oriente (Sonsón, Marinilla, San Carlos), Suroeste (Salgar, Andes, Jardín, Urrao) y Norte (Briceño, Valdivia, Yarumal).»

(...)

En este orden de ideas se procedió a unificar el elemento técnico de contexto y jurídico, de lo cual se puede concluir que para el presente caso, no se cuenta con algún documento que pueda controvertir la decisión tomada en primera medida, pues si bien la carga de la prueba está a cargo de esta administración, de acuerdo a la verificación realizada en diferentes bases de consulta no se pudo establecer que el hecho victimizante de Homicidio tenga una relación cercana con el conflicto armado que vivía el país para la época en que se desarrolla el hecho, por el contrario se evidencia que el acontecimiento del que fue víctima pudo ser ocasionado por circunstancias de tipo social y personal, sin ningún propósito

ideológico o cualquier otro, ahora si hablamos del elemento contextual no existen medios que permitan inferir la victimización que manifiesta haber sufrido la solicitante, toda vez que no es posible establecer tan siquiera un indicio frente a los autores, por lo tanto no hay claridad de las circunstancias particulares que produjeron el hecho ni de los autores que lo generaron, entiéndase que este no es el único factor a tener en cuenta para el presente análisis, por último tomamos el marco jurídico en el cual se verifica que los pilares mencionados anteriormente, al analizar los documento anexados en su escrito de reposición, se encontró que no contiene los elementos suficientes y necesarios que permitan realizar alguna inferencia que indique que el hecho fue perpetrado en ocasión a dinámicas propias del conflicto armado. indican que hubo la privación de la vida de una persona que ostentaba la calidad de miembro de la población civil, puesto que si nos enfocamos a los requisitos señalados para que se configure este hecho victimizante se deben tener en cuenta varios componentes, como lo son la muerte de un ser humano causada por otra persona, como se da en el presente caso pero que la misma sea causada por miembros pertenecientes a grupos al margen de la ley, sin embargo se identifica que de acuerdo a su declaración no se permite observar estos apartes, determinando que las circunstancias de tiempo modo y lugar no se funden en los lineamientos dados por la ley.

Por tanto una vez analizadas las circunstancias expuestas por la recurrente se concluye que el presente caso no cuenta con los requisitos mínimos necesarios exigidos para que pueda configurarse el hecho victimizante de homicidio, conforme a los parámetros de la presente ley; según lo expuesto anteriormente no es posible reconocer dicha afectación en el Registro único de víctimas –RUV–; de manera que, la Dirección de Registro y Gestión de la Información de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas procederá conforme a las razones señaladas en el presente acto administrativo a CONFIRMAR la decisión adoptada mediante Acta de reparaciones administrativas con radicado No. 36519, respecto al caso objeto de estudio.”

Y en el acto administrativo (Resolución No. 201835565 del 16 de noviembre de 2017) que resolvió el recurso de apelación, la entidad accionada confirmó lo decidido señalando nuevamente que, no fue posible determinar con certeza que el punible hubiese acaecido en el marco del conflicto armado:

“CRITERIO DE CONTEXTO: De igual manera en la publicación procesada y georreferenciada por EL OBSERVATORIO DEL PROGRAMA DE LA PRESIDENCIA DE DERECHOS HUMANOS Y DIH EN LA DINAMICA ESPACIAL DE LAS MUERTES VIOLENTAS EN COLOMBIA; que frente a las alteraciones de orden público y la presencia de actores armados en el municipio de acontecimiento de los hechos ha informado:

«(...) En la década de los noventa, el fortalecimiento de las ... guarda estrecha relación con el proceso de integración vertical de todo el negocio de la cocaína: siembra, producción de base, refinación y transformación del alcaloide. En Perú y Bolivia bajó la producción y también se aliviaron los problemas de narcotráfico, victorias que por otro lado generaron elevados costos para Colombia, donde se magnificaron los elementos nocivos derivados de una producción integrada de cocaína. De hecho, las ... lograron tener acceso a mayores fuentes de recursos toda vez que el país comenzó a producir hoja de coca, lo que le dio a esta guerrilla la oportunidad de imponer tributos a productores y procesadores, muchas veces a cambio de protección. A partir de ese entonces, las hectáreas de coca cultivadas

pasaron de 20.000 en 1990 a 160.000 en el año 2000, al tiempo que se incrementaba el número de laboratorios para el procesamiento del alcaloide. Gracias al incremento en su participación en el negocio ilícito, la guerrilla de las ... accedió a recursos adicionales, que le permitieron expandir su presencia y escalar la confrontación armada.

La tasa de homicidio aumentó, llegando a un pico en 1991; a partir de ese año, disminuyó hasta 1998, paralelamente al desmantelamiento de los carteles de Medellín y Cali y el auge de los carteles mexicanos, que explican la caída de los ingresos del narcotráfico repatriados al país, como se muestra en el gráfico 1.2.1. Sin embargo, entre 1999 y 2002 se produce nuevamente un aumento que, como se observa en el gráfico 1.2.2 se encuentra determinado por el escalamiento de la confrontación armada, el mayor número de muertes en combate que en este contexto se producen entre los grupos irregulares y la Fuerza Pública y el incremento de los asesinatos de civiles, resultado de las actividades del crimen organizado y de la disputa entre los grupos guerrilleros y de autodefensa por el dominio de territorios. (...)»

Al verificar el contexto y la situación de orden público en el departamento de Antioquia específicamente en el municipio de Bello para la fecha de la ocurrencia del hecho, nos encontramos en presencia de una región que de acuerdo a elementos fundados y notorios se pueden considerar como zona donde se presenta diversos factores de violencia.

(...) para el momento de los hechos declarados, se advierte acción indiscriminada de delincuencia común, atravesada por las actividades ilegales del narcotráfico, en lo que refiere al hecho victimizante de Homicidio se infiera razonablemente que no existen medios que permitan concluir la victimización que manifiesta haber sufrido el recurrente toda vez que no es posible establecer tan siquiera un indicio frente a los autores del homicidio del señor DEIBER EDILSON SALAS DAVID. Aun cuando existe certificación de la Fiscalía, está no pudo determinar quiénes fueron los autores del hecho y por lo tanto archivaron el proceso, tampoco se encuentran elementos de juicio, fuentes legales probatorias, ni medios de convicción diferentes al contexto general de criminalidad, por lo tanto resulta incorrecto deducir que el hecho victimizante objeto de estudio fue perpetrado por grupos armados organizados al margen de la ley.

Así que para el reconocimiento en el Registro Único de Víctimas, debe existir un mínimo de requisitos probatorios que permitan determinar los perpetradores del hecho victimizante, y para el caso no se evidencia solo la presencia de grupos armados al margen de la ley, teniendo en cuenta que en el lugar, modo y tiempo del hecho victimizante también se encuentra la presencia de bandas delincuenciales avaladas por el narcotráfico. Téngase en cuenta que no todo hecho delictivo puede atribuirse a grupos armados al margen de la ley. Se aclara que si bien la Unidad tiene la carga probatoria, de acuerdo a los diversos análisis desplegados para el caso no se puede adecuar el hecho dentro de la norma para su inclusión en el Registro Único de Víctimas, en el que no se logra inferir duda razonable en favor de la recurrente para tal reconocimiento, es importante precisar que la competencia investigativa del caso, se encuentra a cargo de la Fiscalía General de la Nación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.3.11 del Decreto 1084 de 2015, en lo referente al proceso de valoración de la solicitud administrativa, ésta entidad acudió a la evaluación de los elementos "técnicos", entre otros elementos, con el fin de verificar los hechos victimizantes relacionados en la solicitud.

Así, ésta Unidad tuvo en cuenta los documentos aportados por la solicitante, bases de datos y sistemas que conforman la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación de Víctimas, así como otras fuentes que se estimen pertinentes. De acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia del hecho victimizante de Homicidio del señor DEIBER EDILSON SALAS DAVID por los hechos ocurridos el día 26 de marzo de 2003 en el municipio de Bello del departamento de Antioquia, consignadas en la solicitud de la señora NUBIA AMPARO DAVID GIRALDO, y corroboradas por Registro Civil de Defunción, es posible inferir la muerte violenta del señor DEIBER EDILSON SALAS DAVID, y por consiguiente verificar el daño individual sufrido “como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos” en los términos del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011. Teniendo en cuenta los criterios establecidos en la sentencia C-253A de 2012, en la que se hace la distinción entre víctimas de delincuencia común y aquellas que surjan con ocasión del conflicto armado interno, si bien es cierto que el derecho victimizante objeto de estudio, encaja dentro del criterio temporal y natural, en el sentido de que el daño sufrido es posterior al 1 de enero de 1985 y se constituye como una infracción al DIH y al DIDH, no es claro, sin embargo, verificar a partir de la solicitud y la información documental aportada a la misma, que los hechos hayan ocurrido con ocasión del conflicto armado. De lo anterior se desprende, que las circunstancias de tiempo, modo y lugar, del hecho victimizante objeto de estudio, deben encajar en el criterio de contextual, para lo cual se debe tener en cuenta los criterios para determinar la existencia de un conflicto armado de carácter interno (...).

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta los argumentos presentados por la recurrente en la solicitud administrativa inicial y los lineamientos expuestos en el ordenamiento jurídico; esta entidad encuentra que NO es viable jurídicamente reconocer el hecho victimizante de HOMICIDIO DEL SEÑOR DEIBER EDILSON SALAS DAVID, toda vez que, frente a las circunstancias fácticas narradas no existe elementos que configuren actos que claramente se enmarquen dentro de los parámetros legales contemplados en la ley 1448 de 2011.

(...)

Por lo anterior y después de analizar lo expuesto en el acta 002 Extraordinaria del 12 de febrero de 2010; frente a la solicitud presentada por la señora NUBIA AMPARO DAVID GIRALDO se concluyó que no fue posible determinar que el hecho victimizante sufrido por el señor DEIBER EDILSON SALAS DAVID, guarde relación con violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias ocurridas dentro del marco del conflicto armado; lo anterior teniendo en cuenta, tanto la ausencia de pruebas determinantes y conducentes aportadas por la recurrente como la investigación que se realizó sobre los patrones regionales del conflicto los cuales no dan cuenta de una forma de combate por parte de los grupos irregulares del HECHO VICTIMIZANTE DE HOMICIDIO y en consecuencia no será sujeto de protección, asistencia y atención en los términos de la citada norma por este hecho victimizante.”

Los anteriores compendios de las decisiones administrativas adoptadas por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas permiten advertir cómo ésta fundó su decisión de NO INCLUSIÓN en el RUV de la accionante por la muerte de su hijo Deiber

Edilson Salas David, principalmente porque no existía pruebas suficientes de que la muerte violenta de Deiber tuviera relación con el conflicto armado interno.

Surge diáfano que para adoptar las referidas decisiones la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas no realizó ninguna labor idónea y pertinente con miras a esclarecer los hechos como le correspondía, por ser ella quien está gravada con la carga probatoria en los eventos planteados; por el contrario, la única gestión de la que dio cuenta fueron las consultas realizadas en *“Diagnóstico Departamental Antioquia, P.g. 4 -5, Consultado en Línea el 11 de abril de 2017, Disponible en: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_2161.pdf?view=1”* y en la *“publicación procesada y georreferenciada por el observatorio del programa de la presidencia de derechos humanos y DIH en la dinámica espacial de las muertes violentas en Colombia”*, siendo ello de poca eficacia, pues ninguno de esos registros permitió confirmar o descartar la ocurrencia y veracidad de los hechos declarados, siendo necesario establecer los móviles y actores de un hecho delictivo achacado a grupos armados al margen de la ley. La Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas ni siquiera acudió a la Fiscalía General de la Nación para corroborar a qué se debió la suspensión de la investigación del homicidio de Deiber.

El despliegue probatorio de la accionada en el caso planteado fue nulo pues no adelantó gestión alguna tendiente a desvirtuar la veracidad de los hechos expuestos en la declaración o a determinar con pretensiones de meridiana certeza que el suceso declarado no se enmarca en el conflicto armado interno.

Es menester indicar que, de conformidad con lo previsto en los artículos 36 y 37 del Decreto 4800 de 2011 y los artículos 3 y 156 de la Ley 1448 de 2011, las peticiones que se eleven por los usuarios en este tipo de escenarios deben ser examinadas en aplicación de los principios de buena fe, pro homine, georreferenciación o prueba de contexto, in dubio pro víctima y, credibilidad del

testimonio coherente. En complemento, se debe hacer una lectura a la luz del conflicto armado y la diversidad étnica y cultural²³.

En el caso que nos ocupa los motivos aducidos por la entidad demandada para negar la inscripción en el RUV no aplican esos principios, sino que, invierten la carga de la prueba sobre la víctima, desconociendo que es una obligación de la entidad conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 4800 de 2011, que prevé:

“Artículo 35. De la valoración. La valoración es el proceso de verificación con fundamento en la cual la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas adopta una decisión en el sentido de otorgar o denegar la inclusión en el Registro Único de Víctimas.

En todo caso, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas deberá garantizar que la solicitud de registro sea decidida en el menor tiempo posible, en el marco de un trámite administrativo ágil y expedito, en el cual el Estado tendrá la carga de la prueba...” (Negritas fuera del texto)

Nótese que, en los actos administrativos cuestionados, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas niega la inscripción de la accionante como víctima aduciendo que, no logró acreditar que el delito de homicidio perpetrado contra su hijo haya sido en el marco del conflicto armado, desconociendo con sus razonamientos que, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el promotor no tiene la obligación de probar que haya sido un grupo armado ilegal el autor de esos delitos, sino que, ello es una labor que le compete única y exclusivamente a la accionada.

La accionada no recabó la información necesaria para precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que generaron el hecho victimizante sino que, soportó su negativa en la declaración vertida por la promotora, desconociendo con ello la obligación que tiene de investigar y determinar si los delitos cometidos acaecieron en el marco del conflicto armado; obligación que de ninguna manera puede ser endilgada a la accionante.

²³ T 417 de 2016

Partiendo del anterior análisis la decisión de primera instancia fue acorde con los principios de buena fe y favorabilidad que deben observarse en la materia, pues en todo caso si la conclusión es que no están claros los móviles del hecho, se ha de trasladar la carga probatoria a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas como representante del Estado para los presentes efectos, y en últimas de concluirse con la imposibilidad de dotar de claridad los hechos lesivos, decidir aplicando los principios de favorabilidad y buena fe en beneficio del declarante. Y es que no corresponde a las víctimas soportar las consecuencias adversas de la ineficacia del Estado en casos como el presente.

Situaciones estas que a todas luces permite la emisión de un fallo de tutela extra y ultra petita, pues se verificó la vulneración de los derechos fundamentales de la señora NUBIA AMPARO DAVID GIRALDO.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba, Antioquia, el siete (7) de julio de 2023.

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

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

Notifíquese y cúmplase,

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **24d7c6273ef978266154aa5e581c3c7d3bb416c8a098df503d7eddf9fb9fa1e2**

Documento generado en 23/08/2023 05:30:44 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 05000-22-04-000-2023-00457-00 (2023-1447-3)
Accionante Diego Fernando Pinilla Junco
Accionado Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Medellín.
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Improcedente y Niega
Acta: N° 268 agosto 23 de 2023

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

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por DIEGO FERNANDO PINILLA JUNCO, en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹ que, el cinco de junio de 2023 solicitó la prisión domiciliaria ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, y el 18 de julio de los corrientes solicitó el traslado de su asunto a los Juzgados homólogos de Antioquia por competencia, pues actualmente se encuentra privado de la libertad en el Cpms Jericó.

Por lo tanto, solicita se dé trámite a dichas solicitudes.

¹ PDF 003, expediente digital de tutela.

TRÁMITE

1. Aceptada la incompetencia manifestada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó, Antioquia, mediante auto adiado el nueve de agosto de 2023², se dispuso asumir la acción de tutela, se corrió traslado al despacho demandado, y se vinculó al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y al Cpms Jericó para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente.

De igual forma, a través de auto del 17 de agosto de 2023 se dispuso la vinculación del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad de Antioquia³.

2. El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, adujo que el actor fue condenado por el Juzgado Quince Penal Municipal de Bogotá, en sentencia del 15 de octubre de 2020, a la pena principal de 48 meses de prisión, por el delito de Hurto Calificado Atenuado, no siendo merecedor del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni de la prisión domiciliaria.

Expresó que mediante auto 3417 del seis de septiembre de 2021 asumió conocimiento para la vigilancia y ejecución de dicha pena, pues para ese momento el sentenciado se encontraba privado de la libertad en la Estación de Policía de El Poblado en la ciudad de Medellín.

Manifestó que mediante auto 1273 del 24 de julio de 2023, dispuso la remisión del asunto por competencia a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, atendiendo a que el accionante actualmente se encuentra privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Jericó, Antioquia, pues su competencia cobija únicamente a las personas privadas de la libertad dentro de los municipios que conforman los Circuitos Judiciales de Medellín, Bello, Caldas, Envigado, Girardota e Itagüí, Acuerdo N°

² PDF N° 006 Expediente Digital.

³ PDF N° 012 Expediente digital

PSAA07-3913 del 25 de enero de 2007 del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa.

Aseveró que, por intermedio del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad, se dispuso la elaboración de la correspondiente ficha técnica y efectivo envío de las diligencias a donde fue ordenado, precisando que existía solicitud de prisión domiciliaria pendiente por resolver.

3. El Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad de Antioquia manifestó que el 11 de agosto de 2023 le correspondió por reparto la ejecución de la pena impuesta al accionante dentro del asunto con CU 11 001 60 00013 2018 06999, y avocó conocimiento el 17 de agosto de los corrientes.

Aseveró que en el expediente obra solicitud de prisión domiciliaria prevista en el artículo 38G del C.P., la cual se encuentra en turno para resolver, pues se atienden las solicitudes en orden cronológico de llegada a ese Despacho.

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 DIEGO FERNANDO PINILLA JUNCO están siendo vulnerados por acciones u omisiones atribuidas a la entidad accionada o sí, de acuerdo con la respuesta proporcionada por esta y la vinculada, se ha configurado en este asunto la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado.

En el caso concreto DIEGO FERNANDO PINILLA JUNCO quien actúa en nombre propio, reclama la protección de su derecho fundamental de petición, por cuanto el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, Antioquia, no se pronunció acerca de sus solicitudes de prisión domiciliaria y traslado del expediente a los Juzgados Homólogos de Antioquia.

De otro lado, al ser el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, 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.

De manera preliminar, la Sala indica que, la naturaleza jurídica de las peticiones incoadas por el promotor activa el derecho fundamental al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Carta Política. Ello, por cuanto peticiones como las que motivaron la presente acción de tutela, se relacionan con las actuaciones propias de la función que ejercen las autoridades judiciales demandadas en la vigilancia de las sanciones impuestas al accionante por la comisión de diversas conductas punibles.

“...Al respecto se debe indicar que, tal y como lo ha decantado la jurisprudencia de esta Corte, cuando se elevan solicitudes en el marco de un proceso judicial, éstas no deben ser entendidas como el ejercicio del derecho fundamental de petición, sino del derecho de postulación, que hace parte integral del derecho fundamental al debido proceso. Por eso, los jueces y magistrados que encargados de resolver las solicitudes que se presenten al interior del trámite judicial no están sujetos a los términos generales que están previstos para la solución de las peticiones, sino a los términos especiales establecidos en las leyes procesales para el efecto.”⁴

En ese orden de ideas, resulta necesario explicar que la garantía constitucional objeto de análisis, cuya consagración jurídica se encuentra en el artículo 29 de la Constitución, impone a las entidades públicas que las solicitudes que interpongan los ciudadanos sean resueltas dentro del término previsto en el ordenamiento jurídico y, de todas maneras, con sujeción a un plazo razonable y sin dilaciones injustificadas⁵. Lo anterior, además, porque una conducta contraria a dicho mandato puede involucrar también la violación al acceso a la administración de justicia, en apego a lo establecido en el artículo 229 de la Constitución.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado: *“El respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”⁶.*

En igual sentido, ha indicado la alta Corporación en cita, que la dilación injustificada dentro del trámite de un proceso puede constituir la vulneración al derecho de debido proceso, así: *“La inobservancia de los términos judiciales -como lo ha sostenido la Corte Constitucional en varias oportunidades-, constituye una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución. El principio de celeridad que es base fundamental de la administración de justicia debe caracterizar los procesos penales”⁷.*

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de decisión de tutelas No. 2, STP2513-2021, Rad. 114243 de 26 de enero de 2021.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T 1154 de 2004.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷ Sentencias de la Corte Constitucional T-450 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-368 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En relación con la dilación de los términos procesales, ha considerado: “(...) En consecuencia, la dilación injustificada de los términos procesales configura una violación del debido proceso susceptible de ser atacada por medio de la acción de tutela, pues es deber de las autoridades judiciales cumplir de manera diligente los plazos procesales⁸”.

No obstante, la mora de las autoridades en materia judicial no se deduce por el mero paso del tiempo, sino que exige hacer un análisis completo de la situación. Para determinar cuándo se presentan dilaciones injustificadas en la administración de justicia y, por consiguiente, en qué eventos procede la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional, sentencia (T-052-2018, T-186-2017, T-803-2012 y T-945A-2008), ha señalado que debe estudiarse:

i) Si se presenta un incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial;

ii) Si no existe un motivo razonable que justifique dicha demora, como lo es la congestión judicial o el volumen de trabajo, cuando el número de procesos que corresponde resolver al funcionario es elevado (T-030/2005), de tal forma que la capacidad logística y humana está mermada y se dificulta evacuarlos en tiempo (T494/14), entre otras múltiples causas (T-527/2009); y

iii) Si la tardanza es imputable a la omisión en el cumplimiento de las funciones por parte de una autoridad judicial (T-230/2013, reiterada en T-186/2017).

Así entonces, resulta necesario para el juez constitucional evaluar, bajo el acervo probatorio correspondiente, si en casos de mora judicial ésta es justificada o no. Una vez hecho ese ejercicio, si el juez de tutela encuentra que la dilación no tiene justificación alguna, habrá de intervenir en defensa de los derechos fundamentales del afectado. Y en caso de determinar que la mora judicial estuvo o está justificada, siguiendo los postulados de la sentencia T-230-2013, cuenta con tres alternativas distintas de solución:

i) Puede negar la violación de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por lo que se reitera la obligación de someterse al sistema de turnos, en términos de igualdad;

ii) Puede disponer excepcionalmente la alteración del orden para proferir la decisión que se eche de menos, cuando el juez está en presencia de un sujeto

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-647 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de especial protección constitucional, o cuando la mora judicial supere los plazos razonables y tolerables de solución, en contraste con las condiciones de espera particulares del afectado;

iii) Puede ordenar un amparo transitorio en relación con los derechos fundamentales comprometidos, mientras la autoridad judicial competente se pronuncia de forma definitiva en torno a la controversia planteada.

Del estudio de la demanda, se tiene que la pretensión del accionante va dirigida a que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, se pronuncie acerca de sus solicitudes de (i) prisión domiciliaria y (ii) traslado de su expediente a los Juzgados homólogos de Antioquia, las cuales realizó desde los meses de junio y julio de los corrientes, respectivamente.

En la contestación de la acción, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín demostró que mediante auto del 24 de julio hogaño⁹ dispuso la remisión del expediente de DIEGO FERNANDO PINILLA JUNCO a los homólogos de Antioquia, con la siguiente anotación: *“con solicitud de prisión domiciliaria pendiente de resolver”*, envió que se ejecutaría por intermedio del centro de servicios de esos Juzgados.

El Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia, no realizó pronunciamiento alguno en esta sede; sin embargo, al verificar el sistema de consulta de la pagina de la Rama Judicial, se logró constatar anotaciones del 10 de agosto de 2023 del siguiente tenor: *“Se remite por competencia parte Electrónica de expediente HIBRIDO del ciudadano DIEGO FERNANDO PINILLA JUNCO a los homólogos de ANTIOQUIA. Se informa al área correspondiente para el envío de la parte física. Maria Teresa Pino B.”* y *“Se da cumplimiento a la orden del despacho de fecha 10/08/2023 que dispuso remitir el expediente HIBRIDO - DIGITALIZADO de DIEGO FERNANDO PINILLA JUNCO por competencia a los juzgados homólogos de ANTIOQUIA; (SE REMITE PARTE FISICA 1C) Maria Teresa P.”*.

Con la contestación emitida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, se constató que el 11 de agosto de 2023 ese despacho recibió por reparto el aludido expediente con solicitud de prisión

⁹ PDF 009, folio 003.

domiciliaria pendiente de resolver, del cual avocó conocimiento el 17 de agosto hogano; sin embargo, anotó que la solicitud de prisión domiciliaria se encontraba en turno para resolver, ya que las peticiones son evacuadas atendiendo el orden cronológico de llegada a ese despacho.

Así, se evidencia que se encuentra satisfecha la pretensión de traslado del expediente de DIEGO FERNANDO PINILLA JUNCO del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín a los homólogos de Antioquia, en esa medida, frente a dicha reclamación se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado.

Frente al otro pedimento, encuentra la Sala que, si bien se verifica una mora en la resolución de la petición incoada por el actor consistente en *“solicitud de prisión domiciliaria”*, por cuanto el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín contaba con 10 días hábiles para proferir la decisión¹⁰, también lo es que, actualmente el asunto no está bajo su competencia, pues dispuso su remisión a los homólogos de Antioquia.

Y aunque el Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia también tardó en remitir el proceso a los referidos despachos, se tiene que el asunto actualmente está en cabeza del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia a quien no se le puede atribuir el retraso en la resolución de la *“solicitud de prisión domiciliaria”*, en tanto recientemente avocó conocimiento y aún se encuentra en término para resolverla.

Con todo, se exhortará al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para que de trámite preferente a la petición de prisión domiciliaria incoada por el actor.

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,

¹⁰ Artículo 168. (Ley 600 de 2000) Término para adoptar decisión. Salvo disposición en contrario, el funcionario dispondrá hasta de tres (3) días hábiles para proferir las providencias de sustanciación y hasta de diez (10) días hábiles para las interlocutorias

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR improcedente la tutela al derecho fundamental al debido proceso invocado por DIEGO FERNANDO PINILLA JUNCO en lo que respecta al traslado de su expediente del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín a los homólogos de Antioquia, por presentarse el fenómeno jurídico del hecho superado.

SEGUNDO: NEGAR la tutela al derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia pretendida por el señor DIEGO FERNANDO PINILLA JUNCO frente a la resolución de prisión domiciliaria.

TERCERO: EXHORTAR al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para que de trámite preferente a la petición de prisión domiciliaria incoada por DIEGO FERNANDO PINILLA JUNCO.

CUARTO: 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: **66483d5bf7d373b90f22e1c752b7489e91469602718db5d45b255b107f9626b4**

Documento generado en 23/08/2023 05:30:52 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, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicado CUI	05 361 60 00337 2015 80028-01
Radicado Interno	2021-0522-3
Delito	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado
Procesado	ELIAS CUADROS ZAPATA

De conformidad con la constancia que precede y con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VEINTIOCHO (28) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS TRES DE LA TARDE (3:00 P.M.)**.

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

CÚMPLASE

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

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

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

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

N° Interno : 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante : Guillermo Antonio Zapata
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito de
Rionegro
Decisión : Niega

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 291

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano GUILLERMO ANTONIO ZAPATA, contra el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la petición, personalidad, a la honra, al trabajo, al debido proceso y al habeas corpus.

ANTECEDENTES

Manifiesta el señor GUILLERMO ANTONIO ZAPATA que, desde el día 24 de mayo de 2023 radicó derecho de petición ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro pero que,

N° Interno 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante Guillermo Antonio Zapata
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de
Rionegro
Decisión Niega

a la fecha de interponer la presente acción de tutela no había recibido respuesta.

Esbozó que, fue condenado injustamente y, en razón de ello, requirió al titular del Despacho antes mencionado para que, procediera a verificar los videos de unas cámaras de seguridad a través de los cuales se puede constatar que no fue él quien le causó la muerte al señor Nezar Orbey López Higueta.

Indica que, en esa solicitud adicionalmente cuestionó al titular del Despacho sobre la interpretación brindada a los resultados de la prueba de balística y, la credibilidad que merece el testigo que lo incriminó en esos hechos.

En razón a las múltiples inconsistencias que detalló en el derecho de petición estima que, en su contra se cometió una grave injusticia violentándose con ese actuar sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al trabajo, al debido proceso, al habeas corpus y a la petición.

Solicita que, por medio de un fallo de tutela se impartan todas las ordenes a las que hubiere lugar con miras a salvaguardar sus garantías constitucionales.

El titular del **Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro** indicó que, efectivamente el 06 de junio de 2023 recibió un oficio por parte del accionante, a través de la cual solicitaba el análisis de unos supuestos videos de cámaras y de una declaración, elementos que no fueron ingresados al juicio oral

N° Interno 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante Guillermo Antonio Zapata
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de
Rionegro
Decisión Niega

llevado a cabo dentro del proceso penal seguido en su contra por los delitos de Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones Agravado.

En razón a ello, a través de oficio 505 del 4 de agosto de 2023, dio respuesta al derecho de petición elevado informándole que, no le estaba permitido valorar elementos que, no hubieran sido incorporados a la audiencia pública, además le recordó que, en audiencia del 27 de abril de esta anualidad, había dado finalización al juicio oral y luego de los alegatos de clausura había dictado sentencia condenatoria en contra suya y de otro coacusado lo que le impedía realizar otra valoración adicional.

El señor Guillermo Antonio estuvo presente en todas las audiencias llevadas a cabo, a través de conexión por videoconferencia desde el establecimiento carcelario donde se encuentra recluso y en todo momento estuvo representado por un abogado de confianza, quien ejerció de manera activa la defensa técnica y practicó pruebas en juicio a fin de controvertir las allegadas por la fiscalía.

Refirió que, frente a la sentencia de condena se interpuso recurso de apelación por parte de los defensores de ambos procesados pero que, luego de surtido el traslado de recurrentes, la defensa del accionante no lo sustentó y, por su parte, la del coacusado desistió del recurso.

Estima que, dio respuesta efectiva al derecho de petición elevado por el señor Guillermo Antonio Zapata, respuesta

N° Interno 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante Guillermo Antonio Zapata
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión Niega

que le fue debidamente notificada al interesado y que no ha incurrido en alguna vulneración a otros derechos fundamentales pues la decisión adoptada se realizó con apego a la norma procesal y a la constitución.

Conforme con lo anterior, solicita se declare improcedente la acción de tutela interpuesta.

El Fiscal 089 Seccional de Rionegro indicó que, está claro que se dio cumplimiento y respuesta oportuna al derecho de petición, pues el Despacho accionado le explicó plenamente la imposibilidad que tiene de reabrir un caso donde ya existe sentencia condenatoria ejecutoriada.

Indicó adicionalmente que, si bien el accionante mencionó la vulneración de los artículos 23, 16, 21, 25, 28, 29 de la Constitución Nacional, no presentó ninguna argumentación para considerar la violación razón por la cual no se amerita un pronunciamiento judicial sobre esos aspectos.

Solicitó se niegue la solicitud de amparo constitucional.

Pese a estar debidamente enterados del trámite constitucional, no se recibió pronunciamiento por parte de la Defensa ni del delegado del ministerio público que, intervinieron en esas diligencias penales.

N° Interno 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante Guillermo Antonio Zapata
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión Niega

CONSIDERACIONES

En este evento, corresponde a la Sala determinar, en primera instancia si, en efecto se encuentran conculcadas las garantías fundamentales invocadas por el sentenciado GUILLERMO ANTONIO ZAPATA al no haberse resuelto el derecho de petición incoado ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro.

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

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

En el escrito de amparo constitucional, GUILLERMO ANTONIO ZAPATA, afirma que el 06 de junio de 2023 radicó derecho de petición ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro a través del cual requería el análisis de varios elementos probatorios que, en su sentir demostrarían que, él no fue participe en el delito de homicidio por el cual resultó condenado.

N° Interno 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante Guillermo Antonio Zapata
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión Niega

Sin embargo, su pretensión se encontró satisfecha durante el trámite constitucional, pues tal y como lo manifestó el titular del Juzgado accionado, mediante oficio 505 del 04 de agosto de 2023 respondió su pedido de la siguiente manera:

“Por medio del presente, luego de leer la petición elevada por usted a este despacho, a través de la cual solicita a este titular el análisis de unos supuestos videos de cámaras y de una declaración, que, como usted mismo admite, no fueron ingresados al juicio oral, es necesario manifestarle que, al juez solo le está dado el análisis de pruebas practicadas en el juicio oral, pues el sistema penal acusatorio que rige la ley 906 de 2004 no permite al funcionario judicial practicar pruebas de oficio.

Debe señalar este funcionario que, el proceso penal de la referencia, surtido en su contra, se llevó a cabo bajo todas las etapas que establece la ley procesal, agotándose todos y cada uno de los actos procesales requeridos, mismos que culminaron con la practica probatoria en juicio y la emisión de una sentencia condenatoria en su contra. Es de anotar que, usted como procesado estuvo presente en todas las audiencias llevadas a cabo, a través de conexión por videoconferencia desde el establecimiento carcelario donde se encuentra recluso y en todo momento estuvo representado por un abogado de confianza, quien ejerció de manera activa la defensa técnica y practicó pruebas en juicio a fin de controvertir las pruebas traídas por la fiscalía.

Conforme lo anterior y emitida una sentencia condenatoria en su contra, este funcionario judicial agotó su competencia como juez de conocimiento de primera instancia, siendo completamente improcedente hacer cualquier consideración fuera de las ya establecidas en la sentencia condenatoria proferida en su contra...”

Esa contestación fue remitida al correo electrónico del establecimiento carcelario donde se encuentra privado de la libertad, esto es, juridica.epcpuertotriunfo@inpec.gov.co.

La respuesta fue puesta en conocimiento del solicitante pues el Dragoneante Marco Villareal Argüello, Secretario Jurídico del Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Puerto Triunfo regresó el correo electrónico el día 08 de agosto de 2023 a

N° Interno 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante Guillermo Antonio Zapata
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de
Rionegro
Decisión Niega

la 10:58 horas con la respectiva constancia de notificación personal al interno.

Se tiene entonces que, con la respuesta ofrecida, el Juzgado de conocimiento resolvió las pretensiones del accionante pues le señaló los motivos por los cuales no resultaba viable valorar pruebas que no habían sido practicadas en sede de juicio oral.

Bajo ese escenario, en el marco del trámite de la acción de tutela, el Despacho accionado allegó constancia de la providencia emitida y de su remisión al penal donde está privado de la libertad el accionante, quedando claro que, en relación con el derecho fundamental de petición, se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado.

Según la interpretación que le ha otorgado la H. Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el hecho superado ocurre cuando *“entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que **por razones ajenas a la intervención del juez constitucional**, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”*¹.

La presente acción de tutela fue radicada el 04 de agosto de 2023 y en esa misma fecha el despacho accionado remitió oficio a través del cual le daba repuesta a los planeamientos

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

N° Interno 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante Guillermo Antonio Zapata
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión Niega

esbozados en su escrito siendo notificada antes del 08 de agosto de 2023, terminando así cualquier vulneración de sus derechos.

Debe recordarse que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado que una respuesta es suficiente cuando resuelve materialmente la petición y satisface los requerimientos del solicitante, sin perjuicio de que la misma sea negativa a las pretensiones del peticionario; es efectiva si la respuesta soluciona el caso que se plantea; y es congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución verse sobre lo pedido y no sobre un tema semejante, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta.

Al verificar el oficio entregado al solicitante, encuentra la Sala que, él mismo cumple con los lineamientos antes mencionados pues emitió un pronunciamiento de fondo, indicándole al sentenciado que, las pruebas sobre las cuales requiere una valoración ni siquiera fueron objeto de debate en el marco del juicio oral.

Adicionalmente le refirió que, la improcedencia de su petición también se derivaba de la etapa del proceso pues ya se había emitido sentencia y, la misma estaba ejecutoriada.

Se resolvió de fondo y de forma congruente su requerimiento cumpliéndose de esta manera con los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional en Sentencia T-682/17.

N° Interno 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante Guillermo Antonio Zapata
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión Niega

Así las cosas, frente al derecho fundamental de petición se declarará que estamos en el presente trámite constitucional frente a la configuración de un hecho superado y, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la parte interesada, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

Finalmente, debe recordarse que, en su solicitud de amparo constitucional el accionante requirió que, por medio de esta acción constitucional se emitieran las ordenes que se estimaran necesarias para salvaguardar sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al trabajo, al debido proceso y al habeas corpus, pues en su criterio la sentencia de condena es injusta y no se compadece con la realidad de lo sucedido.

Sobre ese aspecto debe recordarse que, el artículo 86, inciso 3°, de la Constitución Política, le asigna un carácter subsidiario a la acción de tutela al precisar que solo es procedente cuando no se disponga de otros medios de defensa judicial. Al respecto la norma en cita establece:

“Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...).

(Subrayas al margen del texto).

N° Interno 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante Guillermo Antonio Zapata
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión Niega

Bajo ese escenario la Corte Constitucional ha especificado que, debido al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, solamente es posible acudir a ella en ausencia de otro medio de defensa judicial, toda vez que el amparo no puede sustituir los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento legal.

Debe recordarse que, en el caso en concreto, la sentencia que se cuestiona ya se encuentra en firme razón por la cual, es posible que, el accionante acuda al recurso extraordinario de revisión, como excepción al principio de cosa juzgada propio de las sentencias ejecutoriadas, pues a través de este se permite enmendar los errores o irregularidades cometidas en determinada providencia, para que en aplicación de la justicia material, se profiera una nueva decisión que resulte acorde al ordenamiento jurídico²

Es así como el legislador ha previsto el recurso de revisión para los procesos adelantados en el área penal, como medio extraordinario para cuestionar la validez de las sentencias ejecutoriadas, cuando sea evidente que en ellas se cometieron errores o ilicitudes que hacen de la providencia un pronunciamiento contrario a derecho.

Teniendo en cuenta que, el señor Guillermo Antonio requiere que se analice el material probatorio con el fin de que se logre modificar el criterio del Ad quo y se emita en su favor un fallo absolutorio se hace necesario que, acuda a la vía ordinaria

² Ver, entre otras, las sentencias C-418 de 1994, C-372 de 1997, C-090 de 1998, C-269 de 1998, C-680 de 1998 y C-252 de 2001, SU-858 de 2001, C-207 de 2003, T-1013 de 2001, T-1031 de 2001, T-086 de 2007, T-825 de 2007, T-584 de 2008, C-520 de 2009 y T-649 de 2011.

N° Interno 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante Guillermo Antonio Zapata
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión Niega

por medio de la acción de revisión pues ésta se constituye en el mecanismo idóneo para obtener un pronunciamiento de fondo sobre su participación en el ilícito.

Bajo ese escenario resulta improcedente la acción de tutela en procura de la protección de los demás derechos invocados, máxime que no se observa la conculcación de un perjuicio irremediable pues, su privación de la libertad obedece a una orden judicial que, actualmente se encuentra ejecutoriada y goza presunción de acierto y legalidad.

Luego, no puede acudir a este excepcionalísimo medio de defensa para reemplazar los procedimientos ordinarios, cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes.

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR LA TUTELA solicitada por Guillermo Antonio Zapata frente al derecho fundamental de petición y debido proceso, al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

N° Interno 2023-1429-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado 05000-22-04-000-2023-00450
Accionante Guillermo Antonio Zapata
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de
Rionegro
Decisión Niega

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE LA TUTELA solicitada por Guillermo Antonio Zapata frente al derecho fundamental a personalidad, a la honra, al trabajo, al debido proceso y al habeas corpus al no acreditarse el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

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

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

(En permiso justificado)

Firmado Por:

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: **b3343fd468412d0c47083bd939bd28114ef5ba3f71378078bcea5996702817f2**

Documento generado en 23/08/2023 05:33:05 PM

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

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

Medellín, veintitres (23) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-1446-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00456
Accionante : Guillermo González
Accionado : Juzgado Primero de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Apartadó
Decisión : Niega

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 292

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano GUILLERMO GONZÁLEZ, contra el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la petición y debido proceso.

ANTECEDENTES

Manifiesta el señor GUILLERMO GONZÁLEZ que fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia a la pena de 210 meses de prisión por

N° Interno 2023-1446-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00456
Accionante Guillermo González
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Apartadó
Decisión Niega

los delitos de homicidio agravado tentado, tráfico, fabricación o porte de armas y concierto para delinquir.

Indica que, se le han generado en su favor varios certificados donde constan las horas que ha laborado con miras a disminuir su tiempo de privación de la libertad pero que, a pesar de haber solicitado en múltiples oportunidades al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó y al Establecimiento Carcelario Villa Inés de ese mismo municipio la redención de las mismas, ello no ha sido posible, vulnerándose de esta manera sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 4, 5, 13, 14, 15, 18, 20, 21 y 43.

Solicita el amparo a sus garantías disponiéndose la redención del certificado N° 18215947 correspondiente a 1.854 horas de estudio, mismas que consisten en las actividades de estudio desempeñadas entre enero de 2020 a junio de 2021 que en su conocimiento corresponden a 154.06 días.

También solicita se lleve a cabo la redención de enero a marzo de 2022 correspondiente a 30 días y 60 días de redención correspondiente de enero a junio de 2023.

El asesor jurídico del **Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Apartadó** indicó que, en estos meses del año 2023, no reposa ninguna solicitud sobre la redención de pena por parte del accionante, desconocen la petición por la cual se está instaurando la acción de tutela y la misma ni siquiera se anexa a la demanda constitucional.

N° Interno 2023-1446-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00456
Accionante Guillermo González
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Apartadó
Decisión Niega

Conforme con ello, el 11 de agosto de 2023, se le notificó al interno que no reposa ninguna solicitud en ese sentido y que, una vez la instaure estarán prestos a resolver lo correspondiente.

Solicita se declare improcedente la acción de tutela pues pretende dirimir ese asunto a través de la vía constitucional sin ni siquiera haber elevado la petición en los términos de la ley 1755 de 2015.

La titular del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó** indicó que, mediante auto 845 del 4 de agosto pasado se avocó conocimiento de la actuación y a través de los autos 846 y 847 de la misma fecha, se resolvió la solicitud de redención de pena que había sido presentada el 17 de febrero de 2023, cuando la vigilancia de la pena aún se encontraba a cargo del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

El cómputo que se redimió es el N° 18734166 que corresponde al periodo laborado entre el 01/10/2022 y 31/12/2022.

Ahora, en cuanto a la queja elevada por Guillermo González, verificado el expediente no observa que el sentenciado haya realizado alguna solicitud de redención de pena ante esta Dependencia Judicial; además, las que radicó el CPMS Apartadó, específicamente cinco desde el momento en que el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia asumió el conocimiento de la actuación, todas y cada una han sido

N° Interno	2023-1446-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00456
Accionante	Guillermo González
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó
Decisión	Niega

contestadas.

El certificado TEE que aporta el accionante junto con su escrito de tutela no ha sido allegado para efectos de redención; en consecuencia, no puede predicarse vulneración alguna a sus derechos fundamentales por parte de ese Despacho.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

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.

2. Del caso en concreto

Sea lo primero señalar que, en punto al deber de resolver de fondo las peticiones incoadas, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que ésta corresponde a la obligación que tienen las autoridades y particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas y para que no se vulnere el derecho fundamental de petición la respuesta debe ser clara, precisa, congruente es decir conforme con lo solicitado y si la respuesta resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”¹.

Adicionalmente, cuando las peticiones se tramitan ante autoridades judiciales, debe analizarse la posible vulneración del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, pues, el alto tribunal constitucional ha mencionado que:

Este derecho, tiene relación directa con el derecho de petición (artículo 23 C.P.), toda vez que esta garantía fundamental refiere a la posibilidad de las personas de elevar peticiones respetuosas ante las autoridades, las cuales deben ser resueltas de manera pronta y oportuna. Al respecto, debe entenderse que dentro de autoridades también se encuentran inmersos los jueces, quienes están obligados a resolver las solicitudes de los peticionarios, en los términos que prescriben la Ley y la Constitución para tal efecto.

No obstante, es de señalar que cuando una persona presenta peticiones frente a los jueces de la República, y su objeto recae sobre los procesos que este funcionario judicial adelanta, el alcance del derecho de petición se encuentra limitado por las formas propias del proceso respectivo. Razón por la cual, aquellas peticiones que refieran a aspectos propios de la Litis están sujetas a los términos y las etapas procesales previstos para el efecto, de manera tal que nos encontramos en presencia del derecho al acceso a la administración de justicia.²

¹ Cita de la Corte Constitucional Sentencia T-610 de 2008.

² Corte Constitucional. Sentencia T-267 de 2017.

N° Interno	2023-1446-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00456
Accionante	Guillermo González
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó
Decisión	Niega

De las pretensiones elevadas y de los anexos allegados, se puede concluir que, el reparo del libelista va dirigido a que, el Centro Carcelario y Penitenciario de Apartadó y el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó han omitido su deber legal de resolver sus peticiones de redención de cómputos correspondientes a los meses de enero de 2020 a junio de 2021, de enero de 2022 a marzo de 2022 y de enero de 2023 a junio de 2023.

Sobre ese ese aspecto el asesor jurídico del Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Apartadó indicó que, no tenían alguna petición de computo pendiente por resolver del privado de la libertad e inclusive a través de oficio del 11 de agosto de 2023 le puso de presente al accionante esa situación.

Esa postura también fue reiterada por parte de la titular del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó quien en el marco de su contestación indicó que, la última petición había sido allegada ante el juzgado que vigilaba su condena en el mes de febrero de 2023 y, en el marco de la acción de tutela procedió con su trámite.

Efectivamente al revisar la solicitud de redención de cómputos radicada en esa pretérita oportunidad se observa que, correspondía al periodo comprendido entre 01 de octubre de 2022 al 31 de diciembre de 2022, es decir a espacios temporales diferentes a los que hoy se reclaman vía constitucional.

N° Interno 2023-1446-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00456
Accionante Guillermo González
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Apartadó
Decisión Niega

Aunado a ello, al revisar la solicitud de amparo constitucional no se evidencia algún derecho de petición elevado a las autoridades accionadas con la finalidad de obtener la redención de los cómputos correspondientes a los periodos que hoy reclama, pues, sólo se aportó un certificado expedido por el penal sin constancia de recibido.

Véase que, no aportó ningún elemento de prueba que, permita establecer que, efectivamente el establecimiento de penitenciario y, el despacho ejecutor tenían conocimiento de sus peticiones y así lo refirieron en sus respectivas respuestas, a través de la cuales, los accionados fueron claros al advertir que no tienen solicitudes pendientes por tramitar.

Así las cosas, el accionante no logró acreditar que, los memoriales que, manifiesta haber elaborado hayan ingresado a la órbita de conocimiento de los accionados y, conforme con ello, no puede predicarse, respecto de ese tópico alguna vulneración a derechos fundamentales.

Bajo ese escenario, la pretensión no está llamada a prosperar pues, no se evidencia que, ese requerimiento haya sido elevado dentro del trámite procesal ordinario, razón por la cual, realizar un pronunciamiento en ese sentido, sería desbordar la naturaleza de este mecanismo constitucional.

Bueno es precisar que mientras un proceso esté en curso, cualquier solicitud de protección de derechos y garantías fundamentales debe hacerse exclusivamente en ese escenario,

porque de lo contrario todas las decisiones provisionales que se tomen en el transcurso de la actuación ordinaria, estarían siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno a ella, como si se tratara de una instancia superior adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales.

En sentencia T-335 de 2018, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional señaló:

«3.1.4.1. La acción de tutela es improcedente cuando se instaura contra procesos judiciales en curso.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que, cuando el proceso aún se encuentra en trámite, la intervención del juez constitucional está vedada toda vez que la acción de tutela no constituye -salvo que se esté ante la posible configuración de un perjuicio irremediable- un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario. Incluso, cuando los procesos han culminado, se deben interponer y agotar los medios de defensa (i.e. recursos) que se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico.»

Luego, no puede acudirse a este excepcionalísimo medio de defensa con miras a que se ordene la redención de unos computos sin que, previamente se hubiere elevado ese requerimiento ante las autoridades judiciales es decir, no resulta viable reemplazar los procedimientos ordinarios, cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes y, en ese caso el accionante debe acudir al área de jurídica del establecimiento carcelario para que, por intermedio de ésta se alleguen al despacho executor los certificados que pretende redimir.

N° Interno 2023-1446-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00456
Accionante Guillermo González
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Apartadó
Decisión Niega

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR el amparo constitucional deprecado por el señor GUILLERMO GONZÁLEZ, ello de conformidad con la parte motiva de la providencia.

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

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
(En permiso justificado)

Firmado Por:

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: **cfc04f2a22b219a4e0db717f8979a2eefe9e59e8ac570ed7715302bbfdb34faf**

Documento generado en 23/08/2023 05:33:14 PM

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

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

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

N° Interno : 2023-1440-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00452
Accionante : Santiago Bolívar Escobar
Accionado : Juzgado Segundo Promiscuo
municipal de Ciudad Bolívar
Decisión : Niega

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 292

M.P. ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano SANTIAGO BOLÍVAR ESCOBAR, contra el JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL DE CIUDAD BOLÍVAR, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y libertad.

ANTECEDENTES

Manifiesta el señor SANTIAGO BOLÍVAR ESCOBAR que, el 20 de julio de 2023 fue capturado por agentes de la policía en el municipio de Ciudad Bolívar, en ese momento no se hizo lectura de sus derechos ni tampoco recibió un buen trato por parte

de los agentes de policía pues sin mediar palabra, sin orden judicial y sin hallarse en su poder algún tipo de ilícito fue aprehendido.

Refiere que, en ese momento efectivamente se opuso a su captura pero que, su resistencia se debió justamente a la arbitrariedad de los uniformados quienes se extralimitaron en sus funciones, en razón de ello recibió lesiones en su cuerpo, fue golpeado y asfixiado.

Indica que su señora madre grabó ese momento y en el registro fílmico se puede evidenciar la forma irregular en la cual sus captores procedieron, aunado a ello asegura que, de haber sido hallado en poder de algún elemento ilegal allí se hubiere evidenciado.

La golpiza que recibió en el “comando fue temerosa” pues su cuello quedó con hematomas, solicitó por intermedio de su progenitora atención médica a través de la fiscalía y la personería, pero la misma no le fue otorgada.

Refiere que por estos hechos ya interpuso habeas corpus, pero el mismo fue negado al no haberse evidenciado vulneración a derechos, situación que según él, no es acorde con la realidad pues, las respuestas emitidas por las accionadas en esa oportunidad fueron mendaces al punto que, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar referenció que su privación de la libertad obedecía a la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de armas, cuando las diligencias se tramitaron por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Solicita que, por medio de un fallo de tutela se ordene su valoración por medicina legal para que, se compruebe que, realmente fue golpeado y se analice el video que aporta con el fin de que se evidencie su inocencia y sea puesto en libertad.

El titular del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar, indicó que, efectivamente, el pasado 21 de julio de 2023, en virtud de la solicitud que elevara el señor Fiscal 088 Local, programó la realización de audiencias preliminares dentro de la investigación con CUI 05 101 60 00330 2023 00130, adelantada en contra del accionante por la presunta comisión de la conducta punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

Las audiencias primigenias, se llevaron a cabo dentro del marco legal; esto es, dentro de los parámetros establecidos por la ley 906 de 2004 y los postulados de la Carta Política y de ello dan cuenta los mismos argumentos presentados en el desarrollo de cada una de las diligencias a las que se hace alusión.

Solicita se declare improcedente la acción constitucional, por cuanto la Ley procesal penal incluye mecanismos idóneos para implorar lo que hoy se pide por acción de tutela, como son la sustitución de detención preventiva de que trata el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal y la revocatoria de la medida de aseguramiento regulada en el artículo 318 Ibídem.

Además, si considera el accionante que está ilegalmente detenido preventivamente y que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el apalancamiento de su solicitud.

Finalmente, estima que la inconformidad presentada, no es más que un capricho para pretender derrumbar una medida de aseguramiento que se impuso con cimiento en principios constitucionales y legales, aunado a que el accionante, intenta tomar un trámite constitucional como otra instancia a una decisión judicial que ya se encuentra ejecutoriada.

La Jefe Oficina de Asuntos Jurídicos DEANT indicó que, el accionante se encuentra recluido en la Sala Temporal de Personas Privadas de la Libertad ubicada en la Alcaldía Municipal desde el día 20 de Julio del 2023 con medida de aseguramiento vigente al haber sido capturado en situación de flagrancia a las 18:10 del 20/07/2023 en la Carrera 48 con calle 54 Barrio San Judas del municipio de Ciudad Bolívar por el delito de Tráfico Fabricación y Porte de Estupefacientes.

Aseguró que los agentes de policía llevaron a cabo el procedimiento a través de la modalidad de captura en flagrancia, en el entendido que, al momento de realizar actividades de prevención y control en la jurisdicción del precitado municipio, al accionante se le impartió una orden de Policía de acuerdo al artículo 150 de la ley 1801 de 2016 en concordancia con los artículos 157, 159 de la ley ibídem.

Fue puesto a disposición de la Fiscalía 88 Local y

dicha entidad realizó la verificación de derechos de capturado y acta de buen trato.

No es veraz que el ciudadano en calidad de capturado manifieste que no se le respeto su debido proceso con relación a la lectura, conocimiento y materialización de sus garantías, toda vez que en el acta de derechos de capturado FPJ-6 se puede evidenciar a puño y letra la firma del señor Bolívar Escobar lo cual da fe, de que el procedimiento de los uniformados siempre fue ajustado a la normatividad vigente.

Ahora bien, con relación a la manifestación en el escrito de tutela que a letra dice (...) *los policías los golpearon, ultrajaron, asfixiaron y se le subieron encima (...)*; indicó que, los miembros de la Policía Nacional dentro de su misionalidad constitucional y facultados por el legislador en la ley 1801 de 2016 hicieron uso de la fuerza, en el entendido que el ciudadano al ser notificado del motivo de su captura se tornó agresivo, tratando de evitar que se llevara a cabo el procedimiento, para evadir la justicia por sus actos ilícitos.

Adicionalmente, el accionante dentro de las garantías constitucionales y legales fue visitado por la señora Personera Municipal para verificar su estado físico y de salud, donde al indagarlo declaró que no era necesario ser trasladado al Hospital local, pues ya que se encontraba bien de salud.

Indicó que, de haberse vulnerado el debido proceso, la fiscalía general hubiera procedido a dejarlo en libertad

y a generar la compulsas de copias a los uniformados por su mal proceder.

Solicita que se denieguen las pretensiones por no haberse vulnerado derechos fundamentales.

El Fiscal 088 Local de Ciudad Bolívar indicó que, el accionante fue capturado el día 20 de julio de 2023, portando 340 bolsas pequeñas transparentes con sello hermético las cuales contenía en su interior sustancia que arrojó positivo para cocaína y sus derivados, dinero en efectivo en billetes de diferentes denominaciones y un fragmento de papel con anotaciones alusivas a la comercialización de estas sustancias.

Aseguró que, él mismo, de forma telefónica entabló comunicación con el encausado quien le manifestó que, los agentes de policía efectivamente le pusieron de presente sus derechos y que, no tenía observación alguna; adicionalmente obra acta suscita por él (el Fiscal 088) que permite afirmar que, el procedimiento se llevó conforme a derecho.

La fuerza utilizada por los agentes captadores fue moderada y la misma se encontraba justificada en razón a la resistencia del judicializado.

Se llevaron a cabo las audiencias preliminares y, el señor Juez Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar accedió a imponer medida de aseguramiento intramuros en contra del citado, lo anterior teniendo en cuenta que, de los elementos

materiales probatorios se podía inferir razonablemente su autoría en la conducta punible contenida en el art. 376 del Código Penal, decisión frente a la cual no se interpusieron recursos.

Concluyó señalando que no se había incurrido en vulneración a derechos fundamentales y, conforme con ello, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción constitucional.

Sus argumentos fueron retomados por la **Fiscal 09 Seccional de Ciudad Bolívar** quien adicionalmente indicó que, la carpeta fue allegada a su Despacho el día 24 de julio pasado, y se encuentra pendiente para presentar escrito de acusación.

Solicita se decrete improcedente la acción, toda vez que el proceso adelantado ha estado revestido de legalidad.

La **Personera de Ciudad Bolívar** indicó que, ha atendido a la señora Beatriz Eugenia Escobar, madre del accionante y así se registra en el control de atenciones y actividades que se lleva en el Despacho en donde se encuentran las fechas de los acompañamientos, tramites impartidos y asesorías brindadas frente a los hechos expuestos en la demanda constitucional.

Aseguró que, no es cierto que, al momento de su captura no se le hayan leído sus derechos de capturado toda vez que en la carpeta aparece dicho formato con su firma y huella, al igual que en la constancia de buen trato verificado de manera personal por su parte en visita de control preventivo a la Estación

de Policía.

Contrario a lo manifestado en el escrito de amparo constitucional, el Despacho que preside sí atendió el llamado de su progenitora y es por ello que el día 25 de julio de 2023, se entrevistó con el accionante a quien le tomó fotografías de las presuntas lesiones que recibió, se observaron rasguños superficiales y, en razón a ello no consideró necesario remitirlo a valoración con médico ilegal pues ponderó las supuestas lesiones con los riesgos que implica su traslado y estimó no se hacía necesaria la atención médica.

No es cierto que no haya atendido a la progenitora del procesado pues ella acudió a la oficina el 24 de julio y el 25 de julio de la misma anualidad programó la visita al centro de privación de la libertad. Expresó que actualmente se encuentran a la espera de que la señora Beatriz Escoba vuelva acudir a este Despacho o a comunicarse vía WhatsApp para recepcionarle la queja, eso sí dejando claro que es ella la que se debe acogerse a la agenda del Despacho pues, se le han dado varias fechas y ninguna le ha resultado viable.

Solicita la desvinculación de la presente acción; toda vez que, se han realizado las actuaciones conforme a las competencias de ley.

Finalmente, el **abogado defensor** del accionante indicó que, en actos urgentes de la policía Ciudad Bolívar-Antioquia, reposaba acta de notificación de derechos del capturado

y no se observó anotación marginal, donde plasmara los golpes u otras situaciones ocurridos con los agentes captores.

Adicionalmente en la conversación sostenida y, en el vídeo de las audiencias de control de garantías, no se menciona o se visualiza las secuelas o morados que le ocasionaron.

Considera que no hubo vulneración a derechos fundamentales en el procedimiento de aprehensión pues el mismo accionante admite resistencia a la captura y hubo uso de la fuerza para reducirlo o esposarlo.

Informa que, el video que se allega a este trámite constitucional no era conocido en esa instancia procesal y que, al no cumplir requisitos objetivos y subjetivos y, de cara a prohibición legal del artículo 68 A de la ley 599 de 2000 no tenía argumentos para oponerse a la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, aunado a ello, no había prueba sumaria para demostrar circunstancias excepcionalísimas como la enfermedad física o mental incompatible con vida en centro de reclusión formal o padre cabeza de familia con hijo menor de edad desprotegido por la progenitora.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u

omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de manera expresa en la ley, *siempre que no exista otro medio de defensa judicial* o, existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar *un perjuicio de carácter irremediable*.

En el asunto que nos convoca, SANTIAGO BOLÍVAR ESCOBAR puso de presente varios asuntos, el primero de ellos corresponde al presunto actuar irregular en el cual incurrieron los agentes de policía al momento de proceder con su captura, pues no estaba portando ningún elemento ilícito y a pesar de ello, los uniformados lo aprehendieron asfixiaron y golpearon.

Señaló que, la actuación del Juez que tramitó las diligencias preliminares fue irregular; proclamó su inocencia en varias oportunidades y en virtud de ello, solicitó que en el trámite de tutela se dispusiera su libertad inmediata.

Frente a este primer aspecto debe indicarse que, los reclamos del accionante no tienen vocación de prosperar, pues la demanda no cumple con la *subsidiariedad* como requisito general de procedencia de la acción de tutela.

Recuérdese que, el **titular del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar**, indicó que, efectivamente en razón al procedimiento realizado frente al accionante, el pasado 21 de julio de 2023 se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura dentro de la investigación con CUI 05 101 60 00330 2023 00130 por la haber sido sorprendido,

presuntamente durante la comisión de la conducta punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes

En ese momento procesal el encausado a través de su apoderado judicial puso en conocimiento de la Judicatura el abuso que, en su criterio tuvieron los agentes de policía, pero tal y como lo anunció su abogado defensor, no tenía en su cuerpo marcas que permitieran acreditar que, hubo un exceso en la fuerza razón por la cual, no hubo oposición al pedido del ente fiscal.

La Judicatura analizó todos los elementos entregados por el acusador incluyendo el acta de derechos del capturado y, al estar suscrita con firma y huella del accionante sin notas marginales, concluyó que, el procedimiento se llevó a cabo respetando sus garantías fundamentales, razón por la cual le impartió legalidad.

Frente a esa determinación no se presentaron recursos por lo que, se continuó con el segundo objeto jurídico convocado esto es, la audiencia de formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento en establecimiento carcelario a la cual, se accedió por parte del Despacho sin que se motivaran los recursos de ley.

De manera reiterada, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la posibilidad de controvertir las decisiones judiciales a través del ejercicio de la acción de tutela, precisando que, en esos casos, el amparo es de alcance excepcional y restringido, en el sentido que solo tiene lugar cuando

pueda establecerse claramente una actuación del juzgador manifiestamente incompatible con la Constitución y violatoria de derechos fundamentales, en especial, de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, sin que sea factible entender que la tutela, en sí misma, constituya un juicio de corrección de los asuntos ya definidos por la autoridad competente.¹

Así las cosas, si bien las decisiones de los jueces pueden ser refutadas vía tutela, tal posibilidad es estrictamente excepcional atendiendo a que las decisiones dan tránsito a cosa juzgada y debe respetarse la autonomía e independencia judicial, así como la seguridad jurídica, máxime teniendo en cuenta el carácter supletorio de la acción, motivo por el cual la Corte Constitucional, limitó la procedencia de tutela al cumplimiento de ciertos requisitos de procedibilidad, discriminados como (i) generales, de naturaleza procesal, los cuales habilitan la interposición de la tutela y *“cuyo completo cumplimiento es una condición indispensable para que el juez de tutela pueda entrar a valorar de fondo el asunto puesto en su conocimiento”*², y otros de carácter (ii) específico, de naturaleza sustantiva y se refieren a la procedencia del amparo, una vez interpuesto, esto es *“los vicios o defectos presentes en la decisión judicial y que constituyen la causa de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales”*³; línea jurisprudencial⁴ decantada desde antaño por la Corte Constitucional y que fue reiterada en Sentencia SU 215 de 2022, a través de la cual se exige al juez de tutela, verificar:

¹Corte Constitucional, sentencias SU-556 de 2015 y T-217 de 201

² Corte Constitucional. Sentencia SU-026 de 2021

³ Ibidem

⁴ Sentencia T – 217 de 17 de abril de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada.

Siguiendo lo dicho en la referida providencia, para que una decisión judicial pueda ser revisada en sede de tutela, en este caso, la decisión del Juez Segundo Promiscuo de Ciudad Bolívar es necesario que previamente cumpla con los siguientes requisitos generales, también denominados por la jurisprudencia como presupuestos formales:

- (i) que se acredite la legitimación en la causa (artículos 5, 10 y 13, Decreto-Ley 2591 de 1991)*
- (ii) que la providencia cuestionada no sea una sentencia de tutela, ni una decisión proferida con ocasión del control abstracto de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, como tampoco la que resuelva el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad por parte del Consejo de Estado.*
- (iii) que se cumpla con el requisito de inmediatez, es decir que la tutela se promueva en un plazo razonable;*
- (iv) que se identifique de forma clara, detallada y comprensible los hechos que amenazan o afectan los derechos fundamentales en cuestión y que, si existió la posibilidad, ellos hayan sido alegados en el trámite procesal;*
- (v) que se cumpla con el requisito de subsidiariedad, esto es que el interesado acredite que agotó todos los medios de defensa judicial a su alcance, salvo que pretenda evitar la consumación de un perjuicio irremediable o los medios de defensa judicial existentes no sean idóneos o eficaces para evitarlo.***
- (vi) que la cuestión planteada sea de evidente relevancia constitucional, lo que exige que el caso trate sobre un asunto de rango constitucional y no meramente legal o económico;*
- (vii) que cuando se trate de una irregularidad procesal, que esta tenga un efecto decisivo en la decisión judicial cuestionada, es decir que si tal error no hubiere ocurrido el alcance de la decisión hubiese sido sustancialmente distinto. (subrayas fuera de texto)*

Aplicando los parámetros jurisprudenciales de carácter general al caso concreto, que se reiteran, determinan la procedibilidad de la acción, esta Sala encuentra que, no se configura el enunciado en el numeral quinto, pues el interesado tenía la posibilidad de controvertir la decisión que legalizó su captura e impuso medida de aseguramiento a través de la motivación de los recursos de ley pero no hizo uso de ellos, aunado a lo anterior, tampoco se evidencia la consumación de un perjuicio

irremediable pues actualmente se encuentra privado de la libertad por orden de un juez constitucional el cual encontró en el marco de su análisis inferencia razonable de participación en el delito endilgado, decisión que goza de presunción de acierto y legalidad.

Bajo ese escenario no resulta viable que, por vía de tutela se retome un análisis sobre la legalidad del procedimiento de captura pues, ese fue un asunto sobre el cual ya obra un pronunciamiento judicial por parte del juez natural del proceso, en este caso al que le correspondieron las diligencias en sede de control de garantía. Frente a esa determinación no se motivaron los recursos de ley y, por ende, no es viable hacer uso de la acción de tutela para reabrir espacios o escenarios que ya están clausurados en razón a la preclusividad de las etapas procesales.

Ahora, si lo que pretende el accionante es que, se valore el registro de video como un nuevo elemento de prueba que daría cuenta, en su criterio de la declaración mendaz de los agentes de policía sobre los elementos ilícitos que, presuntamente hallaron en su poder, debe de decirse que, la vía de tutela tampoco es la llamada a atender su requerimiento.

Debe recordarse al accionante que, puede solicitar audiencia preliminar ante el juez con función de control de garantías para el estudio de la revocatoria de la medida de aseguramiento, pues en esa diligencia, el funcionario judicial se encuentra en el deber de analizar nuevamente el material probatorio obrante junto con ese contenido fílmico y, determinar si este último alcanza a derruir los presupuestos que se tuvieron en

cuenta el 21 de julio de 2023 para la imposición de la medida.

Bueno es precisar que mientras un proceso esté en curso, cualquier solicitud de protección de derechos y garantías fundamentales debe hacerse exclusivamente en ese escenario, porque de lo contrario todas las decisiones provisionales que se tomen en el transcurso de la actuación ordinaria, estarían siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno a ella, como si se tratara de una instancia superior adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales.

En sentencia T-335 de 2018, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional señaló:

«3.1.4.1. La acción de tutela es improcedente cuando se instaura contra procesos judiciales en curso.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que, cuando el proceso aún se encuentra en trámite, la intervención del juez constitucional está vedada toda vez que la acción de tutela no constituye -salvo que se esté ante la posible configuración de un perjuicio irremediable- un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario. Incluso, cuando los procesos han culminado, se deben interponer y agotar los medios de defensa (i.e. recursos) que se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico.»

Luego, no puede acudir a este excepcionalísimo medio de defensa para reemplazar los procedimientos ordinarios, cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes, lo cual impide considerarlo como medio alternativo o instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

Así las cosas, se reitera, mientras un proceso se encuentre en curso, es decir, no se ha agotado la actuación del juez ordinario, el afectado tendrá la posibilidad de reclamar al interior del trámite el respeto de las garantías constitucionales, sin que sea admisible acudir para tal fin a la tutela⁵.

En este caso, el proceso se encuentra pendiente de presentarse el escrito de acusación y el encausado cuenta con medida de aseguramiento vigente razón por la cual, para acceder a la libertad, debe acudir ante el juez con función de control de garantías para que, se analice la posibilidad de su revocatoria.

Tampoco se advierte vulneración de derechos fundamentales por parte de las demás entidades estatales, pues de conformidad con los informes allegados a este trámite constitucional, todas han actuado de forma diligente y, en el marco de sus competencias.

Nótese que, la Personería de Ciudad Bolívar allegó la respectiva bitácora de todas las labores que ha llevado a cabo en el marco del requerimiento de la señora Beatriz Eugenia Escobar, las múltiples conversaciones y asesoría que le han brindado y, los trámites impartidos.

En ellos se desataca la visita que, personalmente se le realizó al privado de la libertad para verificar su estado de salud, constándose solamente rasguños que, en criterio de la funcionaria ni siquiera ameritaban ser analizados por un médico en

⁵ CSJ STP Rad. No. 69.938 y 70.488.

razón a la superficialidad de los mismos.

También se logra establecer que, en diversas oportunidades se le ha asignado fecha y hora a la progenitora del procesado para que, se acerque a las instalaciones a interponer la queja a la cual hace mención en su escrito de tutela, pero ninguna se ajusta a su disponibilidad; situación que desmiente la narración del procesado pues, dicha institución siempre ha estado presta a atender sus peticiones.

Finalmente es del caso, indicar que tanto la personería como la fiscalía y el despacho de control de garantías dentro del análisis efectuado del caso en concreto estimaron el uso de la fuerza moderada empleada por los captores se encontró legitimada ante la resistencia del ciudadano para su aprehensión, resistencia que también fue reconocida por el ciudadano en su escrito de amparo, luego, no consideraron necesaria su valoración ante medicina legal, sin que ello, se encuentre en desmedro de sus garantías pues, los agentes captores se encontraban en desarrollo de sus deberes legales y, en todo caso se itera que, esa decisión que decretaba la legalidad de la captura pudo haber sido objeto de recursos pero, los mismos no se motivaron.

Sean estos argumentos suficientes, para **NEGAR** la demanda constitucional impetrada por el señor Santiago Bolívar Escobar pues, no se advierte el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela y, tampoco vulneración a sus derechos fundamentales.

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR EL AMPARO solicitado por el señor Santiago Bolívar Escobar de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
En permiso justificado

Firmado Por:

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: **fa8e5ab4367268abfde80f03fecb850035fe71f00ecc49b73a9b67b967757089**

Documento generado en 23/08/2023 05:33:22 PM

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

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

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

N° Interno : 2023-1461-4
2023-1522-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicados : 05000-22-04-000-2023-00452
05000-22-04-000-2023-00483
Accionante : Breiner Guerrero Franco
Accionado : Juzgado Primero de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Apartadó
Decisión : Niega por hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 294

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano BREINER GUERRERO FRANCO, contra el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ ANTIOQUIA por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y a la libertad.

ANTECEDENTES

Manifiesta el señor BREINER GUERRERO FRANCO que, se encuentra privado de la libertad desde el 11 de noviembre

N° Interno 2023-1461-4
2023-1522-4
Radicados Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
05000-22-04-000-2023-00452
05000-22-04-000-2023-00483
Accionante Breiner Guerrero Franco
Accionado Juzgado Primero de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Apartadó

de 2020 descontando la pena de 48 meses de prisión por el delito de concierto para delinquir agravado.

El 10 de junio de 2023 solicitó la libertad condicional ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, pero, habiendo transcurrido 55 días desde su radicación no ha recibido respuesta por lo que, considera que se encuentran conculcados sus derechos fundamentales prescritos en los artículos 4, 5, 13, 14, 15, 18, 20, 21 y 43 de la Constitución Política de Colombia.

Solicita que, por medio de un fallo de tutela se brinden las ordenes necesarias tendientes al otorgamiento del mencionado beneficio.

La titular del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó** dio cuenta de la carga laboral que afronta el despacho en la actualidad, la falta de personal y las múltiples peticiones que diariamente se reciben, lo que, genera tardanza al momento de resolver los requerimientos de los encartados penales.

Frente al caso en concreto indicó que, el 24 de abril de presente año, recibió el expediente del proceso adelantado en contra de Breiner Guerrero Franco y otros, proveniente del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, sin solicitudes pendientes por resolver.

N° Interno	2023-1461-4 2023-1522-4
Radicados	Sentencia de Tutela - 1ª Instancia. 05000-22-04-000-2023-00452 05000-22-04-000-2023-00483
Accionante	Breiner Guerrero Franco
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó

El 06 de junio pasado se allegó a través del correo electrónico del Juzgado una solicitud de redención de pena y libertad condicional, proveniente del CPMS Apartadó y, mediante autos interlocutorios No. 956 y 957 del 16 de agosto de 2023 se realizó la redención correspondiente al cómputo 18816163 y se aclaró la situación jurídica actual del sentenciado.

Finalmente indicó que, mediante auto interlocutorio No. 958 se le concedió la libertad condicional al accionante, decisión que fue remitida al centro carcelario para su notificación.

CONSIDERACIONES

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

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentran conculcados los derechos fundamentales invocados por el procesado BREINER GUERRERO FRANCO, al no habersele resuelto la solicitud de libertad condicional radicada el 10 de junio de 2023 ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó.

N° Interno	2023-1461-4 2023-1522-4
Radicados	Sentencia de Tutela - 1ª Instancia. 05000-22-04-000-2023-00452 05000-22-04-000-2023-00483
Accionante	Breiner Guerrero Franco
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó

Sin embargo, su pretensión se encontró satisfecha durante el trámite constitucional, pues tal y como lo manifestó la titular del Juzgado antes mencionado mediante autos interlocutorios No. 956 y 957 del 16 de agosto de 2023 se realizó la redención correspondiente al cómputo 18816163 y se aclaró la situación jurídica actual del sentenciado, a su vez, mediante auto interlocutorio No. 958 se le concedió la libertad condicional al accionante.

A su tenor, esta última providencia reza:

“PRIMERO: CONCEDERLE al sentenciado BREINER GUERRERO FRANCO, la LIBERTAD CONDICIONAL prevista en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva, para lo cual deberá CONSTITUIR CAUCIÓN JURATORIA y SUSCRIBIR ACTA en la que se comprometa a cumplir con las obligaciones contenidas en el artículo 65 del C.P. La libertad, procede siempre y cuando el condenado no sea requerido por otra autoridad.

SEGUNDO: FIJAR como período de prueba 511 días (17.03 meses), atendiendo lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal modificado por el 30 de la Ley 1709 de 2014, que autoriza al juez a aumentar el período de prueba hasta en otro tanto cuando faltare menos de 3 años para el cumplimiento de la pena

TERCERO: COMISIONAR al Director del CPMS Apartadó y a la Oficina Jurídica del CPMS Apartadó, para NOTIFICAR al sentenciado el contenido de la presente providencia dentro de los dos (2) días siguientes a su recibo, solicitándole que adjunte esta decisión en la correspondiente hoja de vida y que remita el acta de notificación única y exclusivamente al correo: jepmsapdo@notificacionesrj.gov.co.

CUARTO: Una vez en firme la presente providencia, se ordena la remisión del expediente digital en contra de BREINER GUERRERO FRANCO a los JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA (reparto), por competencia, toda vez que el juzgado fallador es de esa jurisdicción.

QUINTO: Contra lo resuelto proceden los recursos de reposición y/o apelación...”

N° Interno	2023-1461-4 2023-1522-4
Radicados	Sentencia de Tutela - 1ª Instancia. 05000-22-04-000-2023-00452 05000-22-04-000-2023-00483
Accionante	Breiner Guerrero Franco
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó

De conformidad con los documentos que hacen parte de la carpeta del juzgado accionado, misma de la cual se compartió el link en la respuesta constitucional, se logra establecer que, esa decisión fue notificada personalmente al interno el día 16 de agosto de 2023 junto con la respectiva boleta de libertad.

Bajo ese escenario, en el marco del trámite de la acción de tutela, el Juzgado accionado allegó constancia del trámite impartido al requerimiento del accionante, esto es resolvió su solicitud de libertad condicional e inclusive la misma, resultó favorable a sus intereses, quedando claro que, en relación con los derechos fundamentales invocados, se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado, pues en el marco del trámite de tutela se materializó el cumplimiento de sus obligaciones.

Según la interpretación que le ha otorgado la H. Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el hecho superado ocurre cuando *“entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que **por razones ajenas a la intervención del juez constitucional, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario**”*¹.

El escrito de tutela fue radicado el 09 de agosto de 2023 y el 16 de ese mismo mes se resolvió su pedido liberatorio,

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

N° Interno 2023-1461-4
2023-1522-4
Radicados Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
05000-22-04-000-2023-00452
05000-22-04-000-2023-00483
Accionante Breiner Guerrero Franco
Accionado Juzgado Primero de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Apartadó

es decir que, en el marco de la demanda constitucional, se satisfizo la pretensión del promotor, terminando así cualquier vulneración de sus derechos.

Así las cosas, se declarará que estamos en el presente trámite constitucional frente a la configuración de un hecho superado y, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la parte interesada, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

Finalmente es necesario indicar que, si bien el día 17 de agosto de 2023 se allegó idéntica solicitud de amparo constitucional, se pudo constatar que, la misma fue radicada el día 16 de agosto de 2023 a través de la página de la rama judicial lo que significa que, para ese momento el accionante muy probablemente no estaba enterado de la decisión que había adoptado el despacho juzgador y, por ello motivó nuevamente el mecanismo constitucional. En virtud de ese análisis no se procedió a declarar su acción como temeraria, sino que, se llevó a cabo la conexidad de sendos requerimientos constitucionales.

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR LA TUTELA solicitada

N° Interno 2023-1461-4
2023-1522-4
Radicados Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
05000-22-04-000-2023-00452
05000-22-04-000-2023-00483
Accionante Breiner Guerrero Franco
Accionado Juzgado Primero de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Apartadó

por BREINER GUERRERO FRANCO, frente al derecho fundamental al debido proceso y libertad, al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
En permiso justificado

Firmado Por:

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: **ab17e82a00daaf5aa48c8fa272c26091a7737ec064fabfaffac6a38febb340df**

Documento generado en 23/08/2023 05:33:30 PM

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

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

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

N° Interno : 2023-1483-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00470
Accionante : Harvey Duvan Angarita Rojas
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión : Niega por hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 293

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano HARVEY DUVAN ANGARITA ROJAS, contra el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

ANTECEDENTES

Manifiesta el señor HARVEY DUVAN ANGARITA ROJAS que, se encuentra privado de la libertad desde el 21 de septiembre de 2016 descontando pena por el delito de homicidio

N° Interno	2023-1483-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00470
Accionante	Harvey Duvan Angarita Rojas
Accionado	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión	Niega por hecho superado

simple, punible que, no tiene ninguna restricción de beneficios o subrogados penales.

Asegura que, en más de 5 oportunidades ha solicitado el beneficio de la libertad condicional, sin embargo, no le ha sido posible acceder a esa prebenda por cuanto, el Juzgado fallador esto es, el Tercero Penal del Circuito de Rionegro se niega a responder los requerimientos del Despacho que vigila su pena en el sentido de indicar cual ha sido el trámite impartido al incidente de reparación integral.

Solicita que, por medio de un fallo de tutela se ordene al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro responder la petición elevada por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario.

El titular del **Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro** indicó que, en efecto, consultado el correo electrónico institucional se observa que, de manera reiterada el Juzgado 01 de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de El Santuario, Antioquia, ha solicitado información sobre el trámite de incidente de reparación llevado a cabo dentro del proceso penal radicado 05 615 60 00364 2014 00200, donde fue condenado el ciudadano Harvey Duvan Angarita Ríos, como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple; solicitud que, hasta la fecha no se había dado respuesta.

Respecto del mora en la contestación requerida, indicó que, no se debe a una negligencia intencionada, sino al

N° Interno	2023-1483-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00470
Accionante	Harvey Duvan Angarita Rojas
Accionado	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión	Niega por hecho superado

extenso trámite que conlleva atender los múltiples requerimientos que diariamente se allegan en ese sentido, lo cual implica el desarchivo de la carpeta y búsqueda de datos en libros radicadores y sistema de gestión, a fin de dar una información fidedigna de lo solicitado; pues se trata siempre de una información delicada, de la cual se desprenden beneficios carcelarios.

Frente al caso en particular indicó que, luego del desarchivo de la carpeta penal que obra en ese despacho, encontró que, en la fecha del 20 de febrero de 2019, declaró al sentenciado Harvey Duvan Angarita Ríos civilmente responsable del perjuicio moral subjetivo y de los daños materiales causados a la señora María del Carmen Castro Usuga.

Esa información le fue comunicada al Juzgado 01 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, a través de oficio secretarial 525 del 14 de agosto de 2023, al cual se remitió anexo copia de la sentencia de condena civil y copia del acta de la lectura de sentencia, en archivo PDF que consta de 12 folios.

Con lo anterior, considera que, se ha subsanado y superado el requerimiento realizado Juzgado 01 de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de El Santuario, Antioquia, requisito necesario para que ese despacho estudie a fondo el beneficio de la libertad condicional rogado por el sentenciado.

Conforme con ello, se solicita desvincular a este despacho judicial de las pretensiones de la demanda de tutela.

N° Interno	2023-1483-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00470
Accionante	Harvey Duvan Angarita Rojas
Accionado	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión	Niega por hecho superado

La titular del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario** indicó que, efectivamente, tal y como así lo ha informado el accionante en su libelo genitor, ha deprecado ante esa judicatura, en diferentes oportunidades, la libertad condicional de que trata el art. 64 del C.P., misma que le ha sido denegada a falta de información respecto del trámite de incidente de reparación integral, siendo igualmente requerido el Juzgado fallador en varias oportunidades para que así se sirviese informarlo.

Los requerimientos realizados a esa dependencia judicial se materializaron el 7 de junio de 2022 (oficio 1214), el 23 de noviembre de 2022 (oficio 2005), el 25 de enero de 2023 (oficio 091), el 31 de mayo de 2023 (oficio 758) y el 12 de julio de 2023 (oficio 1037).

El día 14 de agosto hogaño, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro ofreció respuesta al requerimiento efectuado por ese despacho mediante oficio 1037 del 12 de julio de 2023 y, conforme con ello, mediante auto del 15 de agosto de 2023, se le recordó al sentenciado que, para acceder al beneficio de la libertad condicional solicitada, deberá arribar comprobante del pago por los daños y perjuicios a que fue condenado, o bien, en el evento de que alegue insolvencia económica, deberá acreditarla remitiendo las respectivas constancias de las instituciones correspondientes (CIFIN, Catastro Municipal y Departamental, Registro de Instrumentos Públicos, DIAN, Tránsito Municipal y Departamental, Cámara de Comercio, entre otras que considere necesarias) condición que en todo caso, ya le había sido advertida

N° Interno	2023-1483-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00470
Accionante	Harvey Duvan Angarita Rojas
Accionado	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión	Niega por hecho superado

al sentenciado, desde pasadas decisiones.

Así las cosas, solicita constitucional, despachar desfavorablemente la pretensión del actor.

CONSIDERACIONES

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

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentran conculcados los derechos fundamentales invocados por el procesado HARVEY DUVAN ANGARITA ROJAS, al omitirse por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro brindar respuesta a las solicitudes radicadas por parte del Juzgado que vigila su condena correspondientes frente al trámite impartido al incidente de reparación integral.

Sin embargo, su pretensión se encontró satisfecha durante el trámite constitucional, pues tal y como lo manifestó la titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, el 14 de agosto de 2023 emitió contestación sobre ese aspecto al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El

N° Interno	2023-1483-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00470
Accionante	Harvey Duvan Angarita Rojas
Accionado	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión	Niega por hecho superado

Santuario, aunado a ello le remitió copia de la sentencia de condena civil y copia del acta de la lectura de esa providencia.

La respuesta emitida en esa oportunidad reza:

“Por medio del presente y conforme solicitud reitera, me permito comunicarle que, este despacho judicial en la fecha del 20 de febrero de 2019, declaró al sentenciado Harvey Duvan Angarita Ríos, identificado con cédula 1.040.741.267, civilmente responsable del perjuicio moral subjetivo y de los daños materiales causados a la señora María del Carmen Castro Usuga y en consecuencia, lo condenó al pago de los perjuicios morales y materiales a favor de María del Carmen Castro Usuga, determinados así; perjuicios morales: 80 S.M.L.M.V. daño emergente; 4'814.170. Lucro cesante pasado: 36'444.174; Lucro cesante futuro; 135'832.431, para un total de perjuicios materiales de 177'976.000, pagaderos en los 90 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la cual cobro ejecutoria en la misma fecha de emisión, visto que no se presentaron recursos...”

El recibimiento de esa información fue corroborado por parte del Despacho Ejecutor, el cual mencionó que, efectivamente en la fecha ya mencionada le había sido enviada la información que requería para resolver la pretensión de libertad condicional radicada por el sentenciado.

Aunado a ello indicó que, de cara a los soportes enviados el día 15 de agosto de 2023 resolvió el pedido liberatorio del accionante, mismo que resultó desfavorable.

Bajo ese escenario, en el marco del trámite de la acción de tutela, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro allegó constancia del trámite impartido a los requerimientos efectuados por el despacho que le vigila la pena del accionante, quedando claro que, en relación con los derechos fundamentales

N° Interno	2023-1483-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00470
Accionante	Harvey Duvan Angarita Rojas
Accionado	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión	Niega por hecho superado

invocados, se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado, pues en el marco del trámite de tutela se materializó el cumplimiento de sus obligaciones.

Según la interpretación que le ha otorgado la H. Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el hecho superado ocurre cuando *“entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que **por razones ajenas a la intervención del juez constitucional**, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”*¹.

La presente acción de tutela fue radicada el 14 de agosto de 2023 y en esa misma fecha, se resolvieron las solicitudes elevadas consistentes en que, se informara sobre el trámite del incidente de reparación integral surtido al interior del proceso identificado con radicado 05 615 60 00364 2014 00200, es decir que, se satisfizo entonces la pretensión del accionante, terminando así cualquier vulneración de sus derechos.

Aunado a ello se logró constatar que, una vez fue recibida la información, de manera pronta y sin dilación el Despacho vigilante, resolvió el pedido liberatorio radicado en diversas oportunidades por el sentenciado.

Así las cosas, se declarará que estamos en el presente trámite constitucional frente a la configuración de un

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

N° Interno	2023-1483-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00470
Accionante	Harvey Duvan Angarita Rojas
Accionado	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Decisión	Niega por hecho superado

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

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR LA TUTELA solicitada por HARVEY DUVAN ANGARITA ROJAS, frente al derecho fundamental al debido proceso y libertad, al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

N° Interno 2023-1483-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00470
Accionante Harvey Duvan Angarita Rojas
Accionado Juzgado Tercero Penal del
Circuito de Rionegro
Decisión Niega por hecho superado

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
En permiso justificado

Firmado Por:

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: **f095ab5aafd1f1c9d38b0efb6e1efd0b64c29dd40d06cf4f0a82efe077f4e10b**

Documento generado en 23/08/2023 05:33:38 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: María Stella Jara Gutiérrez

Radicación:	05790 60 99159 2019 80116 (2020-0949-3)
Procedencia:	Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia
Procesado:	WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO
Delito:	Homicidio tentado y otro
Decisión:	Confirma
Aprobado:	Acta No. 244, agosto 04 de 2023

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

ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO en contra de la sentencia proferida el veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia, por medio de la cual se le condenó por el delito de homicidio tentado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, de conformidad con el preacuerdo celebrado.

HECHOS

Fueron resumidos en el fallo impugnado en los siguientes términos:

«Los hechos jurídicamente relevantes de esta investigación se circunscriben al 27 de agosto de 2019 en el barrio San Miguel del municipio de Taraza - Antioquia, cuando WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO alias indio o Chino, a bordo de una motocicleta la cual conducía, realizo varios disparos con arma de fuego en contra de LUIS HORACIO JUMI DOMICO, tras advertir que quien lo acompañaba como parrillero en el velocípedo, Nilson Darío Zabaleta Calle, no logró impactar la humanidad del ciudadano JUMI DOMICO, tras haber accionado en contadas ocasiones de manera inicial el arma de fuego.

JUMI DOMICO, resultó ileso tras el atentado, dada la escasa puntería de su agresor ROMERO CASTILLO, y la intervención en medio de los disparos de su progenitora, Gabriela Domico Jumi, quien finalmente, fue quien recibió un impacto en su pie derecho.

Es menester precisar que, con posterioridad a los hechos, se verificó en el CINAR la ausencia del respectivo permiso para el porte o tenencia de armas de fuego.»

ANTECEDENTES PROCESALES

El dieciséis (16) de febrero de dos mil veinte (2020), ante el Juzgado Treinta y Cinco (35) Penal Municipal de Medellín, en cumplimiento de funciones de control de garantías se legalizó de captura de WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO. Seguidamente la delegada fiscal formuló imputación en su contra como presunto autor responsable del delito de homicidio agravado

tentado en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículos 103, 104-7, 27 y 365 del código penal), cargos que no fueron aceptados por el imputado. Finalmente, se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad.

La etapa de conocimiento correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia. El diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020), se formuló acusación en contra del procesado ROMERO CASTILLO como presunto coautor de homicidio simple tentado en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, según la modificación hecha a la imputación jurídica por parte del ente acusador.

Instalada la audiencia preparatoria el primero (01) de septiembre de dos mil veinte (2020), la fiscalía solicitó variar la naturaleza de la audiencia para presentar un preacuerdo al que llegó con la defensa técnica y material.

La negociación consistió en que el señor WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO aceptó su responsabilidad frente a los cargos imputados y a cambio la fiscalía degradó su participación de autor a cómplice. La pena se pactó en setenta y cuatro (74) meses de prisión.

Luego de verificada por parte de la *A quo* la renuncia expresada por el acusado WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO de las garantías a guardar silencio y al juicio oral, de acuerdo con el artículo 131 de la Ley 906 de 2004,

el juzgado impartió aprobación al preacuerdo, tras considerarlo ajustado a la legalidad.

Posteriormente, en la individualización de la pena (artículo 447 C. de P.P.) la defensa solicitó se le concediera a su representado la sustitución de la prisión carcelaria por reclusión en el resguardo indígena SENU Puerto Bélgica Las Palmas del municipio de Cáceres, Antioquia, al cual según advierte, pertenece el procesado.

Como fundamento, invoca la sentencia C-515/16, en el sentido que debe garantizarse a su representado las medidas de protección, conservación y costumbres ancestrales y culturales, dada su condición como miembro indígena de esa comunidad, por lo que solicita ordenar el traslado de su prohijado al resguardo indígena mencionado para el cumplimiento de la pena.

Por su parte, ni la fiscalía ni la representación de víctimas se opusieron a la petición de la defensa.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

El veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020) el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia, consideró que el señor WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO no reunía los requisitos para acceder a la sustitución de la prisión intramural, por el resguardo indígena.

Consideró el *A quo*, que los elementos materiales probatorios aportados por la defensa para incoar tal pretensión carecen de la capacidad probatoria suficiente para demostrar que el procesado debe cumplir la condena impuesta en el resguardo indígena. Lo anterior, teniendo en cuenta que:

1. El certificado expedido por la jefa máxima del resguardo indígena no reconoce que el señor WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO sea un comunero activo del resguardo indígena SENU Puerto Bélgica Las Palmas, pues únicamente aduce su participación y colaboración por 10 años, pero por causa del desplazamiento forzado tuvo que retirarse con su familia de esa comunidad; de otro lado, tampoco se allegó el acta de posesión de la máxima autoridad indígena.

2. Certificación del INPEC que dé cuenta que el cabildo indígena cumple con las condiciones necesarias para garantizar la privación de la libertad.

Concluye que, más allá de estar en riesgo sus costumbres o tradiciones culturales, avizora un propósito de querer evadir la ejecución de la pena, pues del traslado de elementos resulta imposible determinar su condición como miembro activo, la existencia del resguardo indígena y la idoneidad de sus instalaciones para garantizar la privación de la libertad del encausado.

DISENSO

La defensa de WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO apela la decisión por presentar inconformidad particularmente frente a la negativa de la concesión del sustituto penal de la prisión intramural por el resguardo indígena.

Indica la defensa que su representado es un indígena autóctono y miembro activo del resguardo SENU Puerto Bélgica Las Palmas del municipio de Cáceres, Antioquia, por lo cual ostenta esas costumbres y tradiciones culturales. En vista de lo anterior, solicitó que la pena de prisión se cumpliera en el territorio del referido resguardo, de conformidad con los artículos 7 y 246 de la constitución política y la sentencia C-515 de 2016, que establece, entre otras cosas, el deber de adoptar medidas de protección que garanticen la conservación de las costumbres e identidad cultural de quienes tengan una condición étnica.

Para sustentar su pretensión allegó al Juzgado memoriales suscritos por la Dra. Nury Estela Yagari González, abogada de la asociación de cabildos indígenas de Antioquia – OIA, donde peticona la concesión de tal beneficio en el resguardo mencionado en favor del encausado; igualmente allegó contrato suscrito entre la apoderada y el representante legal de la asociación de cabildos indígenas y autoridades tradicionales de Antioquia, mediante el cual establece la facultad de la referida abogada para realizar peticiones atinentes a subrogados penales de los miembros de esa comunidad y por último, un documento emitido por el resguardo indígena SENU Puerto Bélgica Las palmas que avala que el señor ROMERO CASTILLO participó por 10 años de dicho resguardo.

Expuso la defensa que es cierto que su asistido tuvo que ausentarse por un tiempo de ese resguardo, pero fue en razón del desplazamiento forzado del que

fue víctima tal como lo indico la cacique local de dicho resguardo Georgina Nisperuza, quien además reconoce la participación y colaboración que tuvo su prohijado en el proceso organizativo del mismo, lo que llevó a dicho cabildo a reclamar que se le respeten sus costumbres y que la justicia ordinaria le dé el trato especial que tiene derecho como indígena, entre ellos purgar la pena en su territorio.

En vista de lo expuesto, eleva su inconformidad ante la decisión de primera instancia para que se modifique lo relacionado al sustituto de la pena de prisión, por considerar se reúnen los requisitos para ello.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para resolver la apelación promovida, por dirigirse contra una sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia.

Atendiendo los fundamentos de la apelación y los argumentos esgrimidos por el *A quo*, este cuerpo colegiado se ocupará de determinar si hay lugar a conceder la reclusión en cabildo indígena como sustituta de la prisión carcelaria para el cumplimiento de la pena de prisión, al señor WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO, condenado en este proceso.

El artículo 29 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) prevé que, cuando el hecho punible haya sido cometido por indígenas, la detención

preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado, circunstancia que se hace extensiva para la condena (CSJ STP-13482-2016, 21 Sep. 2016, Rad. 88108).

La protección de los principios de diversidad cultural, igualdad y pluralismo, en el ámbito del cumplimiento de la pena ha sido abordada bajo dos líneas distintas de la jurisprudencia, principalmente constitucional, una (i) en torno al derecho a permanecer en pabellones especiales dentro de establecimientos penitenciarios ordinarios; y otra de (ii) permitir a las personas con identidad étnica indígena condenadas por la justicia ordinaria, el cumplimiento de la pena en el resguardo o viceversa.

La Corte Constitucional en sentencia T-921 de 2013 consideró sobre el asunto particular que:

“La diversidad cultural de los indígenas privados de la libertad debe protegerse independientemente de que se aplique en el caso concreto el fuero indígena, lo cual deberá ser tenido en cuenta desde la propia imposición de la medida de aseguramiento y deberá extenderse también a la condena. En este sentido, la figura constitucional del fuero indígena autoriza para que en unos casos una persona sea juzgada por la justicia ordinaria y en otros, por la indígena, pero en ningún momento permite que se desconozca la identidad cultural de una persona, quien independientemente del lugar de reclusión, debe poder conservar sus costumbres, pues de lo contrario, la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de pérdida masiva de su cultura.

(...) la simple privación de la libertad de un indígena en un establecimiento penitenciario ordinario puede llegar a transformar completamente su identidad cultural y étnica, lo cual se presenta tanto si el indígena es juzgado por la jurisdicción ordinaria, como también si es procesado por la jurisdicción indígena y luego es recluido en un establecimiento común.”

Sin embargo, la Corte en la misma providencia impuso ciertas limitantes al derecho precisando lo siguiente:

“A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993. (iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. [...]

Además, de conformidad con el principio de favorabilidad resaltó que las reglas descritas debían aplicarse a todos los indígenas que se encontraran privados de la libertad en establecimientos penitenciarios ordinarios, quienes con la respectiva autorización de la autoridad indígena de su resguardo podrían cumplir la pena privativa de la libertad al interior del resguardo siempre que el mismo contara con las instalaciones necesarias para tal fin.”

Posteriormente, la alta Corporación Constitucional condensó su precedente en la sentencia T-515-16, precisa:

“Por lo demás, puede concluirse que: primero, de acuerdo con las disposiciones normativas de rango constitucional y legal, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de esta Corporación, los indígenas tienen derecho a la aplicación de un enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria que les permita garantizar la protección y permanencia de sus costumbres y tradiciones étnicas. Esto implica que los indígenas que se encuentran reclusos en un establecimiento penitenciario ordinario por disposición de la máxima autoridad de su resguardo o por no haber cumplido los presupuestos jurisprudenciales para acceder al fuero especial, tienen derecho a pagar su condena en un pabellón especial que les garantice la protección de su derecho fundamental a la identidad cultural.

(...) 5.8. tercero, en el evento en el que una persona indígena (i) sea responsable de la comisión de un delito, (ii) no cumpla con los presupuestos jurisprudenciales para

acceder al fuero especial y (iii) sea condenado por la jurisdicción ordinaria, ésta podrá cumplir la condena en su resguardo indígena siempre que la máxima autoridad indígena así lo solicite y la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.”

De esta manera, para que una persona indígena condenada en un proceso ordinario pueda purgar la pena de prisión irrogada en su resguardo indígena se requiere (i) que la máxima autoridad de la comunidad indígena manifieste que puede cumplir la pena en su territorio, (ii) que el resguardo cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad y (iii) que se acredite por los medios idóneos, la calidad foral indígena de la persona condenada.

En el asunto particular, la defensa de WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO solicitó que se le permita cumplir la pena de prisión en el Resguardo Indígena SENU Puerto Bélgica Las Palmas del municipio de Cáceres, Antioquia, para lo cual aporta:

i) Contrato de prestación de servicios profesionales entre la abogada Nury Estela Yagari González y el representante legal de la Asociación de Cabildos Indígenas y Autoridades Tradicionales de Antioquia –OIA, Benigno de Jesús Sinigui que tiene como finalidad, entre otras, “2). Diseñar e implementar un plan de litigio estratégico para la defensa de los derechos individuales, colectivos, las violencias basadas en género y el reconocimiento de las comunidades indígenas Senú de Antioquia.”

ii) Memoriales de fecha 16 de junio, 28 de agosto y 21 de septiembre del año 2020 suscritos por la señora Nury Estela Yagari González y dirigidos tanto a la

Fiscalía 143 seccional de Taraza como a la defensora pública del procesado, donde en resumen expresan que *“hemos conversado con la autoridad indígena de su pertenencia para que el indígena WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO, pueda ser enviado a su territorio como lugar de reclusión para que en caso de condena este purgue la pena que se le imponga en este resguardo (...)”*

iii) Documento emitido por la cacique local Georgina Nisperuza M. del Resguardo Indígena Senu Puerto Bélgica Las Palmas, vereda San Lorenzo de Cáceres, Antioquia, sin fecha de emisión, el cual avala *“Que el señor WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO, identificado con número 1032249211 del municipio de Cáceres, participó e hizo parte del proceso organizativo de este resguardo durante (10) diez años donde conservaba sus usos y costumbres de este pueblo originario, por motivo de desplazamiento tuvo que retirarse del resguardo y del proceso con su familia a otro lugar”.*

Sin embargo, estos documentos no acreditan los presupuestos antes indicados, para acceder a lo pretendido, en primer lugar, en ninguno de estos se lee que la señora Georgina Nisperuza M., Cacique Local del Resguardo Indígena Senu Puerto Bélgica Las Palmas, haya manifestado que el condenado por la jurisdicción ordinaria WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO pueda cumplir la pena de prisión impuesta en el territorio ancestral.

En lugar de lo anterior, la defensa aportó unos memoriales suscritos por la abogada Nury Estela Yagari González quien fue encomendada por el señor Benigno de Jesús Sinigui, representante legal de la Asociación de Cabildos Indígenas y Autoridades Tradicionales de Antioquia –OIA, justamente para representar los intereses generales del Pueblo Senu ante el Estado, con los

cuales solicita que en caso de una eventual condena contra WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO, se ordene su reclusión en el resguardo mencionado en razón a que ostenta la condición de comunero activo del mismo, y cuenta con el aval de la autoridad indígena de ese cabildo para ser recibido.

Para este Tribunal, estos memoriales como elementos probatorios allegados por la defensa, carecen de fuerza demostrativa para establecer con precisión el primer presupuesto jurisprudencial exigido y atrás mencionado a efectos de reconocer el beneficio, por el contrario, generan dudas e inconsistencias en la información, en cuanto: i) se desconoce quién es la máxima autoridad indígena a la que hace referencia la abogada Nury Estela Yagari González, ii) A través de que medio se autorizó al procesado indígena que podía cumplir la pena en su territorio, iii) si la abogada Yagari González obró por mandato del señor Benigno de Jesús Sinigui, representante legal de la Asociación de Cabildos Indígenas y Autoridades Tradicionales de Antioquia –OIA; surge el interrogante de: en cabeza de quien se encuentra la gobernabilidad o jefatura del resguardo indígena Senu Puerto Bélgica Las Palmas ubicado en la vereda San Lorenzo de Cáceres, Antioquia, a la cual pretende ser trasladado el procesado.

Estos cuestionamientos surgen en razón a que no se aportó por el opugnador acta de posesión o nombramiento de la persona encargada de gobernar en la actualidad como jefe máximo el mencionado resguardo. Tampoco se allegó certificado de la máxima autoridad de esa comunidad indígena autorizando o solicitando que el señor WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO, pudiera cumplir la pena en su territorio, únicamente se refirió la abogada que

sostuvo una conversación con esta persona donde le manifestó que, si lo autorizaba.

Por otra parte, tampoco se acreditó que el resguardo reseñado cuenta con las instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad del sentenciado en condiciones dignas y de vigilancia y seguridad necesarias del señor ROMERO CASTILLO, es decir, que dicho lugar contara con la infraestructura necesaria para albergar al sentenciado; servicios públicos esenciales; posibilidad de alimentación y con seguridad interna que asumiera la guarda del comunero.

Finalmente, tampoco logró demostrarse por la defensa el fuero indígena del condenado, pues si bien, allegó certificado emitido por la cacique local Georgina Nisperuza M. del Resguardo Indígena Senu Puerto Bélgica Las Palmas, sin fecha de emisión, esta indica que el señor WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO participó e hizo parte del proceso organizativo de ese resguardo durante diez (10) años, pero tuvo que retirarse por motivo del desplazamiento forzado.

En consecuencia, se desconoce si en la actualidad el investigado sigue siendo miembro activo de la comunidad Senu Puerto Bélgica Las Palmas de Cáceres, Antioquia, y si la autoridad máxima lo reconoce como tal.

Corolario de lo anterior, la Sala encuentra que la decisión de primera instancia fue acertada, en tanto, no se acreditaron los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para acceder al cambio de reclusión pretendido, como consecuencia de ello se confirmará la sentencia confutada.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia, en contra del señor WILFREDO MANUEL ROMERO CASTILLO.

SEGUNDO. Se informa a las partes e intervinientes que la presente sentencia se notifica en estrados y que es susceptible del recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)
ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **25f2dd4d7e351531dc2cc6e05319096e19b9899130f14c5d5ae057971197a3**

Documento generado en 09/08/2023 08:23:50 AM

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

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

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



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

Magistrada Ponente: **MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ**

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

Radicación: 050016000207201100198 01 (2022-0801-3)
Procedente: Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia
Acusado: JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ
Delito: Acto sexual violento
Objeto: Apelación sentencia de condena
Decisión: Confirma
Aprobado Acta: No. 261, agosto 15 de 2023.

ASUNTO POR RESOLVER

Derrotada la ponencia absolutoria presentada por la Dra. Nancy Ávila de Miranda, procede la Sala mayoritaria a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia, mediante la cual condenó a JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ, en calidad de autor del delito de acto sexual violento.

HECHOS

Fueron expresados por la fiscalía en la audiencia de acusación en los siguientes términos¹:

“Para los días 26 y 27 de octubre 2010 la señora Rosmary Henao Orrego, identificada por cédula de ciudadanía 43591305 funcionaria del CTI de la fiscalía se desplaza en una comisión hacia el municipio de Cauca, Antioquia, en compañía de un compañero de nombre JOSÉ GREGORIO VERGARA, identificado con la cédula de ciudadanía 92519665. Al terminar el día trabajo, el 26 de octubre de ese año, se dirigen a un hotel donde se

¹ Audiencia de acusación realizada el 22 de mayo de 2019, minuto a minuto 13:53 a 16:32.

dedican al descanso, en el transcurrir de la noche del 26 al 27 de octubre 2010, cuando la señora Rosmary se encontraba dormida se despierta asustada y se da cuenta que en su cama se encontraba el señor José Gregorio Vergara quien con una mano la tenía abrazada y con la otra le estaba acariciando su cuerpo en sus partes íntimas (senos vagina), de inmediato la señora Rosmary lo empuja y le dice que la respete, que no se equivoque con ella, el señor José se ríe y le dice que tranquila que se deje querer que eso no duele; seguidamente le manifiesta que ella le gusta, que ella le gusta hace mucho tiempo e intenta de nuevo realizar tocamientos a la señora Rosmary y ella reacciona nuevamente de forma preventiva y el señor JOSÉ VERGARA decide irse a su cama; pasado el rato trata nuevamente realizar actos sexuales a la señora Rosmary diciéndole que no lo dejara así, por lo que la señora Rosmary decide irse hacia la puerta de la habitación y amanecer allí.”

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El seis (6) de febrero de dos mil diecinueve (2019), en audiencia preliminar adelantada ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Cauca, Antioquia, la Fiscalía General de la Nación le imputó a JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ la comisión, a título de autor el delito acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir agravado, según el artículo 211 N° 2 “*El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.*”

El fiscal presentó escrito de acusación el seis (6) de mayo de dos mil diecinueve (2019) ante el Juzgado Penal del Circuito de Cauca. Ese despacho judicial adelantó audiencia de formulación de acusación el veintidós (22) de mayo siguiente y en desarrollo de la misma el ente acusador ajustó la calificación jurídica de los hechos a punible de acto sexual violento, según las previsiones del artículo 206 del código penal.

La audiencia preparatoria se desarrolló el treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020). La audiencia de juicio oral se llevó a cabo en sesiones de veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021) y veintitrés (23) de marzo de dos mil veintidós (2022). En esta última fecha el juzgado anunció la sentencia condenatoria en contra de JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ en calidad de autor del delito de acto sexual violento y la sentencia se profirió el treinta y uno de mayo de dos mil veintidós (2022).

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo, tras considerar que se reunían los presupuestos consagrados en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para emitir una sentencia de condena, condenó al procesado JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ del cargo formulado en calidad de autor del delito de acto sexual violento.

Comenzó por indicar que para la demostración de la conducta punible es menester sopesar pruebas legales y oportunamente allegadas al proceso en acatamiento al principio de necesidad de la prueba, previsto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Adicionalmente adujo que de conformidad con el principio de libertad probatoria de que trata el Art. 373, en concordancia con el inciso tercero del Art. 357 del C.P.P, cualquier medio de prueba es admisible, siempre y cuando sea lícito y no viole garantías fundamentales.

En ese sentido, señaló que luego de escuchar el testimonio de la víctima Rosmary Henao Urrego arribó a la conclusión que de las pruebas surge el conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito de acto sexual violento, del que fue acusado el señor José Gregorio Vergara López, así como también de su responsabilidad atribuida en calidad de autor en contra del antes mencionado.

Explica que la propia víctima, como testigo directo de los hechos, de manera coherente recrea como se generaron los actos libidinosos vivenciados, no exageró en sus dichos, circunscribiéndose exclusivamente a las maniobras sexuales realizadas por el encausado, mismas que se limitaron, en el sentido lato de su acepción, al tocamiento de los senos y la vagina, acto con contenido erótico, pues claramente la víctima aseguró que su victimario le mencionó que le gustaba que se dejara querer, además de insistir para que accediera a sus intenciones libidinosas.

Que el dicho de la víctima resulta creíble y suficiente para soportar la condena, contrario al planteamiento de la defensa, pues el togado asegura que ese solo testimonio no es suficiente en tanto debieron practicarse más declaraciones. El juzgado advierte que no

existe tarifa legal probatoria según la cual la capacidad suasoria del testimonio depende de la cantidad de testimonios.

Destaca que si bien se trata de un caso con testigo único, ese panorama probatorio resulta contundente en virtud de la credibilidad de la declaración, la cual halló reforzada con las estipulaciones probatorias donde se convino ingresar como probado que para la fecha de ocurrencia de los hechos tanto JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ como Rosmary Henao Urrego se encontraban en comisión de servicios en el municipio de Cauca, Antioquia, lo que constituye un indicio de presencia y oportunidad para la comisión de la conducta punible, misma que construyó la víctima con su versión.

De igual manera, considera, no existe prueba que descarte la presencia del acusado en el inmueble donde ocurrieron los hechos, la víctima dijo la verdad, contrario a lo sostenido por la defensa.

Sobre la violencia, como elemento normativo del delito de actos sexuales consagrado en el artículo 206 del C.P., trajo a colación la sentencia 50493 del 28 de febrero de 2018. M.P. José Luis Barceló Camacho, y con apoyo en lo expresado por la Corte Suprema de Justicia concluyó que la violencia ejercida por José Gregorio ocurrió cuando con su fuerza bloqueó las manos de Rosmary Henao para obstaculizar que pudiera repeler el ataque sexual, asediándola en la madrugada de ese nefasto día de los hechos, cuando intentó violentar su libertad sexual.

Finalmente, considera, la acción desplegada por el autor es típica, antijurídica y culpable. Con respecto a la tipicidad menciona que está acreditada en tanto se probaron los elementos del punible de acto sexual violento descrito y sancionado en el artículo 206 del código penal.

Frente a la antijuridicidad formal, dice, se verifica el contraste entre el comportamiento del procesado y la norma penal, y con respecto a la antijuridicidad material, indica que no cabe duda de que este hecho lesionó de manera efectiva el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de la señora Rosmary Henao, razón por la cual se torna evidente que el resultado de la conducta fue materialmente contrario al orden jurídico.

En cuanto a la culpabilidad de JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ, adujo que está acreditada con los medios probatorios recabados por la Fiscalía, los cuales llevaron a su convencimiento más allá de toda duda razonable de que el precitado es el autor del hecho punible de acto sexual violento, desarrollada de forma lúcida e intencional, aclarando que se trata de un imputable, que pudo discernir entre lo lícito y lo ilícito de su conducta y no obstante ello, quiso la realización del acto, razón por la cual se concluye que el implicado actuó con culpabilidad en la modalidad de dolo. Adicionalmente, asegura, no se acredita causal alguna de ausencia de responsabilidad en favor del encartado.

Por lo anterior, concluye, se reúnen los requisitos previsto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y por esa razón declara a JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ autor de acto sexual violento, en consecuencia, le impuso 96 meses de prisión y la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena a que accede.

De otra pare, le negó los subrogados penales debido a que no se reúnen los requisitos legales de la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria, según las previsiones de los artículo 63, 38 y 38B del código penal para su concesión.

DEL RECURSO DE APELACIÓN Y EL TRASLADO DE LOS NO RECURRENTES

La defensa interpone el recurso de apelación para que la sentencia de condena sea revocada y, en su lugar, se absuelva a su representado JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ acusado como autor del delito de acto sexual violento, pues considera la prueba aportada en juicio oral no acredita, en el grado de conocimiento más allá de toda duda, la materialidad del delito ni la responsabilidad atribuida al acusado. Para ello indicó:

No se probaron los hechos de la acusación debido a la inactividad de la fiscalía², en tanto, a pesar de los nueve (9) años que duró la etapa de indagación, no recolectó otro medio de conocimiento distinto a la declaración de la víctima, especialmente para

² Recurso de apelación. Hoja N° 1.

demostrar la presencia de esta y la del victimario los días veinticinco (25) y veintiséis (26) de octubre de dos mil diez (2010) en Caucasia, Antioquia.

Asegura que como hecho jurídicamente se mencionó que ocurrieron en la madrugada del veintiséis (26) de octubre de dos mil diez (2010), pero la señora Rosmary Henao Urrego expresó que esos acontecimientos tuvieron lugar amaneciendo el veintisiete (27) de octubre de 2010, dado que el desplazamiento tanto de la presunta víctima, como del procesado la sitúan el veintiséis (26) de octubre de 2010, pues bajo la gravedad del juramento aseveró que viajó el veintiséis (26) de octubre de dos mil diez (2010) a las seis (6) de la mañana y permaneció en ese municipio hasta el veintisiete (27) al medio día, cuando se regresó a Medellín en compañía de JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ.

Por tanto, dice, tanto el acusado y Rosmary Henao Urrego, en la madrugada del veintiséis (26) de octubre de 2010 no se encontraban en Caucasia, Antioquia.

No es creíble el testimonio de la señora Rosmary Henao Urrego ya que no formuló la denuncia inmediatamente después de ocurridos los hechos, solo lo hizo cuatro (4) meses después, además, en tanto no procuró alejarse del procesado si en verdad había sido atacada por él en su integridad sexual; contrario a ello, regresó en su compañía a Medellín y continuó laborando en la misma oficina donde ambos trabajaban.

Explica que, tal vez una mujer de escasos estudios, con poca posibilidad de ayuda, tímida, subyugada y sin trabajo hubiese cayado un episodio de esa naturaleza, pero que de Rosmary no se esperaba esa reacción, pues la experiencia enseña que una mujer con todas las calidades y cualidades de la presunta víctima, quien trabaja para el ente investigador no callará una ofensa a su integridad sexual de esas dimensiones.

Por lo anterior, para la defensa refulge la duda la cual debe resolverse en favor del procesado, ya que para emitir una sentencia condenatoria bajo las previsiones del artículo 381 del C.P.P., es necesario el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado con fundamento en la prueba recaudada.

Como consecuencia de lo anterior, insiste en solicitar la revocatoria de la sentencia de condena impuesta a JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ en calidad de autor del

delito de acto sexual violento, en virtud de la duda insalvable que aflora de la prueba recaudada.

Los no recurrentes no se pronunciaron en relación con el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Competencia: De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia de primera instancia, por haber sido esta proferida por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

Problemas jurídicos: De conformidad con lo reseñado, la Sala debe (i) determinar si las pruebas practicadas y debatidas en juicio oral acreditan los requisitos de la condena consagrados en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para emitir una sentencia de esa naturaleza en contra de JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ, o si por el contrario, tal como lo plantea el defensor, surge de ellas la duda y como consecuencia de ello emitir una sentencia absolutoria, (ii) con estricto apego al principio de congruencia y de reunirse los requisitos de la condena, estudiar la viabilidad de emitir una sentencia de esa naturaleza en contra del acusado JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ por el delito de acto sexual abusivo y no por acto sexual violento, en caso afirmativo si hay lugar a la readecuación de la pena. (iii) Al tiempo, habrá de analizar el Tribunal si se debió juzgar el caso con perspectiva de género dado que se trata de un asunto de violencia sexual en contra de una mujer, especialmente si se vislumbraban escenarios de discriminación que exija elucidar la prueba y apreciarla de manera diferente con el fin de romper con la desigualdad.

De la prueba para condenar. Tenemos que la divergencia en el presente asunto gravita, sustancialmente, en torno a estudiar si fue acreditada en el grado de conocimiento más allá de toda duda la materialidad del delito de actos sexual violento y la responsabilidad atribuida a JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ por el delito de acto sexual violento; ello significa que la labor en esta instancia se concreta en valorar la totalidad de las pruebas practicadas en el juicio oral, ejercicio que incluye un preciso análisis respecto de la valoración del testigo único y la impugnación de credibilidad del mismo. En esta línea recuérdese que el objetivo de las pruebas practicadas en juicio oral es brindar al juez el

conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de la conducta punible y respecto de la participación del procesado en la comisión del delito, según se desprende del contenido de los artículos 372 y 381 del código de procedimiento penal.

Por su parte, el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 prevé el principio de libertad probatoria, de acuerdo con cual *«los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código de Procedimiento Penal o por cualquier otro de carácter técnico o científico que no violen los derechos humanos.»* Asimismo, este mismo ordenamiento adjetivo erigió como medios de conocimiento de los cuales se sirve el juez para adoptar la decisión: la prueba testimonial, la pericial, la documental y la de inspección, así como los elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico –artículo 382 ejusdem-. Y en punto de su valoración, el artículo 380 ibidem, señala: *«Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.»*

Con base en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004 en el ejercicio de apreciación de un testimonio deben ser atendidos los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria. Esto está fundamentalmente relacionado con la naturaleza del objeto percibido; el estado de sanidad de los sentidos por los cuales se tuvo la percepción; las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió; los procesos de rememoración; el comportamiento del testigo durante el testimonio y el conainterrogatorio; la forma de sus respuestas y su personalidad. Ahora, para valorar si es fiable el testigo, debe considerarse criterios como la ausencia de interés de mentir o la presencia de un porqué para hacerlo y las condiciones subjetivas, físicas y mentales del deponente para acordarse de lo percibido, entre otros³.

Así las cosas, en el ejercicio de valoración no solo se puede tener en cuenta la cantidad de testigos que respaldan la tesis de la fiscalía o de la defensa, toda vez que *“los testigos no se cuentan, sino que se pesan”* y, en este sentido, es viable que un único testigo pueda sustentar un fallo de condena, a condición de que el relato de los hechos sea lógico,

³ Corte Suprema Sala Penal, Sentencia SP-27462019, radicado 51258 de 17 de julio de 2019.

unívoco, coherente y esté confirmado con los demás elementos de conocimiento en el debate probatorio.

Ahora, sobre el testigo único ha de expresarse que la regla de valoración basada en el principio de *testis unus testis nullus*, según el cual en medios probatorios tarifados se desechaba el poder disuasorio del declarante único, fue excluido en el código de procedimiento penal con el sistema de la libre apreciación de las pruebas. Lo cierto es que la veracidad de la versión de los hechos no está supeditada a multiplicidad de testigos, sino de sus facultades de aprehensión y recordación, evocación, ausencia de circunstancias que afecten su imparcialidad y solo de ahí se puede fijar la correspondencia de lo referido por el declarante con la verdad de lo ocurrido.

Por añadidura, ante la existencia de vacíos en la investigación y, de contera, en la carga probatoria que le corresponde al ente acusador sobre la existencia del punible, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían ocurrido, y/o las razones por las cuales se apunta a una persona determinada como autor de los mismos, emerge a favor del sindicado una duda de orden probatorio que obliga a la aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Sobre el punto, debe recordarse que el artículo 29 de la Constitución Política señala que “*toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*”, norma desarrollada por el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, al señalar que “*la duda que se presente se resolverá a favor del procesado*”, complementado por el ya citado artículo 381 ejusdem, el cual prevé «*para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio*». Instituto jurídico definido por la jurisprudencia de la siguiente forma:

«Es que el axioma de in dubio pro reo, como concreción de la garantía de presunción de inocencia, se traduce en un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. En esa medida, en los supuestos de duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones, las cuales como fenómenos

proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas de las categorías jurídico-sustanciales discutidas dentro del proceso penal»⁴.

De las estipulaciones probatorias. Sobre estipulaciones probatorias el artículo 10 inciso 4 *ibidem* preceptúa que “*El Juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.*”

Por su parte, el artículo 356 de la ley 906 de 2004 numeral 4 señala en su párrafo, que “*Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias*”.

En cuanto al importancia de los acuerdos probatorios, señaló la Corte Suprema de Justicia⁵, no es otro distinto a que “*se haga una depuración anterior al debate en aras de que este verse sobre lo trascendente y no se desgaste en temas sobre los que no se tiene ánimo de controversia*”.

En la citada decisión la Alta Corporación recalcó:

“(I) El convenio excluye la actividad probatoria sobre el hecho específico, el que el juez debe tener por cierto, de tal forma que no puede admitirse, por improcedente e inútil, la introducción de una prueba que pretenda dar por demostrado un hecho estipulado, como tampoco puede ejercerse contradicción sobre ese aspecto (sentencia del 10 de octubre de 2007, radicado 28.212).

(II) Admitida la estipulación, cuyo contenido, alcance y límites debe quedar claro para las partes y el juzgador, no hay lugar a la retractación unilateral, en tanto, de admitirse, se rompería el equilibrio entre los adversarios. Es “factible acordar o tener por probado que el ciudadano A suscribió el documento B, y, entonces, ese documento puede llevarse a juicio sin necesidad de que el ciudadano A tenga que asistir a la audiencia pública a reconocer tal hecho. En este caso, no se puede discutir la autoría del documento, pero sobre su contenido es factible la controversia probatoria que a bien tengan las partes” (19 de agosto de 2008, radicado 29.001; 17 de octubre de 2012, radicado 39.475).

(III) El objeto de estipulación es un hecho concreto, no un determinado elemento material probatorio (26 de octubre de 2011, radicado 36.445).

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 29 de junio de 2009. Rad. 26909.

⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal radicado 47666 de 15/06/2016.

(IV) La estipulación misma, sin más aditamentos, constituye la prueba del hecho, de donde deriva que no hay lugar a anexar elemento alguno para respaldar la estipulación, pero si las partes convienen hacerlo, solo puede apreciarse en el contexto del hecho acordado, pues si refiere aspectos fácticos diversos, estos no pueden valorarse en ningún sentido, pues el anexo no constituye prueba alguna, en tanto no ha sido introducido ni controvertido en el juicio (6 de febrero de 2013, radicado 38.975).

5. De la última decisión reseñada deriva que, siendo la estipulación prueba en sí misma, carece de sentido, resulta inoficioso, que a ella se hagan anexos, como el objeto del convenio, en tanto el hecho está demostrado por aquella y, por ello, ese anexo no debe ser valorado o, de serlo, solo puede apreciarse en el contexto del hecho que se estipuló como probado.”

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

Según el ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan:

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

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

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

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

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

Más adelante, se agregó:

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

El acto sexual violento. El código penal sistematiza y clasifica los delitos contra la libertad y el pudor sexual en virtud de la modalidad de conducta empleada por el sujeto activo

para su realización. En el capítulo primero denominado "*de la violación*" la característica conductual empleada es la violencia; se incluyen entre ellos el acceso carnal violento, el acto sexual violento y el acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. Este último reato se cataloga violento porque para poder acceder a la persona debe colocarse o ponerse previamente en circunstancias de incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica, semejantes a la violencia puesto que el delincuente despoja a la víctima de la posibilidad para ejercer actos defensivos de repulsa o rechazo al ataque.

El delito de acto sexual vulnera o pone en riesgo los bienes jurídicos de la libertad, la integridad y la formación sexuales y no implican penetración; el Código Penal se refiere a ellos como "diversos al acceso carnal", es decir, el acto sexual es definido en negativo "*lo que no constituye acceso carnal*"; se configura entonces por acciones de connotación sexual que comprometen zonas íntimas, sexuales o erógenas de la víctima o del victimario, y no reducidas a los genitales ni a tocamientos.

El acto sexual violento está definido y sancionado en el artículo 206 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 2 de la Ley 1236 de 2008 así: "*Artículo 206-. Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.*"

En lo concerniente a la violencia como elemento típico de los delitos sexuales, bueno es traer a colación la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha señalado que, en aras de establecer su configuración, la acción del sujeto activo no solo debe ser analizada de una manera *ex ante*, sino que desde ese punto de vista tiene que concluirse idónea para subyugar la voluntad de la víctima. Sobre el particular, la alta corporación ha sostenido lo siguiente⁷:

[E]l factor de la violencia en el delito de acceso carnal violento [y, en todas las demás conductas en las que concurra dicho ingrediente, añade ahora la Sala] debe ser valorado por el juez desde una perspectiva ex ante, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida.

Ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada violencia física o material y la

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23 de septiembre de 2009, radicado 23.508.

violencia moral.

La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados.

Para efectos de la realización típica de la conducta punible de acceso carnal violento, sin embargo, lo importante no es especificar en todos y cada uno de los casos la modalidad de violencia empleada, sino la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima.

El delito de acto sexual abusivos con incapaz de resistir. Este punible se encuentra descrito y sancionado en el artículo 210 del código penal así:

*“ARTÍCULO 210. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o **que esté en incapacidad de resistir**, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.*

***Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.**”(Negrillas fuera del texto original).*

La Corte Constitucional sobre el alcance del artículo 210 de la Ley 599 de 2000 en la sentencia C-163 de 2021 expresó:

1. El delito de “acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir”, está ubicado en el capítulo “De los actos sexuales abusivos”, y se relaciona con “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”.

En ese sentido, es un tipo penal en el que “la lesión al bien jurídico y a la libertad no proviene del uso de la fuerza o la intimidación, sino del aprovechamiento de una circunstancia”⁸, esto es, que tiene lugar cuando el sujeto activo del delito se aprovecha del sujeto pasivo, a partir de su situación de incapacidad para resistir, bien sea porque la persona está inconsciente, porque padece de un trastorno mental que le

8AMADOR, Camilo y otros; CASTRO, Carlos (coord.) (2018). *Manual de derecho penal. Tomo I. Parte Especial*. Bogotá D.C: Temis. Pág.441.

impide entender lo que está sucediendo, o por cualquier otra situación que le genere la imposibilidad de resistirse a la agresión sexual⁹.

Desde esta perspectiva, la norma penal que se describe busca proteger como bien jurídico tutelado la capacidad de decisión de las personas y su plena autonomía para el desarrollo y expresión de su sexualidad. De esta manera, salvaguarda: i) la facultad que tiene el sujeto pasivo de obrar libremente en esa esfera y de contar con la capacidad de autodeterminarse en el ámbito sexual¹⁰; ii) los intereses de quienes, por no disponer de capacidad para ejercer aquella autodeterminación, deben ser preservados en su indemnidad sexual¹¹; y, iii) la etapa de desarrollo del criterio sexual que tiene cada persona, sin intervenciones nocivas¹².

*2. Así las cosas, al analizar el tenor literal de la norma en mención, se deduce que la tipificación que ella propone requiere de un sujeto activo indeterminado que se aproveche de una condición específica que presenta el sujeto pasivo calificado. Esta particularidad exige que la víctima sea **incapaz** de prestar su **consentimiento**, ya sea i) por encontrarse en estado de inconsciencia; ii) sufrir un trastorno mental; o iii) estar sujeta a una situación en la que su voluntad esté completamente doblegada por el agresor. A continuación, la Sala describirá los ingredientes descriptivos o normativos del precepto enunciado, para explicar brevemente y de manera genérica los aspectos que dan cuenta de esa incapacidad de resistir.*

En la citada sentencia la mentada Corporación precisó sobre el tipo penal comentado:

“El acceso carnal o acto sexual abusivos por razones de incapacidad para resistir

1. El estado de inconsciencia o trastorno mental no son las únicas situaciones en las que puede encontrarse un sujeto pasivo en un caso de acceso carnal o de actos sexuales abusivos, para configurar la tipicidad de la conducta. Por el contrario, el artículo 210 objeto de estudio posibilita que una persona sea sujeto pasivo de este tipo penal, en los casos en que, por cualquier circunstancia, se encuentra en incapacidad de resistir una agresión sexual, así no se trate de las circunstancias antes expuestas. En relación con este asunto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la situación que propone el tipo penal al aludir a la incapacidad de resistir en sentido estricto, “evidentemente es distinta de aquéllas que recogen los supuestos que a manera de ingredientes de contenido jurídico de trastorno mental o estado de inconsciencia prevé el tipo penal, pero que, en todo caso, debe inhibir a la víctima de la posibilidad de rechazar eficazmente a su abusador[;] entre

9Cfr. María Camila Correa Flórez (2018). La violencia contra las mujeres en la legislación penal colombiana. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 14, No. 90, enero-junio 2018, pp. 11-53. Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120-8179)

10Orts, Enrique y otros (2004). *Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág.230

11Cancio, Manuel (2001). *Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano. Algunas reflexiones político-criminales y de derecho comparado*. Ponencia presentada por el autor el 24 de agosto de 2001 en las XXIII Jornadas Internacionales de derecho penal (“Principales reformas a la parte especial en el nuevo Código Penal”) organizadas por la Universidad Externado de Colombia. Pág.6. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1104>

12Amador Camilo y otros. Castro, Carlos (coord.) (2018). *Manual de Derecho Penal. Tomo I, parte especial*. Bogotá: Temis, pág.417.

cuyos ejemplos se suelen mencionar la debilidad extrema o la anemia exhaustiva, la hipnosis, la narcosis (...) y en general todas aquellas hipótesis que le impidan oponerse a las pretensiones sexuales del agente, sin que dentro de esta lista eminentemente enunciativa pueda excluirse alguna, pues la condición idónea para que el punible tenga realización está dada porque el sujeto pasivo no pueda enfrentar, esto es, no pueda resistir el acto abusivo”¹³.

Asimismo, aquella Sala ha indicado que la incapacidad para resistir es un estado en el que el sujeto pasivo “no tiene ninguna opción de decidir libremente entre aceptar o no aceptar el acceso carnal o los actos sexuales diversos, y sus negativas físicas o verbales de cualquier tono o medida, no tienen ningún eco ni respuesta de aceptación, pues como se dijera su voluntad la que para nada importa, se halla dominada por la fuerza irresistible o por la insuperable coacción que le ha sido impuesta por el sujeto agresor quien atenta contra su libertad sexual”¹⁴.

Finalmente, ha aclarado que otra de las manifestaciones de la incapacidad para resistir es cuando la persona se halla en un estado de compulsión o vis compulsiva, es decir, actúa de cierta manera sin que “el yo ni los frenos inhibitorios de la racionalidad, de la conciencia y discernimiento consigan hacer uso de la libertad de actuar o de no hacerlo”¹⁵.

En suma, la “incapacidad para resistir” es un concepto genérico que abarca toda situación que limita las posibilidades del sujeto pasivo de autodeterminarse y prestar su consentimiento para aceptar un acceso carnal o acto sexual¹⁶. De este modo, “no alcanza a comprender la relación o no tiene capacidad cognitiva libremente en su realización”¹⁷.

2. Esta situación se presenta cuando a la víctima le es imposible desplegar sus facultades volitivas y mentales. La doctrina define este estado como la perturbación en la percepción y volición, que afecta gravemente la actividad del sujeto y, en consecuencia, coarta su autodeterminación frente a una agresión sexual. Para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desde una perspectiva general, se trata de un estado en el que el sujeto, que es víctima del punible, se encuentra bloqueado en sus facultades cognitivas¹⁸. El estado de inconsciencia puede generarse como consecuencia de la ingesta de bebidas alcohólicas, consumo de sustancias tóxicas, hipnosis, sueño profundo y demás circunstancias que afecten gravemente su

13Sentencia del 24 de febrero de 2016 (Rad.47150), M.P Gustavo Enrique Malo Fernández

14Sentencia del 25 de noviembre de 2008 (Rad.30546), M.P Yesid Ramírez Bastidas.

15Ibidem.

16Sentencia SP3449-2019 del 21 de agosto de 2019, M.P Luis Guillermo Salazar Otero.

17Sentencia SP15378-2016 del 26 de octubre de 2016, M.P Eugenio Fernández Carlier.

18 Proceso 30546. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. 25 de noviembre de 2008. Citada por la Sentencia del 25 de abril de 2016. Tribunal Superior de Buga. Sala Quinta de decisión Penal. M.P. José Jaime Valencia Castro. En el 2014, esa Alta Corte aclaró también que la inconsciencia “(...) se trata de aquellos estados en los que el ser humano objeto de la agresión sexual se halla bloqueado en sus facultades cognoscitivas, efecto de anulación en la capacidad de conocimiento que puede darse como resultado de la ingesta de licor o de cualquier sustancia natural o química que produzca dicho efecto”. Al respecto puede verse: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 17 de junio de 2014 (Rad.30546), M.P José Luis Barceló Camacho.

*coordinación motora y su discernimiento*¹⁹.”(Negrillas fuera del texto original).

El principio de congruencia. La congruencia se entiende, conforme al artículo 448 de la Ley 906 de 2004, como una garantía para el acusado que únicamente puede ser declarado penalmente responsable por los hechos atribuidos en la acusación y por los delitos por los cuales se ha solicitado condena. Se trata de la reciprocidad que debe existir entre la conducta por la cual una persona es acusada y la solicitud de condena con la decisión definitiva sobre su responsabilidad. Ahora, en cuanto a lo personal y fáctico la acusación legalmente formulada se torna absoluta e intangible, es decir, no puede variarse, modificarse o alterarse. Con la congruencia jurídica no ocurre lo mismo, en tanto es relativa, debido a que el juez se encuentra facultado para condenar por un delito diferente o de manera atenuada, a condición de que no se afecte el núcleo fáctico de la imputación y no se empeore la situación del procesado. Sobre el tema la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia expresó²⁰:

«Esta Corporación ¹³ ha precisado que el desconocimiento del principio de congruencia se presenta cuando: (i) se condena con afectación del núcleo fáctico, esto es, por hechos distintos o delitos diferentes a los atribuidos en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, (ii) se condena por un ilícito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica o jurídicamente en la acusación; (iii) se condena por el reato atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada o acusada; (iv) se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación. También la Sala ha señalado que la incongruencia puede presentarse de forma (i) positiva o por exceso y (ii) negativa, omisiva o por defecto. 14 La primera ocurre cuando el fallador decide más allá de lo establecido en la acusación, esto es, desborda el marco fáctico o jurídico del contenido de aquella. La segunda, por su parte, tiene lugar cuando el juez en la sentencia omite pronunciarse total o parcialmente de los cargos formulados en la acusación.»

Frente a la posibilidad de condena por un delito diferente al anunciado en la imputación, en la acusación o en la petición de condena señala la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia Penal SP 2390 del 22 de febrero de 2017, rad. 43041, luego de reseñar su postura anterior, para variar la condición de que el nuevo delito por el que se condenaba correspondiera al del mismo género delictivo expresó: *«De lo anterior se sigue que, hoy en día, es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, así no corresponda al mismo título, capítulo o bien jurídico tutelado,*

19Barrera, Humberto; Barrera, Jaime Darío (1998). *Delitos Sexuales*". Bogotá D.C: Librería del Profesional. Págs. 141-144.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP401-2021, radicado 55833 de 17 de febrero de 2021.

siempre que se mantenga el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de menor entidad, y se respeten los derechos de las partes».

Significa lo anterior, que quien es acusado por acto sexual violento puede ser declarado culpable por acto sexual abusivo con incapaz de resistir, en tanto se reúne esa condición para que se pueda condenar por un delito distinto por el que se le acusó, sin comprometer el principio de congruencia, en tanto el artículo 206 del código penal sanciona aquel punible con pena de prisión que oscila entre los ocho (8) a dieciséis (16) años y el artículo 210 de la misma obra también prevé para el acto sexual abusivo con incapaz de resistir pena de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

Análisis probatorio y resolución del caso. En criterio del Tribunal, conforme a las estipulaciones probatorias y las pruebas debatidas en juicio oral, se demostró en el grado de conocimiento más allá de toda duda la ocurrencia del delito de acto sexual con incapaz de resistir y la responsabilidad del procesado JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ en calidad de autor de este reato y no el punible de acto sexual violento. Veamos:

La defensa ubica la divergencia respecto de la credibilidad otorgada al testimonio de Rosmary Henao Urrego, quien acompañaba al acusado en el municipio de Caucasia, Antioquia, el veintiséis (26) y veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), en cumplimiento de una actividad de pesquisa que debían realizar, en su condición de investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación Judicial de la Fiscalía General de la Nación. En la madrugada del veintisiete (27) de octubre Rosmary Henao Urrego, según dijo, fue asaltada sexualmente por su compañero de trabajo aprovechando que compartían habitación en el hotel donde se hospedaron.

Concretamente, el primer reparo apunta a desacreditar la declaración jurada de la señora Rosmary Henao Urrego, en tanto se trató de la única deponente de cargo, es decir, en criterio del togado se constituyó en testigo único y por esa razón insuficiente para demostrar los extremos de la imputación en la forma exigida en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, como si en estos casos rigiera la regla de valoración probatoria de tarifa legal fundada en el principio de un solo testigo, testigo nulo; planteamiento equivocado ya que el sistema de valoración probatoria aplicable en nuestro medio procesal es el de la libre valoración, según el cual debe ser analizado teniendo en cuenta las condiciones personales,

la capacidad de recordación y evocación del deponente o situaciones que afecten su imparcialidad. En este evento, si el opugnador pretendía que no se le otorgara credibilidad a la testigo debió plantear un error en la racionalidad en el proceso de valoración, pues, recuérdese, conforme con el sistema de apreciación racional el juez tiene cierto ámbito de discrecionalidad en la valoración probatoria, el cual sólo encuentra límite en los postulados de la sana crítica.

En el caso en particular, como ocurre en la mayoría de los casos de delitos sexuales, el hecho ocurrió a puerta cerrada y por ese motivo solo se cuenta con la versión de la víctima, pues en la madrugada del veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010) en la habitación del hotel ubicado en el municipio de Caucasia, Antioquia, aledaño a las instalaciones del Cuerpo Técnico de Investigación solo se encontraban Rosmary Henao Urrego y el procesado JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ.

El recurrente asegura que no se acreditó debidamente la fecha de ocurrencia de los hechos, en tanto según el dicho de la víctima los acontecimientos sucedieron en la madrugada de veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), data en que ni la víctima ni el acusado se hallaban en Caucasia, Antioquia.

Según la imputación²¹ y la acusación²² el acontecer investigado ocurrió en la madrugada del veintisiete (27) de octubre de dos mil 2010, pues según el hecho jurídicamente relevante que fija la temporalidad de los mismos, el desplazamiento de Rosmary Henao Urrego y JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ a la población de Caucasia, Antioquia, ocurrió el veintiséis (26) de octubre de esa anualidad de donde regresaron el día siguiente, es decir, el veintisiete (27) de octubre.

Ahora, en los dos momentos procesales de formulación de imputación y acusación, se indica que los hechos acaecieron en el hotel de Caucasia, Antioquia, donde pernoctaron los dos investigadores, en la madrugada del veintisiete (27) de octubre de 2010, cuando Rosmary Henao Urrego inesperadamente despertó y advirtió que su compañero la había abordado, pues la tenía abrazada con una mano y con lo otra manoseaba sus partes íntimas (vagina y senos), por encima de la pijama.

²¹ Audiencia preliminar de imputación realizada el 6 de febrero de 2019 minuto a minuto 08:13 a 10:02.

²² Audiencia de acusación realizada el 22 de mayo de 2019 a partir del minuto 13:53.

Entonces no es cierto como lo pregona el confutador que el marco temporal de los hechos se circunscribe al veinticinco (25) y veintiséis (26) de octubre de dos mil diez (2010), como tampoco que los acontecimientos materia de investigación hayan tenido lugar en la alborada de ese veintiséis (26) de octubre, pues los hechos jurídicamente relevantes indicados en la audiencia de imputación y en la de acusación son precisos y concretos al definir su ocurrencia en la madrugada del veintisiete (27) de octubre del año dos mil diez (2010).

En consecuencia, contrario a la postura defensiva, no se advierte contradicción entre lo afirmado bajo juramento por la testigo Rosmary Henaó Urrego en la audiencia de juicio oral y la fecha de los hechos, según la imputación fáctica, pues la fiscalía inquirió a la declarante sobre las actividades realizadas por ella los días veintiséis (26) y veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010) y respondió que ese veintiséis (26) de octubre se había desplazado por tierra al municipio de Caucasia, Antioquia, junto con su compañero de trabajo JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ, para cumplir una misión de trabajo como investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación, donde permanecieron dos (2) días, no obstante la comisión había sido autorizada por tres (3) días. Fielmente ese relato se ofreció en juicio oral así:

Fiscal: ¿Rosmary para las fechas 26 y 27 de octubre del 2010, recuerda usted específicamente que labores de policía hubo de realizar?

Testigo: ese día me desplace para Caucasia para una comisión de servicios.

Fiscal: ¿Con quienes se desplazó al municipio?

Testigo: con JOSÉ VERGARA

Fiscal: ¿solo los dos?

Testigo: si, solo los dos.

Fiscal: ¿cómo hicieron el desplazamiento, aéreo o terrestre?

Testigo: Terrestre, en el carro oficial. Nosotros la unidad de libertad individual en ese momento pertenecía al Gaula, y entonces el Jefe del Gaula, nos prestó una camioneta para que nos fuéramos a Caucasia a realizar la comisión de servicios, una orden de trabajo que yo tenía para ese entonces.

Fiscal: ¿Recuerda usted si debió pernoctar en el municipio de Caucasia?

Testigo: si, la comisión era por tres días, pero no estuvimos sino dos días.

De otra parte, se tiene que las partes mediante estipulación probatoria ingresaron al juicio como probado, lo siguiente:

“QUE PARA LOS DIAS 25 Y 26 D E OCTUBRE DE 2010, TANTO ROSMARY HENAO URREGO COMO JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ ESTUVIERON EN CAUCACIA EN COMISIÓN DE SERVICIOS, REALIZANDO LABORES PROPIES DE SU CARGO.”

Grave error de las partes al anunciar ese acuerdo probatorio y del juez que presidió la audiencia preparatoria al autorizar en esos términos la estipulación, pues no coincidía con los hechos relevantes de la imputación y la acusación, pues si bien hacía relación a un hecho, era discordante con el que fuera definido como relevante en la imputación y en la audiencia de acusación. La imputación fáctica es inmodificable por esa razón no es posible para el juez, acorde con el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, declarar culpable al procesado por hechos que no constan en la acusación.

Entonces, así el *A quo* haya errado al indicar que los hechos acaecieron los días veinticinco (25) y veintiséis (26) de octubre de 2010 y a través de estipulación probatoria las partes hayan ingresado como probado que los acontecimientos investigados ocurrieron entre el veinticinco (25) y veintiséis (26) de octubre de dos mil diez (2010) ese error no varía la imputación fáctica, pues ella depende de la formulada en la audiencia preliminar correspondiente.

Lo cierto es que la testigo confirmó en juicio la temporalidad de los acontecimientos según la imputación y la acusación, como también que esa manifestación de la declarante no fue impugnada en su credibilidad por el opugnador, por lo tanto corresponde en aplicación del principio de imparcialidad descrito en el artículo 5° de la Ley 906 de 2004 orientar la cuestión por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia; así, la conclusión es clara: se probó en juicio oral la temporalidad y el escenario de ese acontecer, porque la prueba testimonial cumplió su finalidad con forme con el artículo 372 de la Ley 906 de 2004.

Ahora, para analizar si el comportamiento del autor permite reconstruir la hipótesis delictiva de acto sexual violento o acto sexual en persona incapaz de resistir, es pertinente

remitirnos al testimonio de Rosmary Henao Urrego rendido en el marco de la audiencia de juicio oral.

Según su narración los hechos ocurrieron en la madrugada del veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), cuando laboraba como investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación Judicial de la Fiscalía General de la Nación en Medellín, siendo compañera de JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ. Que debido a sus funciones se le asignó a ella y al acusado una misión de trabajo para llevarla a cabo en Caucaasia, Antioquia, durante tres (3) días comprendidos entre el veintiséis (26) al veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010).

Aseguró que el desplazamiento inició desde Medellín hasta Caucaasia ese veintiséis (26) de octubre a las seis (6) de la mañana, a donde llegaron a eso del medio y pernoctaron hasta el día siguiente, es decir, hasta el veintisiete (27) de octubre. Una vez en ese municipio se dirigieron a las instalaciones del Cuerpo Técnico de Investigación y durante la tarde ella recibió varias entrevistas. JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ le comentó que había ubicado un hotel para hospedarse ubicado en el sector del centro de esa municipalidad y en las proximidades de las instalaciones del Cuerpo Técnico de Investigación a donde, terminada la jornada, se dirigieron.

En el sitio VERGARA LÓPEZ le dijo que solo había disponible una habitación con dos (2) camas, a lo que ella no le vio inconveniente y decidió compartir el cuarto, por cuanto en otras misiones había sucedido lo mismo, incluso, dijo, en ocasiones en el monte todos los investigadores pernoctaban en la misma carpa. Continuó su relato expresando que una vez en la habitación se acostó a dormir, mientras que su compañero JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ salió a departir con unos amigos y regresó a las nueve (9) de la noche y salieron a cenar, al regresar al hotel ella permaneció en la habitación y su compañero nuevamente se retiró del lugar.

En horas de la madrugada, comentó, mientras dormía, JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ la abordó abrazándola y tocándole los senos y la vagina por encima de la pijama, entonces, le reclamó verbalmente e intentó impedir que la manoseara, a lo que el hombre le respondió que gustaba de ella; en respuesta a ese comportamiento y manifestaciones repetidamente y disgustada le exigía respeto, le pedía que se retirara e

intentó en varias oportunidades levantarse, pero se lo imposibilitó lanzándola a la cama y sujetándola con más fuerza. Así refirió la testigo este episodio²³:

Fiscal: ¿cuéntenos?

Testigo: Resulta que yo me acosté a dormir, sí. En horas de la madrugada no sé a qué horas, sí. Yo estaba durmiendo cuando yo sentí me estaban, que me que alguien me abrazó y empezó como a acariciarme pues con la pijama, dentro de la pijama, no dentro de la pijama no, fuera de la pijama, a ponerme las manos encima, yo me desperté asustada porque como te digo, yo como que no no reaccionaba donde estaba y yo hey, pero qué pasó, cuando vi era que el señor Vergara me estaba acariciando, entonces a mí me dio rabia y le dije yo que por qué, que se quitara de ahí, que cómo así que me estaba faltando al respeto, que me estaba tocando, que cómo así, que nada no mi amor, tranquila, no pasa nada, usted me gusta desde hace muchos días, y yo le dije qué pena señor Vergara, pero me hace el favor y a mí me hace el favor y me respeta, eeh, que em que yo solamente soy su compañera de trabajo y a mí me respeta me hace el favor, si tiene ganas de buscar una vieja, búsquela en la calle, a lo que, entonces eh, seguía y seguía molestándome. Yo bregaba a pararme y él me cogía abrazada no me dejaba reaccionar ni nada.”

Luego, al responder preguntas complementarias formuladas por el señor juez la deponente concretó que los manoseos lascivos por parte de JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ se llevaron a cabo en la vagina y los senos, por encima de la pijama y explicó que la violencia ejercida por este consistió en que cuando ella intentaba evitarlo tratando de pararse de la cama él la abrazaba con fuerza y la lanzaba contra la cama; se le arrojaba encima, la derribaba y seguía tocándola con una de las manos. Sobre el particular dijo:

“Sí él me hacía tocamientos por encima de la pijama, si señor.

En la vagina y en los senos

Juez: ¿Ejerció en contra de usted algún tipo de violencia?

Testigo: Pues la violencia que él hacía era que cuando yo intentaba cómo reaccionar a pararme él volvía y me abrazaba y me tiraba contra la cama para volverme a abrazar y tocarme.

Juez. Explique más eso, como que la tiraba a la cama, la abrazaba.

Testigo. O sea llegaba y se me tiraba encima sí, como a cogerme a la fuerza, pues, si y seguirme tocando con un brazo me cogía y con el otro me sobaba.”²⁴

Analizado el relato de la señora Rosmary Henao Urrego se tiene que, en efecto, se trata de un caso con testigo único y creíble porque:

²³ Minuto a minuto 24:36 a 25:49 audiencia de juicio oral

²⁴ Minuto a minuto 41:44 a 41:26 audiencia de juicio oral.

- i) fue preciso y detallado en describir que cuando despertó en la madrugada del veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), en la habitación del hotel en Caucasia, vio al acusado en su cama y sintió que la tenía abrazada y le manoseaba la vagina y los senos por encima de la ropa. Así mismo, que intentaba pararse para evitar seguir siendo abusada, pero el procesado la tiraba a la cama y nuevamente la abrazaba con fuerza con un brazo y con el otro la manoseaba.
- ii) Fue circunstanciado y rico en detalles, pues la deponente respondió sin titubeos a las siguientes preguntas. a) ¿Qué pasó? Mientras dormía y despierta le tocaron la vagina y los senos por encima de la ropa cuando con fuerza el hombre la abrazaba con un brazo y con el otro le manoseaba las partes íntimas. b) ¿Quién? El procesado, su compañero de trabajo en el CTI, JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ. c) ¿Dónde? En Caucasia, Antioquia, en un hotel donde se hospedaron ubicado en inmediaciones de la oficinas del Cuerpo Técnico de Investigación de ese municipio, en una habitación de dos camas que compartieron y, d) ¿Cuándo? En la madrugada de la primera noche que pernotaron en ese hotel, es decir, el veintisiete (27) de octubre de 2010.
- iii) Su credibilidad no fue impugnada por la defensa en la forma señalada en el artículo 403 Ley 906 de 2004.
- iv) No se infiere motivo alguno para que la señora Rosmary Henao Urrego haya mentido bajo la gravedad del juramento, además, aseguró, JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ era su compañero de trabajo, respecto de quien jamás se imaginó iba a recibir ese trato.
- v) Ciertamente Rosmary Henao Urrego tardó en formular la denuncia, sin embargo de manera razonable informó los motivos para que así procediera: no quería que su familia se enterara de esa desagradable y vergonzosa experiencia y tampoco sus compañeros de trabajo para no verse comprometida en murmuraciones y burlas. Explicación sensata, más cuando asegura que la motivación de denunciar surgió cuando el Jefe del Cuerpo Técnico de Investigación la llamó para comentar una situación similar en la que estaba involucrado el procesado y ella llorando le manifestó lo sucedido con él el día de marras. Situación que explica por qué el Dr. Hernán de Jesús Morales, Director del Gaula, Antioquia, no

conociera los hechos investigados, lo cual no debilita la credibilidad del testimonio.

- vi) De haber sido falsa la sindicación hubiese podido ser denunciada por el delito de falsa denuncia en contra de persona determinada, pero el procesado no lo hizo o por lo menos ese planteamiento no se efectuó por la defensa.

Bien se ve, que la conducta desplegada por JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ en la aurora del veintisiete (27) de octubre de 2010, en la habitación del hotel de Cauca, Antioquia, donde pernoctaba con su compañera de trabajo Rosmary Henao Urrego se adecúa al tipo penal de acto sexual abusivo en incapaz de resistir, en tanto el manoseo llevado a cabo en las partes íntimas de la mujer, por encima de la pijama, lo desplegó mientras ella dormía y por esa razón no estaba en posibilidad de autodeterminarse y prestar su consentimiento para aceptar ese trato libidinoso en sus partes íntimas. La persona dormida, o en sueño profundo, tiene bloqueadas sus funciones cognitivas lo cual le impide dar su consentimiento para sostener un trato sexual, tal cual le ocurrió a la señora Rosmary Henao Urrego, pues cuando se despertó esa madrugada advirtió que JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ le manoseaba sus partes íntimas y al reclamarle él le respondió que le gustaba hacía mucho tiempo y continuó con su ilícito propósito no obstante los reclamos, súplicas y rechazo de la mujer.

Huelga mencionar, la testigo en su relato hace alusión a dos episodios de tocamientos en su cuerpo ocurridos ese mismo día y realizados por el acusado: el primero, ocurrió mientras dormía, pues el procesado aprovechó esa circunstancia para, sin su aquiescencia, manosearle las partes íntimas por encima de la pijama; el segundo, mencionado no con mucha claridad, ocurrió cuando ya despierta la somete a la fuerza abrazándola con un brazo y manoseándola con el otro, según ella intentaba impedirlo, pero él la lanzaba contra la cama.

Para el Tribunal, ese segundo episodio no fue contemplado en la imputación ni acusación como relevante, contrario a lo comprendido por el *A quo*. Para mayor claridad al respecto de se trae lo expresado por la delegada de la Fiscalía en la audiencia de acusación, intervención muy similar a la de la audiencia de imputación:

*“Para los días 26 y 27 de octubre 2010 la señora Rosmary Henao Orrego, identificada por cédula de ciudadanía 43591305 funcionaria del CTI de la fiscalía se desplaza en una comisión hacia el municipio de Caucasia, Antioquia, en compañía de un compañero de nombre JOSÉ GREGORIO VERGARA, identificado con la cédula de ciudadanía 92519665. Al terminar el día trabajo, el 26 de octubre de ese año, se dirigen a un hotel donde se dedican al descanso, en el transcurrir de la noche del 26 al 27 de octubre 2010, cuando la señora Rosmary se encontraba dormida se despierta asustada y se da cuenta que en su cama se encontraba el señor José Gregorio Vergara quien con una mano la tenía abrazada y con la otra le estaba acariciando su cuerpo en sus partes íntimas (senos vagina), de inmediato la señora Rosmary lo empuja y le dice que la respete, que no se equivoque con ella, el señor José se ríe y le dice que tranquila que se deje querer que eso no duele; seguidamente le manifiesta que ella le gusta, que ella le gusta hace mucho tiempo **e intenta** de nuevo realizar tocamientos a la señora Rosmary y ella reacciona nuevamente de forma preventiva y el señor JOSÉ VERGARA decide irse a su cama; pasado el rato trata nuevamente realizar actos sexuales a la señora Rosmary diciéndole que no lo dejara así, por lo que la señora Rosmary decide irse hacia la puerta de la habitación y amanecer allí.”*

Así, no sería acertado que el Tribunal profiriera una sentencia de condena por ese hecho, en tanto no fue atribuido ni en la imputación ni en la acusación. Ahora aceptando en gracia de discusión que si se haya definido este hecho como relevante, tampoco podría emitirse una sentencia por cuando no se imputó jurídicamente esa conducta en concurso heterogéneo.

Tal como se indicó anteriormente, a pesar de que el procesado fue acusado y condenado como autor de actos sexual violento, según las previsiones del artículo 206 del código penal, el cual es sancionado con pena de prisión que oscila entre los ocho (8) a dieciséis (16) años, puede ser sentenciado, sin compromiso del principio de congruencia, por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, descrito y sancionado en el inciso segundo del artículo 210 de la misma obra, en tanto prevé igualmente pena de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

Por último, de acuerdo con el antes citado contexto legal y jurisprudencial, en lo que atañe a los derechos de las mujeres y las víctimas de delitos sexuales, la Sala pasa a constatar patrones de discriminación sexual por parte del procesado, pues este creyó, desde una enfoque machista, que como su compañera de trabajo había convenido compartir habitación con él, le estaba además permitiendo cualquier vejamen sexual de su parte, al punto que viéndola dormida aprovechó para libidinosamente abordarla y manosearla y después intentar someterla con fuerza.

Además, porque no hizo caso a las manifestaciones claras y certeras que ella le hacía en cuanto a no querer trato sexual con él, por el contrario con expresiones poco dignas para una mujer y utilizando esa fuerza que superaba la de ella, cuando intentaba pararse la lanzaba nuevamente contra la cama y la sujetaba con fuerza para tocarla, comportamiento a todas luces inadmisibles, pues constituye una afrenta a la señora Rosmary Henao Urrego, en su condición de mujer digna, respetable, valiosa y competente para tomar sus propias decisiones.

Valga mencionar lo que la Corte Suprema de Justicia expresó:

“Es la mujer, como un ser humano digno, valioso, capaz de tomar decisiones y de expresarlas, quien define si permite ser tocada o cortejada. De ahí que, si manifiesta una negativa, no lo consiente expresamente, guarda silencio o evita alentar inequívocamente este tipo de comportamientos, todo ello debe entenderse con el mismo efecto que si hubiese manifestado un rotundo no.

En consecuencia, este tipo de actuaciones que constituyen una inaceptable afrenta y atropello, porque cosifica a la mujer, no se pueden normalizar, tolerar ni mucho menos perpetuar, siendo deber de toda la sociedad propender y luchar con una profunda consciencia ética por su erradicación, como paso importante y necesario para alcanzar una real y verdadera igualdad de género.”

Cumplida la verificación de la realidad procesal, la Sala determina que no tienen vocación de prosperidad las pretensiones del recurrente encaminadas a la revocatoria de la sentencia por duda probatoria, por lo que en vez de ello, será confirmada, pero por las razones esbozadas en esta providencia.

Dosificación punitiva. Se recuerda que el procesado fue condenado por el delito de actos sexual violento y, como consecuencia de ello, el *A quo* le impuso noventa y seis (96) meses prisión y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión.

Como consecuencia de la variación en la calificación jurídica resulta innecesario efectuar una readecuación de la pena, toda vez que los dos punibles (acto sexual violento y acto sexual abusivos con incapaz de resistir) descritos y sancionados en los artículos 206 y

210 inciso segundo del código Penal prevén una pena de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

Otras decisiones. Una vez ejecutoriada la presente sentencia: (i) en cumplimiento de lo señalado en el artículo 166 de la Ley 906 de 2004, comuníquese la providencia a las autoridades allí relacionadas; (ii) levántese toda medida cautelar impuesta como consecuencia del acto de imputación en contra de JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ; y, (iii) líbrese la correspondiente orden de captura en contra de JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ, tal como lo dispone el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 y la Sentencia C- 342 de 2017.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida, el treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia, contra JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ, pero la condena se impone en calidad de autor responsable del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir y no por el punible de acto sexual violento.

SEGUNDO. ADVERTIR que contra esta providencia procede el recurso de casación, el cual podrá interponerse dentro del término legal.

TERCERO. DAR CUMPLIMIENTO a lo ordenado en el acápite de otras determinaciones y **ENVIAR** copia de esta decisión al juzgado de primera instancia.

Notifíquese y cúmplase.

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada

Radicación: 05001600020720110019801 (2022-0801-3)

Procesados: JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ

Delito: Acto sexual abusivo con incapaz de resistir

Decisión: confirma con modificación

(firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Magistrada

(firma electrónica)

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

Com Salvamento de Voto

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez

Magistrada

Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Firma Con Salvamento De Voto

Isabel Alvarez Fernandez

Magistrada

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **15016ead15b9394cb86d2a7acb78d4f12f05105903b45e0b532f490a7b379a05**

Documento generado en 16/08/2023 05:14:01 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL PARA ADOLESCENTES

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

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

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

Aprobado según acta Nro.087

1. ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Representante de víctimas y la defensa del procesado, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Fe de Antioquia, el 07 de julio de 2023, que declaró la responsabilidad del joven J.S.C.U.² como autor del delito de Homicidio agravado.

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 La información que permite identificar o individualizar al menor infractor, fue suprimida por la Magistratura, con el objeto que el contenido de la providencia pueda ser observado sin desconocer los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.

2. RESUMEN HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Fueron consignados en la sentencia recurrida de la siguiente forma:

“El 14 de junio de 2022 el joven J.S.C.U. lesionó con arma corto punzante a C.M.A.S., al propinarle dos heridas en la región para esternal izquierda y arteria pulmonar, luego de que este le reclamó por el pago de una deuda; el hecho ocurrió en el barrio La Maqueda de Santa Fé de Antioquia. Como consecuencia, el sr A.S. falleció ese mismo día en el centro asistencial de Santa Fe de Antioquia. El joven J. S. C. U. fue aprehendido el 9 de marzo de 2023, previa orden judicial emanada de la Fiscalía 6 Seccional de Santa Fe de Antioquia actualmente se encuentra recluido en el Centro de internamiento Preventivo La Acogida con sede de Medellín.”

3. SINTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

El día 10 de marzo de 2023, celebró el Juez Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Anzá, audiencia de legalización de aprehensión, para seguidamente individualización e imputación al, entonces menor J.S.C.U, como presunto autor a título de dolo, del delito de homicidio agravado. En esa misma oportunidad, se le impuso medida de internamiento preventivo en centro de rehabilitación “La Pola”.

Posteriormente por reparto, le correspondió el conocimiento de la presente causa, al Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Fé de Antioquia, quien dio tramite a la audiencia de formulación de acusación el día 25 de mayo de la anualidad que avanza, acorde con la imputación ya señalada. El 9 de junio calendas, al inicio de la audiencia preparatoria el menor infractor decide allanarse a los cargos, por la conducta punible endilgada.

Finalmente, el 7 de julio se dio lectura al fallo y se impuso la sanción, pero como el representante judicial de las víctimas quedara inconforme, así como la defensa judicial del menor infractor, se concedió ante esta Corporación la alzada respectiva.

4. LA SENTENCIA APELADA

Fue condenado el joven J.S.C.U., en virtud del allanamiento a cargos, como autor del delito de homicidio agravado, imponiéndosele internación en centro de atención especializado, por el lapso de 4 años.

Argumentó el juez con respecto al análisis demostrativo de la conducta punible, que el infractor conocía que estaba realizando una conducta indebida, lesionando el bien jurídico de la vida, la integridad personal, sin justa causa. Por ende, tenía la capacidad de comprender el alcance e ilicitud de su comportamiento y era consciente de su prohibición legal, toda vez que no existen elementos probatorios que nos permitan colegir que dicho joven tenía algún grado de distorsión o insanidad mental que le impidiera comprender las consecuencias de su accionar. No existen demostradas causales de ausencia de responsabilidad penal de las contenidas en el artículo 32 del C.P.

En lo tocante a la situación socio familiar, económica, psicológica y cultural del menor, rememora el informe presentado por la Defensoría de Familia de Santa Fé de Antioquia, el cual da cuenta el menor, nacido en Lorica- Córdoba, el 17 de julio de 2004 (hoy tiene 18 años 11 meses) procede de una familia de tipología

matriarcal, donde la madre es cabeza de familia, se encuentra escolarizado en 6 grado, recibe atención psicológica en el Centro la Acogida, vinculado a actividades extracurriculares de música y deportes, sin consumo de SPA desde hace 10 meses (sustancias psicoactivas), tiene buenos vínculos con padres, hermanos y sobrinos. Proyecta ser soldado profesional y estudiar derecho. Según estudio socio familiar, ha recibido amenazas por parte de grupos al margen de la ley. Requiere seguimiento psicológico por afectaciones emocionales, con buenas condiciones de salud.

Frente a los límites punitivos para imponer la sanción se dijo de acuerdo con el artículo 187 del CIA la conducta descrita está sancionada con una pena de privación de libertad en Centro de Atención Especializada cuya duración es de dos (2) a ocho (8) años, para finalmente imponer una sanción de cuatro (4) años.

Al final de sus disertos, el fallador primigenio, de acuerdo con el artículo 9 del C.P. halló estructuradas las condiciones para establecer la responsabilidad del adolescente enjuiciado, sin que se lograra establecer causal de ausencia de responsabilidad de conformidad con el artículo 32 de la codificación adjetiva.

5. LA ALZADA

5.1 De la representación judicial de las víctimas como recurrente

La inconformidad expresada por el representante de las víctimas, entre otras razones, consistió en criticar el fallo opugnado porque en el mismo al momento de la imposición de la sanción no se hizo

ningún tipo de motivación relacionadas con la consecución la conducta punible endilgada al procesado, las cuales no fueron ni valoradas en cuenta por parte del Juez de primer nivel. Tal situación, en sentir del apelante, aconteció ante el mutismo argumentativo en el que incurrió el *A quo*, quien no hizo ningún tipo de mención o de análisis sobre lo ocurrido.

Por esa misma línea, censuró que el juez de instancia desconociera que “se está en presencia de una conducta de homicidio agravado donde perdió la vida una persona muy joven con un futuro por delante”, exponiendo:

“estamos ante una conducta supremamente grave, es el bien jurídico más importante que tenemos los seres humanos, hay una afectación gravísima sobre la familia, y máxime cuando esos hechos ocurrieron por una supuesta deuda, es una justificación fútil; por otro lado el comportamiento del menor infractor ex -post a los hechos, no le prestó los primeros auxilios a la víctima después de que lo apuñaló, y no contento con ello se fue del municipio de Santa Fé de Antioquia hacia otra municipalidad en vez de enfrentar las autoridades judiciales sobre lo que había pasado, pero prefirió salir del pueblo donde ocurrió los hechos e incluso incorporase al Ejército Nacional como si nada hubiese pasado”

Resalta el hecho de que el adolescente infractor aceptó su responsabilidad en el delito que cometió contra la vida, motivo por el que algún beneficio debe verse reflejado como lo prevé el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, teniéndose en cuenta que la aceptación a cargos fue en diligencia de audiencia preparatoria, donde se establece una rebaja cuando se captura por orden judicial de un 33.3%.

Es decir, para el censor el juez de instancia no tuvo en cuenta presupuestos de tipo objetivo ni subjetivo al momento de establecer el monto de la sanción, pues cuatro (4) años no son suficientes para la intervención frente a la gravedad de la conducta realizada; en consecuencia, solicitó que la decisión sea modificada en este sentido.

5.2 Por su parte, la apoderada judicial del procesado, gravita la inconformidad en lo que hace a la sanción impuesta, pues considera que su representado debe ser sujeto de una de menor entidad. Indica que de conformidad con el artículo 174 de la ley 1098 de 2006, se le concediera a su defendido “un principio de oportunidad recodificando su sanción a la mínima 2 (dos) años”, sin desconocer el dolor y el sufrimiento de la familia de la víctima.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Esta instancia judicial tiene facultad legal para resolver la controversia sometida a su consideración en razón de lo dispuesto por los artículos 168 de la Ley 1098 y 34-1º de la Ley 906.

5.2. Problema jurídico

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

De la tesis de la discrepancia formulada por el recurrente, en opinión de la Sala se contrae el siguiente problema jurídico: ¿Se incurrió en algún tipo de defecto en la motivación del fallo opugnado que lo vicie de nulidad por afectar el debido proceso? En caso negativo, lo procedente sería preguntarnos ¿estuvo atinado el a-quo al imponer la sanción de cuatro (4) años al adolescente J.S.C.U?

Teniendo en cuenta que la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente consiste en cuestionar su motivación, la cual cataloga de precaria e insuficiente porque al momento de la dosificación de la sanción se omitió hacer mención la fundamentación jurídica de la pena a imponer, lo cual de una u otra forma repercutiría en la sanción a imponer, considera la Sala pertinente llevar a cabo un breve y somero estudio del principio de la motivación de las providencias judiciales, para de esa forma poder determinar si son o no acertados los reproches formulados por el recurrente en contra del fallo confutado.

El principio de la motivación de las providencias judiciales hace parte de ese cúmulo de garantías que el artículo 29 de la Carta ha denominado como debido proceso y tiene su fuente en las disposiciones consagradas en el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, así como de manera expresa en el inciso 2º del artículo 13 de la Ley # 600 del 2.000³ e implícitamente en el artículo 162 C.P.P. Dicho principio pregona la obligación que le asiste a los funcionarios

³ Aplicable al presente asunto según los postulados de los principios de integración y coexistencia. {Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 08 de abril de 2008. Rad. # 25306}.

judiciales de ofrecerle a las partes y demás sujetos que intervengan en una actuación procesal una explicación razonable, plausible y comprensible sobre las razones o motivos, tanto de hecho como de derecho, que incidieron y sirvieron de sustento para la toma de una decisión, para que de esa forma ellos puedan entender o comprender en debida forma tanto lo resuelto como lo decidido, y con base en esa comprensión válidamente puedan ejercer el derecho a la contradicción e impugnación en caso que lo resuelto por el Fallador de instancia afecte o le ocasione algún tipo de perjuicio a sus intereses o aspiraciones procesales.

Sobre el alcance y las características del principio en comento, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

"En torno al deber de motivación de la sentencia se ha dicho que es una garantía inherente al debido proceso establecida a favor de los intervinientes, quienes en virtud de ella podrán conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias y los juicios sobre los cuales el juez la construye, e identificar los motivos de discrepancia que posibilitan la interposición y sustentación de los recursos en relación con los temas objeto de inconformidad.

Dicha garantía es un imperativo del juez y no facultad discrecional, apoyada en el principio de justicia material que hace parte del artículo 228 de la Carta Política, que obliga a referirse a los temas y aspectos propuestos por las partes, a precisar y concretar las razones fácticas y jurídicas que fundamentan el fallo, y las que dan lugar a su revocatoria, modificación, aclaración o adición..."⁴.

Esclarecido en qué consiste el principio de la motivación de las providencias judiciales, acorde con lo establecido tanto por la jurisprudencia⁵ como por la doctrina, se tiene que una sentencia o cualquier otro proveído afín vulneraría dicho principio cuando se

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 12 de octubre de 2016. SP14626-2016. Rad. # 46714. M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

⁵ Ver entre otras: sentencia del 10 de agosto del 2000. Rad. # 13066; sentencia del 19 de agosto de 2015. SP10998-2015. Rad. # 38.685; sentencia del 3 de febrero de 2016. SP918- 2016. Rad. # 46.647; providencia del 19 de octubre 2016. AP7114-2016. Rad. # 46819.

presente alguna de las siguientes hipótesis: a) La carencia total de motivación; b) La motivación incompleta o deficiente; c) La motivación ambivalente, equívoca o anfibológica; d) La motivación la falsa o sofisticada; e) La motivación cantinflasca.

Según la Corte⁶, las anteriores causales o defectos que afectarían la motivación de una providencia se caracterizan por lo siguiente:

(i) Ausencia de motivación, es decir, porque no se consignan las razones de orden probatorio, ni los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya la sentencia.

(ii) Motivación insuficiente, incompleta o deficiente, esto es, porque se omitió el pronunciamiento de alguno de los aspectos descritos, o porque los motivos aducidos son insuficientes, de modo que impide saber cuál es el fundamento de la decisión, o se dejaron de examinar los alegatos de los sujetos procesales en tópicos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto.

(iii) Motivación equívoca, ambigua, ambivalente o dilógica, que tiene ocurrencia cuando se involucran conceptos excluyentes entre sí, al punto que es imposible desentrañar el contenido de la motivación, o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la resolutive. Y,

(iv) Motivación sofisticada, aparente o falsa, vale decir, cuando a través de una valoración incompleta o deformada de la prueba se construye una realidad diferente al factum, el juez se aparta abiertamente de la verdad probada, para llegar así a conclusiones abiertamente equívocas.

En lo que tiene que ver con el fenómeno de la motivación cantinflasca, esta generalmente se presenta cuando a pesar que en el proveído se dicen muchas cosas o se refiere a diversos tópicos, en esencia ante lo ininteligible e incoherente de lo que se arguye, en esencia prácticamente no se dice nada.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de junio de 2023. AP608-2023. Rad. 55270.M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

Finalmente se hace necesario anotar que en un principio solamente la hipótesis de carencia total de motivación tendría la incidencia suficiente o necesaria para ser considerada como una violación del debido proceso que conllevaría a la nulidad de la actuación procesal, porque es claro que las partes y demás intervinientes desconocerían de las razones de hecho o de derecho que sirvieron de fundamento de la decisión; pero en los demás postulados, o sea, las relacionadas con las motivaciones precarias, sofisticas o ambivalentes, etc.... las mismas solo tendrían la capacidad de viciar de nulidad la actuación procesal cuando de su contenido prácticamente sea imposible entender o comprender los fundamentos en los que la decisión se cimentó.

En el caso en estudio se tiene que acorde con los reproches formulados por el recurrente, se colige que se censura el fallo opugnando por presentar algunas falencias en su motivación, en especial las razones de hecho y de derecho, las cuales, en sentir del apelante, repercutirían de una u otra forma en el proceso de dosificación de la sanción.

Para la entidad tribunalicia los reproches del recurrente en un principio serían ciertos, porque en efecto al momento de la dosificación e imposición de la sanción, la cual consistió en privación de la libertad en centro de atención especializado por el término de 4 años, en el fallo opugnado se guardó un sepulcral mutismo sobre la fundamentación jurídica a la que arribó para llegar a la conclusión ya conocida, debido a que, y así lo entiende la Sala, cuando el *A quo* abordó el tópico de la imposición de la sanción solamente se circunscribió a dos factores: el buen

comportamiento asumido por el procesado después de cometer la conducta punible y a su colaboración con la administración de justicia al allanarse a cargos, lo que evitó un innecesario desgaste de la actividad jurisdiccional; desconociendo que también debía efectuar un análisis frente a otros factores que para bien o para mal incidirían en la dosificación de la sanción, entre los cuales le correspondía al juez cognoscente llevar a cabo para determinar la gravedad de los hechos y la manera de cómo, en consonancia con los criterios del principio de la proporcionalidad, esa mayor o menor gravedad de los hechos podría repercutir en el proceso de la individualización de la sanción.

Lo antes expuesto nos estaría indicando que a pesar de la irregularidad acontecida en la motivación del fallo, dicho acto procesal, en lo que atañe con las incidencias que los yerros denunciados por el apelante tendrían en la dosificación de la sanción, sí cumplió con la finalidad que se perseguía con la misma, puesto que en la hipótesis de no incurrir el *A quo* en tales omisiones seguramente que el resultado hubiese sido el mismo, por lo que en opinión de la Corporación, tales fallas estarían enmendadas con la aplicación del principio de la *Instrumentalidad de las formas* consagrado en el # 4º del artículo 136 C.G.P. y en los # 1º del artículo 309 de la Ley 600 de 2.000⁷, el cual es uno de los principios que rigen la declaratoria de las nulidades procesales, en cuya virtud:

“No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, sino que a pesar de no cumplirlas

⁷ Aplicable al presente asunto acorde con los postulados del aludido principio de la coexistencia.

estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado...”⁸.

Siendo, así las cosas, concluye la Colegiatura que las irregularidades denunciadas por la representación de víctimas como violatorias del debido proceso ante la falta de motivación en la que incurrió el *A quo* al momento de la dosificación de la sanción impuesta al encausado J.S.C.U, han sido subsanadas con la aplicación del principio de la instrumentalidad de las formas.

Ahora bien, como quiera entonces que el disenso refiere al tipo de sanción impuesta al adolescente declarado penalmente responsable, habrá de establecerse si la misma cumple con los requisitos reglados por el legislador para su decreto, ello, sin lugar a dudas en virtud del respeto del principio de legalidad y de tipicidad estricta; pues estas no dependen de la liberalidad o mera discrecionalidad del aplicador e intérprete de la norma; pues cuando se permite cierta discrecionalidad al respecto en el fallador, la misma se delimita, como acontece en el Código de la Infancia y la Adolescencia, de cara a los fines de las sanciones o calidades del infractor, así como a la naturaleza y gravedad de la conducta desplegada por el agente en cada caso.

Así entonces, cuando un Juez impone como sanción la privación de la libertad al menor infractor de 17 años de edad para le época de los hechos, que por primera vez infringe la ley penal, porque incurre en la comisión de un delito, en este caso, de Homicidio agravado,

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 26 de octubre de 2.011. Rad. # 32143. M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

lejos está de obrar en forma arbitraria, inadecuada o por fuera de lo previsto y buscado por nuestro legislador.

No debe perderse de vista que la sanción de la privación de la libertad depende en parte de la gravedad y modalidad de la conducta delictiva llevada a cabo, en la que como en este caso de manera contundente el bien jurídico protegido es el de la vida; siendo inminente en tales condiciones, imponer una medida como la que hoy convoca la atención de la Sala.

Como puede verse al observar el aparte respectivo de la sentencia apelada, el a-quo con las falencias ya mentadas, al momento de la imposición de la sanción tuvo en cuenta los criterios establecidos por el legislador para la definición de la misma⁹; sobre todo, que con la privación de la libertad se materializan los fines protectores, educativos, y restaurativos que permiten salvaguardar el interés superior del menor y restablecer esos derechos que se encuentran afectados dado su condición de consumidor de sustancias estupefacientes, incluso de aquellas denominadas drogas duras, con evidentes falencias al interior de su núcleo familiar, ausencia de roles paternos y un entorno social de alto riesgo, con desescolarización.

Y es precisamente en desarrollo del artículo 177 de la ley 1098 de 2006, el artículo 187 prevé la privación de la libertad en centro de atención especializada con una duración de dos (2) hasta ocho (8) años para adolescentes mayores de catorce (14) y menores de

⁹ artículos 179 y 187, inciso 1° de la Ley 1098 de 2006

dieciocho (18) años que sean “hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades”.

Por ello, las razones que se deben tener en cuenta al momento de establecer el monto de la sanción se encuentran reguladas en el artículo 179 del Código de Infancia y Adolescencia así:

- “1. La naturaleza y gravedad de los hechos.
2. La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.
3. La edad del adolescente.
4. La aceptación de cargos por el adolescente.
5. El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez.
6. El incumplimiento de las sanciones”.

Dichas regulaciones encuentran respaldo no solo en mandatos constitucionales sino que también guardan armonía con la normatividad internacional de derechos humanos sobre infancia y adolescencia, en especial con la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices del RIAD), a las cuales se debe acudir como reglas de interpretación y aplicación (artículo 6º del Código de Infancia y Adolescencia).

Y es que precisamente atendiendo a esta disposición (artículo 179 ejusdem) y especialmente a la gravedad de los hechos, el funcionario de conocimiento decidió que la sanción a aplicar a J.S.C.U era la de privación de la libertad en centro de atención

especializado por el término de cuatro (4) años, no obstante, no haber indicado mayores razones para su conclusión, es claro que no existe duda alguna frente la gravedad de los hechos, no sólo porque se atentó contra el bien jurídico de la vida, sino porque los se aprovechó de la situación de indefensión del occiso, iterándose, el infractor del dispositivo típico no tuvo reparo en atentar contra el valor máximo de todo ser humano utilizando un arma corto punzante.

En este orden de ideas, la Sala advierte que en razón de las múltiples finalidades de la sanción es necesario reconocer que en este caso se impone no sólo la protección de la sociedad a efectos de minimizar este tipo de conductas, sino también del menor infractor quien, según se informa, en el concepto integral del formato informe de seguimiento plan de atención individual, así:

Joven con 18 años de edad, cumpliendo dos meses y quince días al interior de la institución, en el cual se evidencia un avance significativo en el cumplimiento de los objetivos trazados para su Plan de Atención Individual, siendo evidente continuar brindando orientación y acompañamiento con la, finalidad de fortalecer su motivación y adherencia al proceso ya que si bien tiene conductas socialmente deseables que facilitan la sana convivencia, muestra desarrollo de capacidad reflexiva reflejando que existe un auto conocimiento, ya que ha permitido trabajar en ejercicios continuos empleando el pensamiento crítico, capacidad de toma de decisiones donde identifica escenario de riesgo y busca evitar recaídas al margen de factores de riesgo, recurriendo a el uso d herramientas de comunicación asertiva, sentimientos y emociones, dejando ver un carácter primordialmente pasivo que se proyecta sobre todas las esferas de su vida.

Por otra parte, se evidencia una comprensión plena de la situación actual, tiene sentido d pertenecía y compromiso por los distintos aspectos de su proceso pedagógico en los resultados a nivel jurídico, y sobre todo, personal, por lo que continuamente resulta siendo necesario hace énfasis en el desarrollo de habilidades cognitivas a

través de las cuales sea posible abrir camino para el desarrollo de los interés vocacionales a nivel superior así como de habilidades sociales para la vida que continúe empleando de modo que puedan generarse las bases para el desarrollo de un proyecto de vida sólido y alejado de factores de riesgo. Dar continuidad a la potencialización y descubrimiento desde la parte innata de habilidades y destrezas que se pueden transformar tales como el pensamiento artístico, innovado y creativo, como estrategia fundamental para hacer realidad lo imposible.

Finalmente, en el área de salud, el adolescente goza de una buena salud integral, no se reporta novedades, dado que no ha sido necesario realizar atención especial y/o activaciones de rutas de atención especial. En este sentido, cabe mencionar que no ha tenido dificultades para el desarrollo de actividades cotidianas al interior de la institución. Hace uso de una alimentación balanceada, participa de escenarios lúdico recreativos para su bienestar integral.

Asimismo, en el formato informe de valoración socio familiar para audiencia de fallo en el PARD restablecimiento de derechos, se consignó por parte de la profesional Maira Isabel Benítez Pérez:

De acuerdo con la información recopilada y a la luz de los factores de vulnerabilidad y generatividad se identifica que, el joven JAIRO STIVEN CUERVO USME de 18 años y 11 meses, se encuentra en un contexto social protector en el medio institucional en el Centro de Acogida, donde se han evidenciado según entrevistas avances significativos en la parte académica y en el fortalecimiento de sus habilidades sociales y destrezas, en la formación en manualidades y otras actividades de ocio productivo del tiempo libre como el aprendizaje del arte y la música y vinculación a deportes, el adolescente se visualiza a corto plazo a culminar la secundaria, a ser soldado profesional y a largo plazo a estudiar derecho con acceso a la educación superior. A nivel familiar se conceptúa que su familia de origen como familia extensa y con jefatura femenina, ha pasado por tiempos de inestabilidad emocional y habitacional, por cambios de municipio, cambios en la estructura y dinámica familiar, y antecedentes de problemáticas asociadas a hechos de violencia intrafamiliar en la familia de origen de la progenitora y durante las relaciones de pareja, se identificaron patrones intergeneracionales de embarazo adolescente en la familia y de violencia sexual del progenitor contra menor de 14 años a las hijas menores, consumo de sustancias psicoactivas en el progenitor quien ya recibió rehabilitación, pero, que sigue frecuentando la casa de la familia de las hijas, de las cuales se evidencia en una de ellas, secuelas del presunto abuso sexual, aunque recibieron intervención psicológica en Puerto Triunfo, sumado a esto, se presentó intento de

suicidio por parte del adolescente JHON JAIRO por la ruptura de la relación con su novia en el año 2018 y no recibió apoyo psicológico por la situación, el adolescente presenta antecedente de consumo de sustancias psicoactivas desde los 13 años, niega consumo desde hace 10 meses. Pese a todo lo anterior, se han evidenciado cambios en el entorno familiar con factores protectores que han mejorado la dinámica familiar, logran establecer acuerdos y percibirse como un hogar con cohesión familiar y con vínculos de solidaridad entre integrantes, sin embargo, algunos integrantes del hogar presentan afectaciones emocionales y psicológica por las múltiples problemáticas a lo largo de los años y que aún se siguen perpetuando en el tiempo.

Por ello, es incuestionable, que las sanciones que se imponen a los menores infractores, además de ver con el análisis de la gravedad del delito, también aparejan circunstancias personales y sociales que evidencien la necesidad de la imposición de medidas que propendan por su protección, educación y restauración, de allí que no sean de recibo los argumentos de la parte apelante en procura de la modificación impuesta al adolescente infractor de la ley penal, bajo el prurito argumento de la gravedad del hecho.

Por tanto, de conformidad con lo estipulado en el artículo 178 de la ley 1098 de 2006, es que la Sala considera que el monto de la sanción impuesta fue acorde, proporcional y adecuado, pues la edad del adolescente J.S.C.U le permitiría cumplir con ese proceso de adaptación institucional donde tiene la posibilidad de concretar su proyecto de vida.

Finalmente, en lo tocante con la inconformidad puesta de presente por el apoderado judicial de las víctimas, por considerar que se debió dar aplicación al artículo 352 de la Ley 906 de 2004, sin explicar por qué motivo tal norma puede regular un caso de responsabilidad penal para adolescentes; además, pasa por alto

que la aceptación de cargos la regula de manera específica el Código de Infancia en su artículo 179, como una circunstancia a tener en cuenta al momento de individualizar el monto de sanción que corresponda, es decir, al allanamiento a cargos la Ley 1098 de 2006 le otorga un alcance sustancialmente distinto al establecido por el procedimiento penal para adultos, justamente porque las sanciones en el primero de los estatutos en mención contienen un tratamiento punitivo mucho más benigno y encaminado a la protección del menor infractor, sometiéndolo a medidas más pedagógicas que sancionatorias.

Ello por cuanto es sabido, contrario de lo que ocurre en el sistema penal de adultos, orientado por el principio de justicia retributiva y las funciones de prevención general y especial señaladas en el artículo 4 del Código Penal, la finalidad principal del Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes no es el castigo de los infractores, pues, con base en la doctrina de la protección integral se concibe un sistema en el que prima ante todo el carácter pedagógico de las medidas, la búsqueda de la justicia restaurativa, la reparación del daño y la obligación de las autoridades judiciales de privilegiar el interés superior del niño.

Así las cosas, la Sala **CONFIRMÁRA** la sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 14 de octubre de 2021 por el Juzgado Promiscuo de familia de Santa Fe de Antioquia– Antioquia.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL PARA ADOLESCENTES,**

administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR, en todo aquello que fue objeto de impugnación, el contenido de la sentencia adiada el 10 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Fe de Antioquia, en la cual se declaró la responsabilidad penal del adolescente **J.S.C.U**, por incurrir en la comisión del delito de homicidio agravado.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA SALA PENAL**

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

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

Firmado Por:

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

**Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia**

**Dario Ignacio Estrada Sanin
Magistrado
Sala 01 Civil Familia
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: **406ad2af12c9623c82ba214ef371dcc795152a7438097b7a4c626fcf516a8e43**

Documento generado en 16/08/2023 02:40:20 PM

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

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

SALVAMENTO DE VOTO

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

Con un absoluto respeto por las providencias adoptadas por esta Sala, expreso mi voto disidente frente a esta decisión siendo su Magistrada Ponente la Doctora María Estella Jara Gutiérrez, por las razones que expongo a continuación:

Tal como lo explicara en su momento, ningún reparo tengo en cuanto a la inclusión en la providencia de criterios con perspectiva de género, en tanto lucen afinados y oportunos frente a un caso cuya complejidad lo amerita. No es la primera vez que la Corporación ha tenido que acudir a esas fuentes, en particular en asuntos donde mujeres, usualmente menores de edad, con evidente estado de vulnerabilidad han sido víctimas de vejámenes sexuales o de otra clase de violencia, pero, además, no han recibido la indispensable asistencia institucional como corresponde, lo que valga decir, no sucede en este particular.

En la actualidad no se puede desconocer la deuda universal que la humanidad tiene con las mujeres, por haber sido, como grupo social, histórica y sistemáticamente discriminadas; pero injusto es también desconocer la tendencia actual y creciente – también universal- hacia la recuperación de sus derechos, fuertes corrientes de activistas que han logrado cubrir no

solamente en el ordenamiento disposiciones positivas tendientes a lograr erradicar esas odiosas prácticas, sino también estimular en el plano real actitudes oficiales con la misma dirección.

La decisión de propulsar una protección reforzada a los derechos de las mujeres se erige como una de las herramientas estatales de mayor eficacia, eso sí, siempre y cuando sea ella entendida como un fin constitucional que, en busca de la constatable materialización de esas prerrogativas, tolera y hasta estimula superar la recia cláusula general de igualdad, “en el entendido de que se acepten tratos discriminatorios, con un fin constitucional legítimo”¹. Vale decir, partiendo de la concepción de estar en presencia de un grupo poblacional víctima histórica de las prácticas discriminatorias, requiere aquél de consideraciones especiales por parte del Estado, aun cuando ello implique sacrificio de otros derechos.

Y así como lo plantea la decisión de las mayorías, en la actualidad se cuenta con un gran compendio normativo que desde el ordenamiento legal pretende cumplir con ese objetivo protector, bajo el entendido que aún no están superados actos de discriminación contra las mujeres por el hecho de serlo y que en consecuencia se impone generar cautelas, ya desde el plano de la prevención, ora desde la óptica coercitiva. Como variadas pueden ser las formas de agresión contra las mujeres, asimismo disímiles han sido las respuestas legislativas para su control; pero es preciso mencionar, que comoquiera la decisión de intervenir en esa realidad es universal, el intérprete podrá

¹ CSJ STC. 21 de jun. 2016. Exp. 2016-00060-01

encontrar en el llamado bloque de constitucionalidad, campo inagotable para su estudio.

Se explica ello en que, si dicha figura sienta raíces en la necesidad de atender toda clase de fenómenos, actos públicos o privados que atenten o amenacen los derechos humanos, los que a su vez ostentan un interés universal, su contenido irradia en consecuencia una influencia de corte transversal, que concierne a la atención de toda forma de agresión ejercida en contra de las personas, pero en especial, aquella violencia que tiene como destinatario seres humanos que delatan –y por distintas causas- una manifiesta debilidad.

Y comoquiera que la interpretación judicial se erige como una herramienta indispensable en el cumplimiento de esa tarea, justo allí es donde el operador de justicia puede alcanzar la esencia de su función, con la claridad meridiana que demandan este tipo de causas, por lo complejo de las situaciones, consciente de que un ejercicio válido de interpretación de todo ese compendio de disposiciones tiene sentido solamente en la medida en que, para casos judiciales, ofrezcan cabal utilidad en el anhelado acierto de la resolución de una determinada tensión jurídica presentada.

Pero a menudo los funcionarios administradores de justicia, nos vemos avocados a la pregunta ontológica de las cuestiones jurídicas ¿Es esta respuesta jurídica realmente correcta?, por lo que el derecho se halla en una situación paradójal, siendo vivenciado por el interprete como una herramienta que restringe relativamente su libertad de trabajo, pero al mismo

tiempo no existe fuera de ese trabajo, es decir, que el derecho tiene un modo de existencia evanescente, inestable, en permanente fuga. Y es que el derecho habita la interacción, entre un intérprete situado y un conjunto variable de materiales jurídicos potencialmente aplicables a los hechos de un caso.

Expuestas las glosas anteriores, quiero dejar sentada mi postura, en la consciente realidad social en la que nos encontramos las mujeres, producto de paradigmas irradiados por situaciones cosificadas del pasado, pero en mi sentir, ese enfoque que se quiere hacer ver no es el problema jurídico a resolver en la causa penal objeto de debate, por lo que no ahondaré al respecto, pues allí no radican las razones de mi disenso.

Adentrándonos, ahora sí, en la decisión de la cual me aparto, el referente constitucional del artículo 29, fija pautas de inexorable observancia en desarrollo de procesos judiciales y administrativos y que se condensan en un principio de igual linaje superior, cual es el de debido proceso.

En ese orden de consideraciones, para darle alcance práctico a esa teoría, no podría la Judicatura en este caso con excusa en estar amparando el derecho a la mujer, inadvertir el valor suasorio de las pruebas aducidas legalmente a la actuación, si las mismas no apuntalaran la persuasión sin duda de la responsabilidad penal del acusado; o aún más cercano al tema que es ahora mismo materia de análisis, condenarlo por la comisión de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, si por ese injusto no fue convocado a juicio y porque lo impide el principio de congruencia y el de la prohibición de la reforma

peyorativa, aunado a la valoración de la prueba que a más de certeza, genera dudas que son insoslayables.

Y aunque parezca básico decirlo, ningún ejercicio hermenéutico, así esté alentado por las mejores intenciones, puede pasar por encima de conceptos fundamentales como aquellos concebidos en la más pura dogmática penal como estructurales de la conducta punible, como aquellos que pacíficamente pregonan que nadie puede ser destinatario de la represión estatal, sino se le ha confirmado, sin lugar a dubitaciones, que ejecutó un comportamiento penalmente típico, que devenga formal y materialmente antijurídico y que haya sido realizado con culpabilidad.

Por razones obvias, no es del caso detenerme en elucubraciones dogmáticas que definen cada uno de esos elementos estructurales, pero sí por fuerza mencionar, con la brevedad que lo amerita, que por virtud del artículo 10 del Código Penal, como fundamental garantía de libertad y seguridad² solamente pueden ser materia de represión punitiva aquellos comportamientos que con absoluta precisión hayan sido dispuestos por el legislador como delictuosos, y de la mano de la jurisprudencia alertar que:

"(...) la responsabilidad penal que se atribuye a un sujeto determinado, comienza por el proceso de adecuación típica, el cual dicho en otras palabras, es un juicio de tipicidad por parte del operador jurídico. Desde luego, debe considerarse que el funcionario judicial, debe hacer la interpretación de los tipos penales en forma estricta, lo cual significa que no lo está permitido hacerla en forma extensiva o restringida. En síntesis, la

² Ver Arboleda Valle Mario y Ruiz Salazar José Armando, Manual de Derecho Penal, Décima Primera Edición, Bogotá, Leyer, página 153 y siguientes

determinación de los tipos penales implica el señalamiento de los elementos que estructuran el tipo penal, que indican que es esa y no otra la conducta que, de manera objetiva, da lugar a una sanción penal. Por consiguiente, siempre será el orden restrictivo, en cuanto limita el poder punitivo del Estado”³

De otro lado, sabido es que nuestro sistema de justicia penal está construido sobre las bases del principio de legalidad, de modo que los delegados de la Fiscalía no están exentos de respetarlo, así ciertamente se les haya confiado la titularidad de la acción penal, por el contrario, tal ejercicio solamente está legitimado en la medida en que haya cabal observancia de los postulados legales. Así de ese modo fue explícitamente consignado por la Corte Constitucional:

“(...) el Fiscal, en ejercicio de esa facultad, no puede crear tipos penales y de que, en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda a la ley preexistente”⁴. (Negrillas fuera del texto original)

Ahora que, ya en el abordaje particular de cada caso, con toda insistencia ha sido advertido que en principio debe ser respetado el criterio de los fiscales en punto de determinar la adecuación típica de la conducta que investiga, con la advertencia de que vedado está a la judicatura cuestionar tal ejercicio de subsunción, bajo riesgo de incursionar en escenarios funcionales que no le competen, y solamente por excepción y en eventos de palmaria agresión a los derechos fundamentales, los jueces pueden encontrar legitimada alguna intervención. miremos:

³ C-996 de 2000

⁴ C-1260 de 2005

“Se debe respetar la iniciativa de la Fiscalía en la imputación en lo que atañe al supuesto fáctico, así como las actuaciones que sobrevengan como consecuencia de ello, por tanto comunicados los hechos y la atribución jurídica, sobre ésta última excepcionalmente el juez hará control material para restablecer garantías constitucionales groseramente desconocidas, como cuando se vulnera la estricta tipicidad en un allanamiento o preacuerdo o en un juicio ordinario en el que un error en el nomen juris conlleva a una solución absurda y por ende agravia en sus garantías a partes o intervinientes, verbigracia se expresan pretensiones por estafa cuando indiscutiblemente se trata de un peculado o se pide condena por concierto para delinquir en situaciones exclusivas de una rebelión, o arbitrariamente se desconoce una circunstancia de agravación, etcra.”⁵(Resaltado fuera del texto original)

Que la Jurisprudencia haya dejado sentado que en materia de adecuación típica de los hechos por regla general debe ser respetado el criterio que sobre el punto tenga la Fiscalía, se explica claramente en la composición orgánica del sistema penal acusatorio donde a los delegados de dicho organismo se les ha encomendado la titularidad de la acción penal, ello sin desconocer que desde el punto de vista práctico, son los fiscales los concedores de las intimidades que ofrecen los medios de conocimiento recolectados y en esa línea, pueden otorgarle la dirección jurídica que debe dársele al asunto.

Pero, además, hay que admitir que en esa regla general está inmerso un encargo que hunde raíces en la más profunda concepción constitucional basada en el principio de confianza legítima y buena fe, de conformidad con los cuales, se espera que los funcionarios públicos orienten su actividad con el mayor compromiso social y dispongan de sus competencias en procura del cumplimiento de los fines estatales.

⁵ 8 CSJ STP, 20 may 2014. Rad. 73555.

Es lo cierto sin embargo, que la consecuencia natural y obvia que deviene de una equivocada adecuación típica de los hechos investigados, irremediablemente conlleva a la absolución, porque la sistemática penal exige al delegado del ente acusador llevar al juez los elementos probatorios necesarios y suficientes con los que pretende destronar la presunción de inocencia del acusado y obtener, en nombre del Estado, una condigna sentencia condenatoria, con el indefectible ingrediente de la certeza, concebida ésta en la convicción más allá de la duda.

Por más que nos resulte desconsolado, para el caso sub examine no quedaba alternativa que la de absolver al procesado por el delito de acto sexual violento por el cual fue convocado a juicio, sin posibilidad de una condena por el de acto sexual abusivos con incapaz de resistir, pese a que es este último injusto el que asoma cometido para las compañeras de Sala, pero que por infortunio no fue concebido en la acusación, además de no contar con los elementos estructurales para su edificación.

Para la suscrita no resulta jurídicamente tolerable entonces, proferir condena por unos hechos que no encajan en los trazos descriptivos del tipo penal que fue escogido por la Fiscalía cuando optó por la decisión de convocar a juicio.

Debo decir que algunos pasajes de la sentencia de la que con comedimiento me aparto, admite que el comportamiento que se juzga puede tener cabida descriptiva en la tipificación de

otros tipos penales. Ello quedó plasmado de la siguiente manera:

Frente a la posibilidad de condena por un delito diferente al anunciado en la imputación, en la acusación o en la petición de condena señala la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia Penal SP 2390 del 22 de febrero de 2017, rad. 43041, luego de reseñar su postura anterior, para variar la condición de que el nuevo delito por el que se condenaba correspondiera al del mismo género delictivo expresó: «De lo anterior se sigue que, hoy en día, es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, así no corresponda al mismo título, capítulo o bien jurídico tutelado, siempre que se mantenga el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de menor entidad, y se respeten los derechos de las partes».

Significa lo anterior, que quien es acusado por acto sexual violento puede ser declarado culpable por acto sexual abusivo con incapaz de resistir, en tanto se reúne esa condición para que se pueda condenar por un delito distinto por el que se le acusó, sin comprometer el principio de congruencia, en tanto el artículo 206 del código penal sanciona aquel punible con pena de prisión que oscila entre los ocho (8) a dieciséis (16) años y el artículo 210 de la misma obra también prevé para el acto sexual abusivo con incapaz de resistir pena de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

No obstante, lo expuesto en la decisión de la Sala Mayoritaria, la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia ha explicado es posible que el juez profiera sentencia por un comportamiento punible distinto al consignado en la acusación, siempre que:

i) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253 y CSJ SP, 25 jun.2015, rad. 41685). Si bien con anterioridad se exigía que la nueva conducta correspondiera al mismo género, lo cierto es que a partir de la sentencia CSJ SP, 30 nov. 2016 rad. 45589 -reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041-, la Sala consideró que la identidad del bien jurídico no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal.

La variación de la calificación jurídica que se ha dejado motivada afecta los derechos y garantías del procesado porque, en primer lugar, la congruencia fáctica se alteró, ya que en el escrito de acusación se verbalizó que:

“Para los días 26 y 27 de octubre 2010 la señora Rosmary Henao Orrego, identificada por cédula de ciudadanía 43591305 funcionaria del CTI de la fiscalía se desplaza en una comisión hacia el municipio de Caucasia, Antioquia, en compañía de un compañero de nombre JOSÉ GREGORIO VERGARA, identificado con la cédula de ciudadanía 92519665. Al terminar el día trabajo, el 26 de octubre de ese año, se dirigen a un hotel donde se dedican al descanso, en el transcurrir de la noche del 26 al 27 de octubre 2010, cuando la señora Rosmary se encontraba dormida se despierta asustada y se da cuenta que en su cama se encontraba el señor José Gregorio Vergara quien con una mano la tenía abrazada y con la otra le estaba acariciando su cuerpo en sus partes íntimas (senos vagina), de inmediato la señora Rosmary lo empuja y le dice que la respete, que no se equivoque con ella, el señor José se ríe y le dice que tranquila que se deje querer que eso no duele; seguidamente le manifiesta que ella le gusta, que ella le gusta hace mucho tiempo e intenta de nuevo realizar tocamientos a la señora Rosmary y ella reacciona nuevamente de forma preventiva y el señor JOSÉ VERGARA decide irse a su cama; pasado el rato trata nuevamente realizar actos sexuales a la señora Rosmary diciéndole que no lo dejara así, por lo que la señora Rosmary decide irse hacia la puerta de la habitación y amanecer allí.”

Mientras que en la formulación de imputación se hizo especial énfasis y con ahínco en que la persona se encontraba dormida⁶, lo que impedía que pudiera contrarrestar el ataque sexual perpetrado por el encausado, situación que varió en la formulación de acusación cuando el enfoque dado al delito perpetrado se enfocó en el elemento normativo “violencia” como consecuencia de la variación jurídica a acto sexual violento.

⁶ Audiencia de formulación de imputación. Récord 12:20

De otro lado, el caso que hoy nos ocupa, no muestra con la necesaria certidumbre la ocurrencia de ningún tipo de delito, porque en mi sentir no cabe pregonar la tipicidad del punible de acto sexual abusivos con incapaz de resistir.

En sus particularidades estructurales, la Corte Suprema de Justicia ha abordado el estudio del delito contenido en el Art. 210 del C.P., por el que fuera condenado el procesado, así:

“El Título IV de la Ley 599 de 2000, Capítulo Segundo, De los Actos Sexuales Abusivos, contempló en su artículo 210 como atentado contra la libertad, integridad y formación sexuales, que está incurso en esta delincuencia “El que acceda carnalmente a persona en estado de inconciencia, o que padezca trastorno mental, o que esté en incapacidad de resistir”.

Se sanciona, por tanto, a quien tiene actos o relaciones sexuales aprovechándose de ciertas condiciones físicas o psíquicas del sujeto pasivo que lo hacen vulnerable por limitar la posibilidad de autodeterminarse en dicho contexto, mismas que pueden derivarse de estados de inconciencia, trastornos mentales o situaciones de incapacidad de resistir, que al mediar le impiden prestar su consentimiento.

El hecho de corresponder a uno de los atentados contra la libertad sexual entronizado en aquellos que se expresan como “abusivos”, supone una modalidad en la que el sujeto pasivo no tiene la oportunidad de consentir el acto o la relación sexual, es decir, aquellas acciones en las que por no existir capacidad de decisión o autonomía para admitir el trato sexual, emerge vulnerada dicha facultad que es inherente al ejercicio autónomo de las relaciones en el ámbito de una independiente sexualidad.

El fundamento teórico que subyace a la conceptualización dogmática de esta clase de atentados, por tanto, enfatiza una condición en el sujeto víctima con sujeción a la cual no le es posible consentir la relación, aspecto que impone no solamente el hecho de su incapacidad para autodeterminarse, sino el conocimiento que de esta circunstancia tiene el sujeto activo que se vale de la misma para la realización de la conducta.

Este es sin lugar a dudas el aspecto más relevante de la acción que involucra la posibilidad de actualización del tipo penal en los atentados derivados de esta clase de actos sexuales abusivos, en la medida en que una vez superado el aspecto sobre las

condiciones en que el sujeto pasivo se encontraba al momento de la realización del hecho, desde la perspectiva del actor es imperativo el cuestionamiento sobre la necesidad de no mediar cualquier incertidumbre en torno a si la persona con la que se pretende la relación está prestando su voluntad en un contexto de contenido sexual.

Gran importancia tiene este elemento en la descripción típica del punible, en contrapartida con la creencia más o menos generalizada de acuerdo con la cual es suficiente con pensar que la falta de resistencia en los delitos sexuales puede ser identificada como aceptación por parte de la víctima, máxime cuando precisamente en esta clase de tipologías el sujeto pasivo está en incapacidad de oponerse, medio comisivo derivado del aprovechamiento por parte del actor de aquellas condiciones que le impiden disponer en el campo sexual.

Prototipo de estas condiciones de vulnerabilidad del sujeto pasivo tratándose del delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, es el que se predica de quien se encuentra en determinados estados de inconsciencia derivados de ingesta alcohólica, consumo de narcóticos y sueño profundo, entre otros.

En estricto sentido, se trata de supuestos en los cuales media una alteración significativa de la consciencia que limita la capacidad de resistir y que se traduce en aquella restricción del sujeto pasivo para comprender y decidir la realización de acciones de contenido sexual, esto es, de dar su inequívoco consentimiento para las mismas, siendo precisamente esta circunstancia aprovechada por el sujeto activo" (SP3449-50610/2019). (Cfr. SP415-54420/2021).

Contrario a lo afirmado en el fallo que salió avante, considerada la inmediatez existente entre el momento que apreció los supuestos actos lascivos en su humanidad y el consecuente inmediato rechazó, no existe forma de razonablemente poder explicar cómo el trato sexual acaeció en incapacidad de resistir; es decir, cuando se hallaba sin poder consentir y en condiciones físicas que le impidieron darse cuenta del propio alcance de sus acciones, reflexión que, inevitablemente, haría predicable un escenario de duda imposible de franquear en pos de la responsabilidad penal atribuible al procesado,

conforme fue advertido por la fiscalía, y por lo que debió variar la acusación a acto sexual violento.

Sin embargo, prioritario en orden a esta constatación, es señalar, como lo observa esta Magistratura, que la víctima Rosmery detalló circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes a los hechos que impiden aceptar como debidamente demostrado tal estado. Veamos:

Fiscal: ¿Conoció o fue compañera del señor José Gregorio Vergara?

Testigo: si señor, trabajé con él.

Fiscal: ¿era su superior o era otro compañero más?

Testigo: era un compañero más, nosotros trabajábamos con 8 fiscales de la unidad de libertad, bueno 8 no, 4. Eran 8 fiscales, pero 4 para el CTI y 4 para la Sijin y nosotros éramos los investigadores, a cada uno nos correspondía de a 2 fiscales.

Fiscal: ¿Rosmary para las fechas 26 y 27 de octubre del 2010, recuerda usted específicamente que labores de policía hubo de realizar?

Testigo: ese día me desplace para Caucasia para una comisión de servicios

Fiscal: ¿Con quienes se desplazó al municipio?

Testigo: con José Vergara

Fiscal: ¿solo los dos?

Testigo: si, solo los dos.

Fiscal: ¿cómo hicieron el desplazamiento, aéreo o terrestre?

Testigo: Terrestre, en el carro oficial. Nosotros la unidad de libertad individual en ese momento pertenecía al Gaula, y entonces el Jefe del Gaula, nos prestó una camioneta para que nos fuéramos a Caucasia a realizar la comisión de servicios, una orden de trabajo que yo tenía para ese entonces.

Fiscal: ¿Recuerda usted si debió pernoctar en el municipio de Caucasia?

Testigo: si, la comisión era por tres días, pero no estuvimos sino dos días.

Fiscal: ¿recuerda usted donde pasaron la noche, los dos días que estuvieron en la comisión?

Testigo: en un hotel que consiguió el señor Vergara

Fiscal: ¿Dónde quedaba el hotel? ¿recuerda usted donde quedaba el hotel, recuerda más o menos donde estaba ubicada, el nombre del hotel si lo recuerda.

Testigo: no, vea yo la verdad Caucasia las veces que lo he pasado es cuando voy de comisión para Barranquilla, o he ido para la costa, sinceramente era la primera vez que yo estaba en

Caucasia dentro del pueblo, sé que queda cerca del CTI como por los lados del centro, pero el lugar exacto y como se llama no lo recuerdo.

Fiscal: ¿Cuénteme Rosmary en el lugar en donde ustedes se ubicaron cada quien tuvo su situación o como organizaron la situación de la dormida?

Testigo: yo estaba trabajando en la unidad investigativa del CTI, entrevistando gente, llegamos antecito del mediodía. El señor Vergara me dejó en la puerta, yo tenía el primer citado a la 1 de la tarde, y él me dejó ahí, yo espere que me abrieran los compañeros para poder entrevistar a las personas, trabaje como hasta las 5 o 6 p.m. Entonces yo le pregunté a los compañeros cuando terminé de trabajar ¿qué a donde podía quedarme durmiendo? Entonces ellos me dijeron que allá no había la posibilidad porque los del CTI tenían una habitación, entonces me la mostraron, entonces mire acá nosotros dormimos todos amontonaditos, no hay la posibilidad de que se queda acá, es menor que busque un hotel yo dije, no importa, lo importante es que me digan en qué hotel me quedo, cuando en esas llegó el señor Vergara y dijo vea madre delante de mis compañeros, como le parece que ya tengo lo del hotel yo como conozco a Caucasia, yo conozco a la gente de acá, el señor alcalde nos dio un hotel para que nos vamos a dormir. Yo le dije, ah pues fantástico, entonces nos fuimos llevamos las maletas y nos fuimos para el hotel.

Fiscal: ¿y en el hotel como fue la organización?

Testigo: Dentramos los dos, yo vi que los señores los saludaron como si ya lo conocieran, le entregaron las llaves y todo eso, entonces cogimos un ascensor, como unos pisos arriba, no se que piso era, no lo recuerdo, sé que era de los últimos, entonces cuando fuimos a entrar él me dijo la verdad no nos dieron sino una habitación para dormir los dos, tiene doble cama, yo le dije, ah yo no le veo inconveniente porque nosotros estamos acostumbrados que cuando salimos a comisión, inclusive cuando nos toca ir a monte, hasta en carpa dormimos, pues yo no le vi problema, no le vi ninguna situación a eso. Entonces nos acomodamos ahí en el hotel en camas diferentes.

Fiscal: Después de que ustedes ingresaron al hotel, usted recuerda de si hicieron algún otro tipo de actividad ¿estuvieron en alguna actividad social, tomaron algo, pasó algo?

Testigo: No, yo recuerdo que él me dejó allá, y me dijo que si iba a ver con unos amigos, que más tarde me recogía para que comiéramos algo, y la verdad yo, apenas como las 5 de la tarde me pude comer una empanada y una gaseosa porque no había tenido tiempo ni de almorzar porque yo tenía citada a la gente para la 1 de tarde, y yo le dije que perfecto, yo me acosté un rato, luego me sonó el celular y era el señor Vergara, y me dijo que si iba a comer algo, yo le dije que perfecto, fue y me recogió al hotel, comimos en un restaurante, ya volvió y me trajo y él se fue supuestamente con unos amigos, y ya no sé.

Fiscal: ¿y en qué momento regreso él?

Testigo: él regreso tipo 8 o 9 de la noche, o algo así.

Fiscal: ¿y qué ocurrió después?

Testigo: no ya yo me acosté a dormir, porque como te digo estaba demasiado cansada, primero por la madrugada que salimos de allá a las 6 de la mañana, y entonces obviamente yo me tuve que levantar muy temprano. Luego ya, muy cansada me acosté a dormir luego que llegué de comer, super cansada, tanto así que perdí la noción del tiempo de lo cansada que estaba, estaba era rendida, porque teníamos que levantarnos a atender las otras diligencias temprano.

Fiscal: ¿Después de que usted se acostó a dormir, ocurrió alguna cosa anormal?

Testigo: si señor

Fiscal: ¿cuéntenos?

Testigo: resulta que yo me acosté a dormir, si. En horas de la madrugada, no sé a que horas, yo estaba durmiendo cuando yo sentí que alguien me empezó a acariciarme dentro de la pijama, no dentro de la pijama no, fuera de la pijama, a ponerme las manos encima, yo me desperté asustada, porque como te digo, yo no reaccioné donde estaba, yo ehh que pasó, cuando vi que era que él señor Vergara me estaba acariciando, entonces a mí me dio fue rabia, y le dije que se quitara de ahí, que como así que me estaba faltando el respeto, que me estaba tocando que como así, entonces me dijo no mi amor, tranquila no pasa nada, usted me gusta desde hace muchos días, entonces yo le dije que pena señor Vergara pero me hace el favor y me respeta, que yo solamente soy su compañera de trabajo entonces a mí me respeta, si tiene ganas de buscar una vieja, búsquela en la calle, y entonces seguía y seguía molestando, yo bregaba a pararme, volvía y me cogía abrazada, no me dejaba reaccionar ni nada.

Fiscal: ¿Dónde la tocó el señor Vergara?

Testigo: él empezó a acariciarme por encima de la pijama los senos, como a tratar de tocarme la vagina y todo, yo lo quitaba, entonces volvía y le decía, era insistiéndome, insistiéndome que me dejara tocar, entonces a mí me fue dando como esa rabiecita, entonces yo le dije, no no a mí me respetas me haces el favor, es que yo soy su compañera de trabajo, yo no soy cualquiera, respétame que no sé qué, y entonces él seguía insistiendo e insistiendo, yo volvía a intentar pararme, entonces cogía y me abrazaba a no intentarme dejarme parar, entonces a mí cómo que me fue dando esa rabiecita, me fue dando como ese, entonces yo le dije, bueno entonces si usted me sigue insistiendo dígame cómo es que es, porque yo no me voy a dejar hacer nada de usted, me hace el favor y me respeta, como le dije, yo varias veces le insistí, si usted tiene ganas de buscar viejas entonces vaya a la calle, pero a mí me respeta..ahh no es que mi amor es que usted a mí me gusta mucho, mire que esto se va a quedar entre los dos, esto nadie lo va a saber, no me importa eso, yo usted lo respeto como compañero, entonces respéteme a mí, y él seguía insistiendo que me vi tan acosada de él, que hubo un momento en el que yo como que me bloquee, me llene de nervios y empecé a llorar, y le decía ¡que me dejes quieta!

Entonces yo le gritaba y él como que más se reía y se reía como que no le importaba nada.

Fiscal: ¿Usted se dio cuenta si él para ese momento se encontraba bajo el estado de alcohol o de alguna situación?

Testigo: pues yo le digo, la reacción de él no era de borracho, era como si estuviera trabado o algo así, ósea porque yo le decía ve déjame quieta, entendé yo soy tu compañera de trabajo, mira que yo a vos no te veo con otros ojos, respétame, entonces me miraba, se reía y me decía, no es que usted está muy buena, mire como me va a dejar a mí de parolo, que no se qué, y yo le decía es que me a mí no me importa, lo único que me interesa es que me respetes y yo le gritaba.

Fiscal: en qué momento cesó la presión que él estaba ejerciendo sobre usted. ¿Cómo culminó la situación?

Testigo: pues de tanto luchar, yo como que me puse a luchar y hubo un momento en el que ya él como que se cansó, pero eso fue mejor dicho al rato, como que lo venció fue el sueño, porque casi que no deja de insistirme, de joderme, y de tratar que yo cediera a la pretensión que él quería, sí, angustiada llorando me pare y arrodillada en la puerta llorando, y ahí fue cuando yo escuché que en ese momento al ratico que yo me puse a llorar escuchó como que unos niños, como cuando tocan la campana de una escuela, y tocaron la campana como cuando los niños entran a estudiar, entonces ahí me di cuenta que había como un colegio cerca, y todo.

Fiscal: ¿Al día siguiente cuando culminó todo esto y ya regresaron a las labores que ocurrió? ¿Usted lo abordó a él? ¿Hablaron de lo sucedido?

Testigo: yo no le comenté nada, ni el tampoco me comentó nada, yo simplemente llore toda la noche, él si me tuvo que haber visto que tenía los ojos hinchados, incluso me puse unas gafas oscuras porque la primera citación era a las 8 de la mañana, entonces nos fuimos pues para allá para oficina y una compañera nos preguntó qué ¿qué me pasaba? No quise contar, yo le dije que era que había amanecido enferma, que me sentía indispuesta, que si ella me podía colaborar que yo iba a entrevistar a unas personas pero que las otras labores que yo tenía que hacer, que si me ayudaba con eso, y yo oficiaba allá y ellos me ayudaban con eso, yo ya no quería quedarme mas en Caucasia, y se lo hice saber al señor Gregorio y le dije que ese mismo día nos íbamos a ir para Medellín, y me dijo que por qué, que si estábamos pasando tan bueno, y yo le dije, será usted, hoy mismo nos regresamos para Medellín.

Fiscal: ¿Puso usted en conocimiento de sus superiores o compañeros o a alguien después, que paso después?

Testigo: si señor, paso después que yo estaba en un curso del Icitap, estaba en la escuela en un curso en la estrella, no recuerdo que capacitación era de todas las que no han dado, ya ha pasado mucho tiempo, y sé que ahí recibí una llamada del doctor Jorge Betancur fiscal 108 con el que yo laboraba y me dijo que necesitaba hablar conmigo, y yo le pregunte que de qué, y me dijo que era algo pues que me tenía que contar, yo le

dije que si había un problema con una orden de trabajo o algo así, y me dijo que no, que si yo podía ir, después de que saliera del curso ir allá, que él me esperaba, y efectivamente yo llegue a la oficina de él, cuando yo llegué a la oficina de él, me dijo que había una situación del señor Vergara con una usuaria, me mostró la denuncia como tal, que si yo tenía conocimiento, a lo que yo me puse muy nerviosa y me puse a llorar acordándome a lo que a mí me había pasado, y entonces yo le conté al DR. Jorge Betancur lo que a mi me había pasado llorando, que me había pasado eso en Caucasia, y entonces me dijo que si yo iba a poner eso en conocimiento, y le dije que era lo más correcto, pero que yo no quería ponerlo primero porque yo no quería que en mi casa se dieran cuenta lo que me había pasado, y segundo que no me gustaría que en el CTI se dieran cuenta para evitar comentarios y chismes, pero sin embargo, me dijo que era mejor que yo pusiera eso en conocimiento del director del CTI y yo le dije eso, que si, que yo no me aguantaba más un minuto más trabajar con el señor Vergara, yo le había cogido mucho miedo, y sufría por mi integridad personal. entonces obviamente fui donde el director del CTI y le conté la situación, el director se asustó demasiado, el director con el número de cédula de Vergara buscó en el sistema SPOA y efectivamente vio que existía una denuncia con unos hechos, pues similares, y entonces llamó a la fiscal y ahí fue cuando la fiscal y luego después yo rendí una entrevista en el CAIVAS

Fiscal: ¿Después de que ocurrieron los hechos al cuánto tiempo usted se lo dio a conocer a su superior y al jefe del CTI la ocurrencia del hecho?

Testigo: por ahí unos 4 meses, acordarme es muy duro, pero sé que había pasado unos días.

Fiscal: ¿por qué razón no lo denunció inmediatamente?

Testigo: por lo mismo, primero por lo que yo te cuento doctor, me daba miedo de que eso se volviera un chisme, de que se diera cuenta mi familia de lo que había pasado, pues yo pensé que yo era capaz de manejar ese tipo de situaciones, y que me iba a guardar eso por dentro, pero la verdad de que cuando me di cuenta de la otra situación yo me anervié más y ahí fue cuando tomé la iniciativa.

Fiscal: ¿Usted ahora cuando nos estaba haciendo el relato introductorio nos manifestó que no era extraño, de pronto compartir una habitación, o hasta dormir en situaciones por trabajo, en situaciones difíciles, usted había tenido algún otro incidente de este tipo con algún otro compañero o con el mismo José Vergara?

Testigo: ahhh no no no, nunca, a mi ningún compañero me había tratado a mí de esa forma, y mucho menos a sobrepasarse conmigo, nunca, por eso a mí me extraño a esa situación, por la verdad, los compañeros hasta ahora han sido muy respetuosos.

Fiscal: ¿en particular don José antes de que esto ocurriera, él de pronto le había dado a entender de alguna manera que usted le gustaba, o le había hecho alguna manifestación sentimental?

Testigo: no señor

Fiscal: ¿en algún momento pudo haber malinterpretado algún tipo de manifestación suya?

Testigo: Considero que no, yo siempre he sido muy respetuosa con los demás.

Fiscal: después de que ya formuló la queja formal, quiere contarnos qué pasó con el señor José. ¿Usted siguió viéndolo? ¿Usted trabaja con él? ¿cómo siguieron las cosas ahí?

Testigo: lo que pasa es que nosotros trabajábamos en una oficina en el Veracruz, cierto, teníamos una oficina allá en el octavo piso creo que es, una oficina que compartíamos juntos, después de eso, fue una de las pretensiones que le dije al director, que yo no quería trabajar más con él, si él me seguía dejar trabajar con Vergara yo pedía traslado para otra unidad, le rogué que me cambiara de unidad o que lo cambiara a él, pero que yo no seguía ni un minuto más trabajando con él por esa situación, y efectivamente a él lo trasladaron de unidad a los pocos días.

Fiscal: ¿con él tiempo, pasado el tiempo, estos hechos son muy viejos, usted volvió a tener algún contacto con él, en algún momento han hablado de lo sucedido, se disculpó con usted, ha pasado algo?

Testigo: pasó como en dos o tres oportunidades que el me abarcaba en el parqueadero de motos, o en la salida del torniquete del CTI o así, donde me decía que yo porque tenía que haberle contado eso al Director, las cosas que sucedieron por allá, que eso era una cosa entre los dos, que porque le había dañado la reputación y yo le dije, que por qué, sencillamente porque yo tenía todo mi derecho, que agradeciera que no lo había denunciado en su momento, me dijo ah listo, yo sé dónde vive usted, yo conozco a su esposo, sé todo lo suyo, no sé a qué se refiere, entonces a mí me dio como rabia, y yo le dije, ahh que va, es que yo a usted no le tengo miedo, mire como soy de bobo que me deje violar de usted bobo, algo así le dije pues, entonces yo llame inmediatamente a la fiscal del CAIVAS, y le puse en conocimiento esa situación porque fueron dos o tres veces que él me abordó.

Pero fue gracias a las preguntas aclaratorias o complementarias por parte del a-quo, que se logró ahondar en el asunto, situación que fue el soporte de la sentencia de primer grado, así como de la valoración realizada por la Sala Mayoritaria, no obstante, es excepcional la intervención oficiosa del juez de conocimiento en la práctica de las pruebas con sustento en el

artículo 397 de la Ley 906 de 2004, la Jurisprudencia⁷, ha indicado:

“...sólo a las partes les corresponde la iniciativa de interrogar, debiendo el juez mantenerse al margen, pues cualquier intromisión para orientar el sentido de un testimonio puede evidenciar una predisposición o inquietud de parte; contexto dentro del cual, las preguntas complementarias que le autoriza la ley solamente puede realizarlas por excepción, de forma tal que con ellas no emprenda una actividad inquisitiva encubierta.

...

En consecuencia, en materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico.

La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema, en el cual la incorporación de los hechos al litigio está exclusivamente en manos de aquellas, evitando de esa manera que el juicio se convierta, como ocurre en los sistemas procesales con tendencia inquisitiva, en un monólogo del juez con la prueba bajo el pretexto eufemístico de la búsqueda de la verdad real, pues el esquema acusatorio demanda un enfrentamiento, en igualdad de condiciones y de armas, entre las partes, expresado en afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contra-argumentos, desarrollado ante un tercero que decide objetiva e imparcialmente la controversia”.

⁷ Sentencia del 4 de febrero de 2009, Rad. No. 29415; Auto del 30 de junio de 2010, Rad. No. 33658; Sentencia del 22 de marzo 2017, Rad. No. 43665, entre otras

Sin escudriñar en el indebido actuar del juez de primer grado, quien en últimas ahondo en temas que no escuto el delegado del ente persecutor, es que denota la inocultable ambivalencia e inexplicables contradicciones percibidas en el relato de la víctima, a través de su testimonio del juicio oral, contrastadas con las demás pruebas, hecho que se advierte, como lo fuera el que indicara en la denuncia que el procesado le tocó la vagina, los senos y demás partes íntimas, no obstante, en su declaración indicar que le tocó los senos por encima y cuando “trato” de tocarla la vagina, no se dejó. Entonces ha entenderse que realizar y tratar son sinónimos.

Además, de lo dicho por la agraviada no se sabe en qué momento tuvo lugar el presunto constreñimiento sexual, ni el lugar, porque en su testimonio la ofendida adujo que llegó a un hotel, pero la precaria labor investigativa no da cuenta de la existencia del mentado lugar, máxime cuando en su narrativa expuso que el ofrecimiento del lugar por parte del señor Vergara López fue delante de los compañeros que hacían parte de la unidad en Caucasia.

Asimismo, la declarante en su testimonio expuso que cuando el sátiro intentó tocarla lo hizo por debajo de la pijama, y luego mencionó que fue por encima, acariciándole los senos, sin embargo, también menciona que aquel le insistió mucho para que se dejara tocar, lo que ella no permitió, desconociéndose a ciencia cierta si realmente hubo un tocamiento fugaz o si simplemente las caricias no lograron concretarse.

Respecto a la forma como ocurrieron los hechos, en su testimonio la testigo expuso que *“no no a mi me respetas me haces el favor, es que yo soy su compañera de trabajo, yo no soy cualquiera, respétame que no sé qué, y entonces él seguía insistiendo e insistiendo, yo volvía a intentar pararme, entonces cogía y me abrazaba a no intentarme dejarme parar, entonces a mi cómo que me fue dando esa rabiecita, me fue dando como ese, entonces yo le dije, bueno entonces si usted me sigue insistiendo dígame cómo es que es, porque yo no me voy a dejar hacer nada de usted, me hace el favor y me respeta, como le dije, yo varias veces le insistí, si usted tiene ganas de buscar viejas entonces vaya a la calle, pero a mi me respeta”*, no obstante, siguió su relato exponiendo *“pues de tanto luchar, yo como que me puse a luchar y hubo un momento en el que ya él como que se cansó, pero eso fue mejor dicho al rato, como que lo venció fue el sueño, porque casi que no deja de insistirme, de joderme, y de tratar que yo cediera a la pretensión que él quería, sí, angustiada llorando me pare y arrodillada en la puerta llorando”*. Ese relato no deja claro de si los actos si se presentaron, o de qué manera se presentó el tocamiento, pues lo que se evidencia es su insistencia para que ella accediera a sus deseos lúbricos, y fue tal su desespero que rompió en llanto, al no saber cómo actuar, aclarándose, ante la insistencia de aquél.

Informó que el hecho fue denunciado 4 meses después, increpando al director del CTI para que la trasladara a ella o a él, pues no quería seguir laborando a su lado, pero no se explica porque si lo hizo por un espacio de 5 meses, ello sin que se tenga certeza de si la conversación con el director del CTI existió y por

ende el traslado del señor José Gregorio. Ese hecho fue verbalizado así. *“lo que pasa es que nosotros trabajábamos en una oficina en el Veracruz, cierto, teníamos una oficina allá en el octavo piso creo que es, una oficina que compartíamos juntos, después de eso, fue una de las pretensiones que le dije al director, que yo no quería trabajar más con él, si él me seguía dejar trabajar con Vergara yo pedía traslado para otra unidad, le rogué que me cambiara de unidad o que lo cambiara a él, pero que yo no seguía ni un minuto más trabajando con él por esa situación, y efectivamente a él lo trasladaron de unidad a los pocos días”*, en ese tono, para la Magistratura no se entiende el por qué para ese momento fue tan tajante en su pedimento, máxime cuando la situación la venía soportando desde meses atrás.

Se sabe además que la señora Rosmary Henao Urrego, además de ser investigadora del CTI desde 1994, es abogada especialista, trabajando para la fecha de los hechos, en la unidad de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, conocedora de la ruta a seguir en este tipo de situaciones, y aunque ello es obviado, no se entiende por qué ella en su deposición da cuenta, que en uno de los encuentros con su victimario en los parqueaderos de la entidad, le expresara *“mire como soy de bobo que me deje violar de usted bobo, algo así le dije”*, cuando eso no fue lo que sucedió, según su propia narrativa, o como ella misma lo dice *“algo así le dije”*, entonces que fue lo que quiso dar a entender con esa expresión.

Por otra parte, al cotejar lo declarado por la víctima Rosmary Henao Urrego con la única prueba habida en el proceso, quien fuera el testigo de descargos Hernán de Jesús Morales, no se encuentra ningún tipo de corroboración, si nos atemos a lo siguiente:

Del contenido de lo declarado por el servidor público Hernán de Jesús Morales, director del Gaula – Antioquia, y quien tuvo a su cargo, tanto a la víctima como al procesado, por espacio de más de 4 años, aquel fue enfático en manifestar que Rosmary nunca le puso en conocimiento de queja alguna en contra de del señor José Gregorio Vergara López.

Si ello lo contrastamos, con lo esbozado por la víctima, que no quería dar a conocer lo sucedido para que no se generaran chismes en la unidad, llama poderosamente la atención que el testigo de descargos Hernán de Jesús Morales, no conociera siquiera del asunto, a pesar de que ya se había interpuesto la denuncia en el Caivas por parte de aquella, misma que fue elevada en el año 2011 y la declaración del testifical Morales fue en el año 2021.

Se tiene así por necesario discurrir que nos encontramos ante la solución de un caso matizado por la especialidad penal, en cuyo sistema operan dos principios básicos, de cierta manera ajenos a las demás sistemáticas jurídicas, los cuales deben ser tenidos en cuenta para adoptar la justa solución: El primero hace relación a la “presunción legal de inocencia” y el segundo a que “la carga probatoria para la demostración de

la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, se encuentran en cabeza de la Fiscalía General de la Nación”.

No desconoce la Suscrita el concepto de “carga dinámica de la prueba” que opera en los procesos penales, pero tampoco puede pasar por alto que la información sobre la probable existencia que pudieron haber tenido otras personas sobre el curso causal de lo sucedido, las cuales relató la víctima en la diligencia de juicio oral, y que permitían demostrar con mayor fuerza lo sucedido, eran de conocimiento de la Fiscalía desde los albores de la investigación, pero absolutamente ninguna actividad pesquisitoria realizó para demostrar la existencia del lugar de los hechos, los compañeros del CTI del municipio de Caucasia que escucharon cuando el señor Vergara López verbalizó la existencia del alojamiento, la compañera del CTI a la que debió pedirle el favor la víctima *“que continuara con la labor de recepción de declaraciones”* y así poderse trasladar de vuelta a la ciudad de Medellín ante la molestia de lo vivido, qué sucedió con aquella fiscal que le fueron informadas de las amenazas que el victimario le prodigaba en contra de la integridad de la víctima, así como de su familia por haberlo denunciado, testimonio del director del CTI que diera cuenta de la conversación sostenida en los términos que fueron indicados en la diligencia de juicio oral, así como el documento de traslado de aquel, también prueba que indicara la conversación sostenida entre la víctima y el Dr. Diego Luis Betancur fiscal 108 seccional, pues fue la primera persona que se enteró de lo sucedido y quien la impulso a colocar la denuncia, además de la supuesta denuncia que reposaba en el sistema SPOA de la Fiscalía por un caso similar al que ahora se

ventila, por parte de una usuaria en contra del señor José Gregorio.

Igualmente no se explica porque el esposo de la víctima pretendía ser testigo de la defensa, en contraposición, a apoyarla a ella en su versión, y contar el conocimiento, poco o mucho que tuviera de lo sucedido, y se dice en esos términos, porque al parecer, según se pudo evidenciar de los registros de audio, el abogado de la defensa lo contacto en varias oportunidades pero no quiso atender su llamado, a pesar de estar decretado como testigo de descargos, debiendo desistirse del mismo. Hecho similar sucedió con algunos funcionarios del CTI, compañeros de ambos, quienes, en últimas, entiende la Magistratura, decidieron no tomar partida en el asunto, y por el contrario, mantenerse al margen de lo sucedido, situación que no cuenta con explicación lógica alguna.

Todos esos cuestionamientos que se presentaron anteladamente, surgen precisamente porque la Fiscalía General de la Nación cuenta con personal investigativo del CTI, resultando apenas aconsejable que el Fiscal del caso adelantara actuaciones positivas de tipo probatorio para enervar su teoría del caso, todo esto a partir de la misma información emanada de la víctima, quien además es una funcionaria de la entidad, a la cual debía prestársele la atención que merecen este tipo de eventos de connotación sexual, para llegar a una verdad indubitable. Requerirle la aportación voluntaria de ciertos elementos, en caso que la interesada se negará a entregarlos, o no pudiera acceder a los mismos, constituían mecanismos legales habilitados para tan

importante misión, en orden a encontrar la verdad material de lo ocurrido y derivar la justicia que el caso amerita.

Al dejar de cumplir su carga probatoria, dejó sembrada objetivamente la duda sobre la preexistencia del evento entre acusado y la denunciante, lo cual incide inexorablemente en la desatención de su deber jurídico de llevar al juzgador la evidencia demostrativa de la existencia del hecho y de su tipicidad objetiva, que son presupuestos para la emisión de sentencia condenatoria, en los términos del artículo 381 procesal penal.

No se trata de admitir puerilmente la declaración de la víctima, por el simple y mero prurito consistente en que dicha declaración provino de la ofendida, ya que, para llegar a dicho grado de convicción se torna necesario cotejar y confrontar las atestaciones de la perjudicada con el resto del acervo probatorio, el cual podrá: corroborar y ratificar los dichos de la agraviada, o infirmarlos al tornarlos en mendaces, o mermar su credibilidad, por lo que los elementos que se echan de ver, de lo ocurrido entre la supuesta víctima y el victimario, sí constituyen una base probatoria inferencial de que pudieron tener ocurrencia, y esa duda no la absolvió el representante del ente acusador, estando en clara posibilidad de hacerlo, valoraciones que tampoco fueron objeto de análisis por las compañeras de Sala.

De otro lado, frente al principio de Libre Apreciación, la doctrina ha dicho:

“La convicción del juez debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De ahí la importancia de que se cumplan todas las reglas establecidas en la ley, para que se pueda hablar de formación libre del convencimiento...”⁸.

Dicho lo anterior, no puede dejarse de lado el principio de presunción legal de inocencia, del cual se derivan unas cargas y estándares probatorios que recaen sobre los hombros del ente acusador en la formación de sus juicios de imputación y de acusación, más aún cuando decide deprecar condena contra un ciudadano ante el Juez de Conocimiento, éste estándar no es el de una mínima actividad probatoria de cargo, sino que debe tener la capacidad suficiente para acreditar fehacientemente los hechos imputados, esto es más allá de toda duda razonable, y en el mismo nivel de conocimiento probatorio lo relacionado con la responsabilidad del imputado.

Estos requerimientos están explicitados por el legislador en el artículo 381 adjetivo penal, y debe indicarse que el postulado de suficiencia o idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar condena resulta ser particularmente sensible cuando se debe analizar la versión del agraviado en “delitos de intimidad”, cuando es fundamento único de acusación, por el vínculo o relación que tiene la víctima con el objeto mismo del proceso penal, esto es la conducta punible, de lo cual emerge un interés incriminatorio insoslayable.

Para la Suscrita, el material probatorio practicado en el juicio oral no es por sí mismo directamente incriminatorio, por eso la

⁸ PARRA QUIJANO, JAIRO: Manual de Derecho Probatorio. Página # 6. 17ª Edición. 2.009. Librería Ediciones del Profesional.

discusión se centra en el alcance dudoso o inculpatario que se construyen a partir de ese material probatorio, pues en anteriores decisiones, con menos soportes de duda como los que aquí se tienen, se ha declarado la absolución del encausado. Se itera, la prueba demostrativa de los cargos de acto sexual con incapaz de resistir, por el cual se emite fallo de condena, es insuficiente; no existen indicadores de corroboración periférica que avalen la versión inculpatante de la víctima en los términos expuestos, para la configuración del delito consagrado en el artículo 210 del Código Penal.

Con estos respetuosos planteamientos dejo sentado mi salvamento de voto.

Con respeto,

**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: **af3441310b4586243ad53b69de05f82b1764ba7eb4afb272d2c7e95001ae37cf**

Documento generado en 22/08/2023 02:28:17 PM

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