

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 165

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
2023-1582-2	auto ley 906	Violencia intrafamiliar	Antonio José Giraldo Mayo	Declara la extinción de la acción penal por prescripción	septiembre 21 de 2023
2023-1413-1	auto ley 906	HOMICIDIO CULPOSO	JUAN DIEGO MARÍN OSPINA	confirma auto de 1° Instancia	septiembre 21 de 2023
2022-0608-1	sentencia 2ª instancia	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	LEONARDO ENRIQUE COGOLLO BERNA	Confirma sentencia de 1° Instancia	septiembre 21 de 2023
2023-1194-5	sentencia 2ª instancia	actos sexuales con menor de 14 años	JOSE LUIS PULGARIN PULGARIN	modifica sentencia de 1° instancia	septiembre 21 de 2023
2023-1346-1	auto ley 906	Acceso Carnal abusivo con menor de 14 años	GUILLERMO LEON CARMONA	Revoca auto de 1° instancia	septiembre 21 de 2023
2023-1317-5	sentencia 2ª instancia	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	YERLY PAOLA GARCIA ORTEGA	Confirma sentencia de 1° Instancia	septiembre 21 de 2023
2023-1424-1	auto ley 906	HOMICIDIO	FITHGERAL NATHZUKI JIMÉNEZ PIRELA	Fija fecha de publicidad de providencia	Septiembre 22 de 2023
2023-1597-1	Tutela 2ª instancia	CESAR ECHAVARRIA	UARIV	Modifica fallo de 1° instancia	Septiembre 22 de 2023
2023-0528-4	auto ley 906	HOMICIDIO	JAIRZINHO VEGA BAMBA y otros	Decreta nulidad	Septiembre 22 de 2023
2023-1010-4	auto ley 906	HOMICIDIO	ANDRES FELIPE RANGEL MONTOYA	Se abstiene de iniciar incidente	Septiembre 22 de 2023
2023-1578-4	Tutela 2ª instancia	ZULLY JOPHANNA JARAMILLO LOPEZ	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Septiembre 22 de 2023
2023-1712-5	Consulta a desacato	Ángel María Restrepo Franco	NUEVA EPS	confirma sanción impuesta	Septiembre 22 de 2023
2023-1603-5	Tutela 2ª instancia	Tania Esther Malo Rodríguez	ICBF	Confirma fallo de 1° instancia	Septiembre 22 de 2023
2023-1587-5	Tutela 2ª instancia	YEISON DE JESUS FIGUEROA MOSQUERA	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Septiembre 22 de 2023
2023-1575-5	Tutela 2ª instancia	Daniela Gómez Cir	JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA	Revoca fallo de 1° instancia	Septiembre 22 de 2023

2023-1565-5	Tutela 2º instancia	JAIME ZARRATE BERNAL	COLPENSIONES Y OTROS	Revoca fallo de 1º instancia	Septiembre 22 de 2023
2023-1561-5	Tutela 1º instancia	BNER ALEJANDRO URREGO CANO	Juzgado 1º de E.P.M.S. de Antioquia y otros	Concede recurso de apelación	Septiembre 22 de 2023
2023-1636-5	Tutela 1º instancia	ELKIN ANTONY PIMIENTA VELASQUEZ	Juzgado 5º DE E.P.M.S. de Medellín Antioquia y otros	Deniega por hecho superado	Septiembre 22 de 2023

FIJADO, HOY 25 DE SEPTIEMBRE 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**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Radicado único	055416100128201588205
Radicado Corporación	2023-1582-2
Procesado	Antonio José Giraldo Mayo
Delito	Violencia intrafamiliar
Decisión	Decreta prescripción

Medellín, seis (06) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 095

1. ASUNTO

Sería del caso entrar a estudiar el recurso de apelación que ha interpuesto la representante de víctimas coadyuvada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, en este proceso que por el delito de violencia intrafamiliar se adelantó en contra de Antonio José Giraldo Mayo, emitiéndose sentencia absolutoria, de no ser porque existe una circunstancia objetiva que impide tal examen conllevando otro tipo de análisis.

2. HECHOS

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.

El a-quo plasmó en su decisión, como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

Los hechos fueron narrados por la Fiscalía Delegada en el escrito de formulación de acusación, como a continuación se sintetizan: El día 22 de septiembre de 2015, a eso de las 16:30 horas cuando el señor ANTONIO JOSE GIRALDO MAYO y PEDRO LUIS GIRALDO MAYO, se encontraban en la finca ubicada en la vereda el Morro del Municipio de El Peñol, en medio de una discusión por un vehículo tipo tractor, que estaba realizando labores en dicha finca, el señor ANTONIO JOSE GIRALDO MAYO agrede físicamente a su hermano GILDARDO con un machete ocasionándole heridas en la mano, que según el informe de medicina legal, establece como diagnóstico: Heridas en dorso en cuarto y quinto dedo mano izquierda, con secuelas: deformidad física que afecta la mano izquierda de manera permanente, perturbación funcional que afecta órgano izquierdo de la prensión y agarre, transitorio. perturbación funcional que afecta órgano tegumentario, transitorio, con incapacidad definitiva de 50 días. Por tal motivo el señor GILDARDO MAYO interpone denuncia penal en contra de su hermano ANTONIO JOSE"

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 8 de junio de 2016 un delegado de la Fiscalía General de la Nación ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Guatapé, imputó al señor Antonio José Giraldo Mayo la comisión como autor del punible de violencia intrafamiliar consagrado en el artículo 229 del C.P., con una pena que va de 48 a 96 meses, por hechos ocurridos el 22 de septiembre de 2015. Se hace constar que, si bien en la carpeta digital no se allegó el acta ni los registros de audio de la mentada diligencia, en el escrito de acusación se plasmó la fecha de esa actuación, así como el delito imputado.

El escrito de acusación se presentó el 8 de agosto de 2016, diligencia que se formalizó solo hasta el 28 de noviembre de esa

misma anualidad. La diligencia preparatoria se efectuó el 19 de octubre de 2017, y la audiencia de juicio oral se efectuó, luego de innumerables aplazamientos por parte de la defensa se inicia el día 11 de septiembre de 2020, continua 21 de noviembre de 2022 por otra serie de solicitudes de aplazamiento por la defensa y culmina 15 de enero de 2023. La lectura de la decisión absolutoria se efectuó el día 13 de junio de 2023.

4. LA DECISIÓN APELADA

El fallador de primer grado, en la sentencia se refirió a la tipicidad de los delitos investigados, los hechos objeto de estipulación y los alegatos de las partes, determinó que no existía discusión respecto de la materialidad de dicha conducta punible, dando cuenta de las pruebas que revelaban su comisión.

No obstante, lo anterior, consideró que la conducta el procesado es una causal de exclusión de la antijuricidad, lo cual es la legítima defensa. Para respaldar esta tesis, efectuó una reseña de lo declarado por los principales testigos del caso, arguyendo:

Solo existe en el plenario las declaraciones de la víctima, GILDARDO GIRALDO MAYO y su hermano que lo apoya, PEDRO LUIS GIRALDO MAYO y un tercero ajeno a los anteriores que presencié los acontecimientos De la prueba oral aportada por las partes se desprende las siguientes conclusiones:

1. Por asuntos de tierras, víctima y victimario han tenido varias confrontaciones, por lo que el día 22 de septiembre de 2015 se presentó un altercado en el que resultó lesionado GILDARDO GIRALDO MAYO.

2. La víctima y su hermano se contradicen, pues mientras GILDARDO GIRALDO MAYO – lesionado – afirma que impidió que la máquina trabajara en unas excavaciones, que el Juzgado estima son más bien explicaciones, su hermano PEDRO LUIS afirma que por unos daños en unos cultivos.

3. Los dos GILDARDO y PEDRO LUIS exponen que lograron impedir que la máquina no trabajará y cuando llegó ANTONIO JOSE le dijo al que manejaba el aparato que se retirarán que no podía trabajar.

4. Dicen GILDARDO Y PEDRO LUIS que ellos los siguieron y ANTONIO JOSE, quien los insultaba, sacó el machete y atacó a PEDRO LUIS y como vio que lo iba a matar, GILDARDO lo acometió con un palo para defenderlo y ahí fue donde lo corto. Esta versión es cierta en parte porque el declarante EVELIO DE JESUS ATEHORTUA expreso: "... Al otro día estaba en la casa descansando cuando escuchó que estaban alegando ahí cerquita de la casa, me asome por la ventana, cuando vio a otros dos señores que se fueron sobre Don ANTONIO uno con un palo, entonces ya Don ANTONIO sacó el machete y le pegó la cortadita al muchacho ahí en el dedo."

Esto quiere decir que ya estando ANTONIO JOSE retirándose del lugar de donde lo habían expulsado, GILDARDO y PEDRO LUIS, iniciaron la pelea atacando a ANTONIO JOSE y como es lógico que se tenía que defender utilizando el machete, produciéndole una lesión en la mano izquierda y fue la única manera de evitar la continuidad de la arremetida de GILDARDO y acabar con la pelea. Y es que si el victimario tuviese la intención de atacar a su hermano cuando le produjo la lesión hubiese continuado con la agresión, pero no fue así, la confrontación terminó, y como advierte la defensa la finalidad era quitárselo de encima y ciertamente se desembarazó del atacante.

De otro lado la defensora de la víctima alega que hubo una desproporción puesto que GILDARDO tenía un palo y ANTONIO JOSE un machete, puede que existe desigualdad, pero esto no ocurre en el caso presente, ya que pelea que de por si fue bastante larga pues GILDARDO expresó que duró entre 10 y 15 minutos, frente a todo ese tiempo de combate fue poco lo que lo lesionó, lo que quiere decir que GILDARDO es avezado en el manejo del palo.

Otro hecho relevante es lo que afirma el declarante EVELIO DE JESUS ATEHORTUA: El problema lo empezó el otro señor con Don GILDARDO, ellos decían que atajaran eso, que pegarle a Don ANTONIO, el otro decía que mátelo, eso fue lo que escuchó. La otra persona que no recuerda el nombre dijo que hay que matarlo. Esa otra persona a la que el declarante dice que no recuerda el nombre no es otro que PEDRO LUIS GIRALDO MAYO

Es decir que las intenciones de GILDARDO y PEDRO LUIS no eran buenas o como dice el defensor tenían intención homicida.

Afortunadamente GILDARDO lo atacaba con un palo, si hubiese sido con un machete las consecuencias hubiesen sido otras y no muy halagadoras. Otro hecho que para el Juzgado es de trascendente importancia y de donde se puede deducir que el victimario se estaba defendiendo, es que cuando resultó lesionada la víctima la pelea se acabó, pues el ciudadano GILDARDO GIRALDO MAYO no siguió con la arremetida.

Otra circunstancia que hace notar la defensa y que es de recibo, es que se tiene la versión del ciudadano GILDARDO GIRALDO MAYO – víctima – y la de su hermano PEDRO LUIS GIRALDO MAYO, quien estaba de lado del primero y la deponencia de EVELIO DE JESUS ATEHORTUA AGUDELO, persona ajena a los peleadores, pudiéndose considerar como imparcial, el que ofrece mejor evidencia por tanto hay que darle mayor credibilidad. Es más EVELIO DE JESUS ATEHORTUA, le ordenó a uno de sus hijos que trasladara a GILDARDO GIRALDO MAYO al hospital.

Se estima que en este asunto sometido a estudio se da un caso típico de legítima defensa.

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

Con la pretensión de que se revoque el fallo absolutorio, cuestionó el apoderado de las víctimas el análisis probatorio efectuado por el juez de instancia, resaltando que la prueba recaudada permite deducir sin duda alguna la materialidad de la conducta acusada, como quiera “se demostró que el hermano de la víctima no actuó para proteger un Derecho propio o ajeno de una agresión injusta, actual o inminente, al contrario se evidenció que lo narrado por la fiscalía en su escrito de acusación fue lo demostrado en el desarrollo del proceso, y es que la víctima agredió con un machete a su hermano GILDARDO DE JESUS GIRALDO MAYO y como resultado del debate se pudo demostrar que la víctima busco defenderse

con un palo de la agresión de su hermano ANTONIO JOSÉ GIRALDO MAYO".

Explicó que la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha establecido que el exceso en la legítima defensa puede ser reconocido si, en un ejercicio ex ante, el juzgador verifica el cumplimiento de los requisitos de la causal de justificación hasta la necesidad abstracta. Una vez cumplidos, es posible examinar si, con sus acciones, aquel que actuó para defender su derecho causó un resultado más dañino del necesario y proporcional para defenderse de la agresión recibida.

Con esos disertos, solicita se revoque la decisión de primer grado.

La defensa como no recurrente solicita se declare desierto el recurso de apelación, al no contar con argumentos valorativos para su análisis.

Por su parte el delegado de la Fiscalía General de la Nación, coadyuva los argumentos expuestos por la parte apelante., a efectos de que se revoque la decisión de primer grado.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

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

sin que pueda agravarse la situación del acusado por ser la defensa la única apelante.

6.2. Caso Concreto

Como se anunció, sería del caso entrar a estudiar el tema objeto de apelación, si antes no se advirtiera que al ser regido este trámite bajo la égida de la Ley 906 de 2004, respecto del delito de violencia intrafamiliar, que fue el de objeto de condena, la acción se halla prescrita.

La prescripción de la acción penal se alza como una figura perteneciente al derecho sustancial que despoja, en materia penal, al Estado de la facultad punitiva y de contera le priva a los jueces de la posibilidad de abordar el examen procesal con miras a asumir decisiones en un asunto, que se erige como una especie de sanción que opera con fundamento en la inactividad judicial. El paso del tiempo sin que se asuman decisiones de fondo en un proceso, entonces, es la característica que sustenta la existencia del referido instituto, en tanto que *“a los ojos del grupo social una sanción tardía tiene más sabor de venganza que de justicia”*.²

Como no podía ser de otra manera, la prescripción está cuidadosamente regulada por la ley, no solamente en cuanto concierne a la definición del tiempo transcurrido para que opere, sino también respecto al momento en que debe comenzar la contabilización del mismo, cuándo operan las interrupciones en su conteo y las posibilidades de su renuncia

² CSJ SP, sentencia del 22 de junio de 1957

por parte del beneficiario con su ocurrencia. Importante es mencionar que comoquiera se trata de un fenómeno esencialmente objetivo y que su naturaleza hunde raíces en el interés público, el juez debe declararla aun sin solicitud expresa.

Así, el artículo 82 del Código Penal distingue, entre otras, a la prescripción como una causal de extinción de la acción penal, entre tanto que el 83 *ibídem* prevé que la misma “prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20) (...)”.

El artículo 84 determina el momento del inicio de la contabilización de ese término, indicando que, para lo que es de interés para este asunto, en las conductas de ejecución instantánea “la prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación”.³ De su lado, el canon 86 *eiusdem* regula el tema de la interrupción del término prescriptivo de la acción, enseñando que “la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de imputación”, y que “producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a los cinco (5) años, ni superior a diez (10)”.

Sin embargo, el artículo 292 de la Ley 906 de 2004 en su último inciso establece que “producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término

³ En CSJ SP, 13 jul. 2018, radicado 49040, se enseña que el delito de fraude al sufragante es de ejecución instantánea.

igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años". Dígase al paso que, ante la evidente contradicción de la norma acabada de reproducir, con el texto del artículo 86 Sustancial, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal determinó que debía preferirse la aplicación de la disposición adjetiva.⁴

Con ese necesario preámbulo, pasemos a ver lo sucedido en el presente asunto:

El 8 de junio de 2016 un delegado de la Fiscalía General de la Nación ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Guatapé, imputó al señor Antonio José Giraldo Mayo la comisión como autor del punible de violencia intrafamiliar consagrado en el artículo 229 del C.P., con una pena que va de 48 a 96 meses, acusación que ha de reducirse a la mitad por haberse adelantado en contra del encartado audiencia de formulación de imputación.

A partir entonces, del contenido de la normatividad y jurisprudencia evocadas tenemos que el término máximo de prescripción de la acción penal para el delito de violencia intrafamiliar es de 8 años, parámetro que atendiendo lo dispuesto en el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal deberá reducirse a la mitad, pues en el presente caso ya se celebró audiencia de formulación de imputación.

En ese orden, si el 8 de junio de 2016 se interrumpió el término de prescripción, contabilizándose un nuevo término equivalente

⁴ CSJ SP, 19 oct. 2016, rad. 48053

a la mitad del máximo de la pena fijada para el punible imputado, éste sería de 48 meses; acorde con el inciso 2º del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, prevé que el término de prescripción, una vez se produce la imputación, no podrá ser inferior a 3 años, parámetro en el que se encuadra la presente situación.

Así las cosas, es posible concluir que el fenómeno de la prescripción se verificó a partir del **8 de junio de 2020**, esto es, antes de que el proceso arribara a esta sede e incluso, antes de la emisión de la sentencia de primer grado, si en cuenta se tiene que esta tuvo lugar el 13 de junio de 2023.

Por ser oportuno, traemos a colación algunos precedentes de la jurisprudencia que con toda la claridad necesaria establecen que no hay lugar a referirse judicialmente y en forma preferencial sobre la valoración del acopio probatorio, cuando la prescripción de la acción penal ha ocurrido con anterioridad a que la segunda instancia se pronunciara. Notemos:

En el radicado 48384 del 5 de junio de 2019, se plasmó con toda contundencia que:

*“Teniendo el tiempo transcurrido desde cuando se celebró la audiencia de formulación de imputación en este asunto, **resulta incontrastable que la prescripción de la acción penal respecto del delito de fraude procesal por el que se le llamó a juicio al acusado, sobrevino con anterioridad a la sentencia de segunda instancia, de manera que al producirse tal decisión el Estado había perdido su potestad sancionatoria. Siendo así, ante el decaimiento de esa facultad, conforme lo normado por los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000***

y 292 de la Ley 906 de 2004, el Tribunal debió declarar la prescripción y la consecuente cesación de procedimiento, una vez verificado el acaecimiento de dicho fenómeno extintivo". (Resaltada fuera del texto).

En esa oportunidad la Corte enfatizó en las consecuencias jurídicas devenidas de la aparición del fenómeno de la prescripción penal, de tal manera que su declaración judicial se impone, aun para eventos en los que se aviene posible una persuasión acerca de la absolución del procesado, así:

*"Teniendo en cuenta que la prescripción corresponde a una institución de orden público, por virtud de la cual, **debido al simple transcurso del tiempo señalado en la ley, el Estado pierde su capacidad de investigación y juzgamiento, de suerte tal que una vez logrado o superado el lapso previsto para el legislador para el efecto, no hay opción distinta para la judicatura que decretar la prescripción, pues actuar en contravía del respectivo mandato, esto es, trascendiendo el límite cronológico máximo, implica desconocer las formas propias del juicio, sin que sea oponible para eludir el referido pronunciamiento, que decisiones próximas a tomar puedan favorecer al procesado**". (Lo Destacado fuera del texto)*

Para concluir diciendo que:

*"En eventos tales, se ha dicho, **ni siquiera la presunción de inocencia como garantía fundamental podría invocarse para justificar que debe emitirse la providencia liberatoria de responsabilidad (por ejemplo, por preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o aún sentencia absolutoria), por cuanto para proferirla se exige como requisito sine qua non que el Estado, a través del respectivo funcionario, detente capacidad para adelantar una actuación penal, la cual desaparece ipso iure por virtud de extinguirse la acción penal, entendida ésta como el derecho-deber del***

Estado de investigar, juzgar o sancionar a una persona a quien se le imputa la comisión de una conducta definida como punible". (Lo Destacado fuera del texto).

En la aludida oportunidad la Corte Suprema de Justicia casó oficiosamente la sentencia que en sede de casación revisaba, declaró prescrita la acción penal y cesó por ello el procedimiento. Idéntica decisión asumió la Corporación dentro del proceso radicado con el número 53940 del 21 de noviembre de 2018, sentenciando que:

"En esas condiciones, resulta necesario reiterar que la sentencia objeto de impugnación quebrantó el debido proceso, por haberse dictado a pesar de encontrarse prescrita la acción penal, sin que el fundamento de la misma haya sido la preeminencia o preferencia de la absolución; de donde se sigue la necesidad de que la Corte intervenga de oficio para casar el fallo".
(Destacado fuera del texto).

Se aviene entonces, que el criterio decantado por el máximo tribunal Colegiado acerca de la improseguibilidad de la acción penal en esta sede, dependiendo del momento procesal en el cual se estructura la prescripción y dependiendo de si el tema es o no propuesto en la demanda, a saber:

1. Cuando la prescripción opera después de la sentencia de segunda instancia, se debe decretar directamente y cesar procedimiento con independencia del contenido de la demanda (se prescinde del juicio de admisibilidad), por haberse dictado el fallo en forma válida, en cuanto se hallaba vigente la facultad sancionadora del Estado.

2. Cuando la prescripción ocurre antes de la sentencia de segunda instancia, es necesario distinguir dos hipótesis:

a) Si el error ha sido planteado en la demanda, se debe admitir el libelo y definir el cargo mediante fallo de casación, con prescindencia de los restantes ataques si han sido planteados.

b) Si el recurrente no formuló el reproche, le corresponde a la Corte analizar la ocurrencia del fenómeno extintivo, casar de oficio para anular el fallo y, como consecuencia de ello, inadmitir la demanda por ausencia de objeto, sin que resulte, entonces, procedente, por innecesario y en virtud del principio de economía procesal, agotar el juicio de admisibilidad de los cargos contenidos en el libelo. Desde luego, añádase ahora, en caso de haberse admitido la demanda, no habrá lugar a emitir pronunciamiento sobre los cargos allí formulados.

3. Cuando la prescripción se produce con ocasión del fallo de casación (tal situación puede presentarse, por ejemplo, si la Corte varía la calificación jurídica para degradar la imputación): En ese caso, la decisión de la Sala dependerá del momento en el cual haya operado la prescripción. Si ocurrió antes de la sentencia de segunda instancia, deberá casarla. Si ocurrió después, decretará directamente la prescripción y cesará, en consecuencia, el procedimiento^{5,6} (Subrayas fuera de texto)

Y en decisión posterior del 14 de octubre de 2020, radicado 53380 apuntaló:

Formulada la imputación el 9 de septiembre de 2015 la acción penal prescribió el 9 de septiembre de 2018, fecha para la cual no había sido proferido el fallo de segunda instancia (emitido el 12 del citado mes y año).

En este caso, el Tribunal estaba impedido para dictar la sentencia, bajo el entendido de que la conducta por la

⁵ "5 Cfr. Auto del 21 de agosto de 2013, radicación 40587."

⁶ CSJ SP, sentencia del 2 de diciembre de 2020. Rad. 57248

cual procedía la declaratoria de responsabilidad penal se adecuaba al tipo penal de lesiones personales.

En estas precisas condiciones, la Sala casa oficiosamente la sentencia impugnada y, en su lugar, la declara nula por haber sido dictada cuando la acción penal por el delito de lesiones personales en GFD había prescrito (Negrillas propias)

Ahora, en vista de que antes de la emisión de la sentencia de primera instancia ya se había presentado la causal de improseguibilidad de la acción penal, conforme lo ha considerado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁷, habrá que revocarse lo actuado frente al delito prescritos. Lo anterior por cuanto el funcionario no tenía competencia para emitir pronunciamiento ante la configuración de una causal objetiva extintiva de la facultad estatal para investigar y juzgar la conducta punible extinta.

Dígase además que, la primacía de la absolución se reserva para los casos en que la declaración de absolución se hizo con la potestad de hacerlo y cuando el fenómeno se produce antes de resolver casación que es recurso que versa sobre el acierto y legalidad de la sentencia, que al no poder modificarse queda en pie. En este caso particular la prescripción de la acción penal se verificó incluso antes de iniciado el debate probatorio, siendo evidente que la facultad punitiva del Estado, se encontraba extinguida para el momento de emitirse la sentencia y así debió declararse.

⁷ 4 CSJ SP SP-4867-2020 y SP-3888 - 2020

En ese orden, de acuerdo con lo que viene de decirse, la entidad tribunalicia procederá a declarar la extinción de la acción penal por razón de la prescripción, a favor del procesado Antonio José Giraldo Mayo quien fuere acusado por el delito de violencia intrafamiliar.

Atendiendo a la forma anormal como termina esta actuación procesal, notifícase de ello a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia para que, si lo considera del caso, dé inicio a la investigación disciplinaria correspondiente, en contra del Juez Promiscuo Municipal de El Peñol. Igualmente se compulsará copia en contra del defensor por la eventual trasgresión del numeral 10 del artículo 33 de la ley 1123 de 2007, así como por la frustración de la realización o continuación de las audiencias que podrían constituir maniobras dilatorias. Por parte de la Secretaría de la Corporación, se arrimarán las respectivas actas de audiencias fracasadas.

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

7. RESUELVE:

Primero: REVOCAR la decisión de primer grado proferida sin competencia al haber operado causal objetiva de la prescripción antes de la emisión del fallo de instancia, y en su lugar, declarar la extinción de la acción penal por el delito de violencia intrafamiliar, en favor del señor Antonio José Giraldo

Mayo, acorde con el fenómeno extintivo de la prescripción, conforme a los hechos señalados en la parte motiva de esta decisión.

Segundo: Entérese a la Comisión Seccional de Disciplina de Antioquia sobre este evento para que, si lo considera del caso, inicie la investigación disciplinaria en contra del funcionario que fungió como titular del juzgado de primera instancia para el momento en que transcurrió el lapso de prescripción, así como en contra del defensor, de acuerdo a lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno pues agota el objeto de la impugnación.

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**(En permiso)
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

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: **1724136034729ec794988d5a5db60b3bf648d6312ed5230375865e682c7cfd4**

Documento generado en 06/09/2023 04:59:10 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, once (11) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 193

RADICADO : 05 615 61 08501 2019 80300 (2023 1413)
DELITO : HOMICIDIO CULPOSO
ACUSADO : JUAN DIEGO MARÍN OSPINA
PROVIDENCIA : INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA

La Sala conoce del presente asunto por recurso de apelación interpuesto por el Representante de la Víctima en contra del auto proferido el 01 de agosto de 2023, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), mediante el cual aprobó preacuerdo presentado por las partes.

ANTECEDENTES

Se dice en la actuación que a eso de las 17:10 horas del día 03 de octubre de 2019, sobre la vía y en sentido Rionegro-Vereda Llanogrande, y a la altura del Km 10 + 940 sector La Amalita misma vereda del municipio de Rionegro (Antioquia), JUAN DIEGO MARÍN OSPINA conducía la motocicleta Bajaj Bóxer, negra, placa MTE 42E, modelo 2019, y realizó maniobra de adelantamiento por la berma de su derecha, y atropelló y arrolló a la peatón dama Luz Mariela Castaño Palacio, quien estaba orillada esperando tomar transporte público, causándole graves lesiones a su humanidad, y no obstante, el oportuno auxilio hacia la Clínica Somer de esa localidad, y de haberle prestado los servicios, médicos, quirúrgicos y hospitalarios, momentos después, hacia las 18:30 horas mismo día falleció, por traumas

torácico y craneano, producidos por contundencia en ese accidente de tránsito, determinante de nexos causal entre la acción de MARÍN OSPINA y la muerte violenta de Luz Mariela Castaño Palacio.

El 13 de diciembre de 2021, ante el Juez Segundo Penal Municipal de Rionegro (Antioquia) fue celebrada la audiencia de formulación de imputación.

El proceso pasó al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) en donde el 3 de junio de 2022 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 10 de agosto de 2022.

Antes de iniciarse el juicio oral las partes manifiestan el interés de presentar un preacuerdo el cual es concretado en sesión de audiencia del 26 de mayo de 2023.

El acuerdo consistió en que el señor Juan Diego Marín Ospina acepta el cargo de homicidio culposo y sólo para efectos de tasar la pena se le reconoce la calidad de cómplice, no obstante, se tasa la pena en 26 meses y 15 días de prisión. Por insolvencia económica del procesado no se refiere a la reparación de las víctimas.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

En sesión de audiencia del 1 de agosto de 2023, el señor Juez decidió aprobar el preacuerdo presentado por las partes. Manifestó que pudo percibir el respeto a los derechos y garantías de las partes y la legalidad de lo acordado.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor Representante de la Víctima, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

En síntesis, sostiene que como representante de víctima se opone rotundamente al preacuerdo, porque no se tiene en cuenta una indemnización debida para la víctima, dándole un privilegio al procesado. La víctima quiere justicia para este caso concreto o que de alguna manera recibir, no una reparación, porque se trata de un homicidio, se habla más de una compensación. De este modo solamente se le estaría dando un privilegio al procesado y en ningún momento se estaría pensando en la reparación de la víctima. Según el artículo 348 del C.P. el acuerdo tiene como finalidad también propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto.

Piensa que el espacio propicio no sería el incidente de reparación sino esta etapa que es la que ejerce más presión al procesado para que haga alguna propuesta de indemnización a la víctima.

2. El señor Fiscal, como sujeto no recurrente, sostiene que la terminación anticipada por preacuerdo es una forma de hacer eficaz la administración de justicia, necesariamente conlleva a la sentencia condenatoria en forma anticipada, entonces, es uno de los beneficios que no puede dejarse de lado, es ganar un proceso en forma adelantada, evitando ir a un juicio que puede ser dilatado en el tiempo. Los preacuerdos facilitan tener esa sentencia condenatoria por adelantado, lograr pronta y cumplida justicia y habría el espacio del incidente de reparación integral para ejercer las pretensiones que se derivan después de una sentencia condenatoria ejecutoriada. No ve la

afectación. El preacuerdo fue puesto a consideración del apoderado de la víctima y se le explicó sus alcances. Las víctimas están en derecho de presentar su inconformidad, pero se está haciendo justicia.

3. La señora defensora del procesado solicita se mantenga la decisión, porque se han llenado todos los presupuestos jurídicos y constitucionales. El preacuerdo no quiere decir que su defendido sea absuelto de alguna responsabilidad, va a ser condenado a una pena mayor a 25 meses de prisión y que tenga derecho o no a un subrogado eso lo dice la norma. Frente a la indemnización es importante, pero tiene una posibilidad de pago con el incidente de reparación que se haría después de emitirse el fallo condenatorio.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si el preacuerdo presentado entre las partes debe o no aprobarse.

Para el A quo el acuerdo respetó los derechos y garantías de las partes y la legalidad, por lo cual le impartió aprobación. En cambio, el recurrente sostiene que no se está cumpliendo con una de las finalidades del preacuerdo que es la de propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto.

Analizado el tema de debate, la Sala de una vez dirá que la decisión objeto de impugnación será confirmada por las siguientes razones:

Para los suscritos Magistrados, siempre ha sido claro que tanto la aceptación de cargos como los preacuerdos puestos a conocimiento

de la judicatura, deben ser objeto de control judicial, pues la actividad de la Fiscalía no es discrecional y en ningún momento el orden jurídico colombiano permite que el Ente Acusador obre con completa arbitrariedad.

Así, frente a los preacuerdos, puede entenderse fácilmente que, bajo un mínimo de prueba, las partes cedan algo en sus pretensiones y acuerden la aceptación de cargos por un lado y las rebajas de pena u otras alternativas dirigidas a ese mismo fin, por el otro.

Si bien la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en algunos momentos ha expresado que el Juez no puede hacer control material de los preacuerdos, hoy día la situación ha cambiado frente a los nuevos pronunciamientos, tanto de la Honorable Corte Constitucional¹ como de la Honorable Corte Suprema de Justicia².

Estas posiciones jurisprudenciales permiten ratificar la tesis que siempre ha venido pregonando esta Sala en el sentido de señalar que, para efectos de aprobación de los preacuerdos, el Juez debe verificar que la calificación jurídica corresponda razonablemente a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y que exista un mínimo de prueba que los soporte.

Eso sí, precisando que no se trata de elementos de conocimiento semejantes a las pruebas que se obtienen en el juicio oral del trámite ordinario, esto es, bajo los principios de inmediación, publicidad, concentración y contradicción. En realidad, los elementos probatorios solo alcanzan a ser evidencias sumarias, porque no han pasado por el

¹ Sentencia SU 479 DE 2019.

² Dedición del 24 de junio de 2020. Rad. 52227, M.P. Dra Patricia Salazar Cuellar.

proceso de contradicción y de ellos no puede esperarse más que una hipótesis probable de ocurrencia.

Ahora, es deber del juzgador verificar que lo acordado no desborde el principio de legalidad de la pena a imponer, esto es, que los límites punitivos establecidos por el legislador sean estrictamente respetados por las partes al momento de realizar acuerdos, así como los montos de las rebajas autorizadas por el legislador, dependiendo del momento procesal en que se produce el acuerdo.

En el presente caso, es claro que el preacuerdo puesto a consideración de la judicatura otorga una rebaja que no desborda la legalidad, teniendo en cuenta el momento procesal en que se produce la decisión de aceptar los cargos. Debe tenerse en cuenta que la pena para el homicidio culposo se establece por la ley entre 32 y 108 meses de prisión, y se acordó una pena equivalente a 26 meses y 15 días de prisión, monto proporcional al momento en que ocurrió la aceptación de cargos, esto es, antes de iniciarse el juicio oral.

Ahora, en lo que es objeto de inquietud por el apoderado de la víctima, es cierto que el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal habla de las finalidades de los preacuerdos y señala que, entre ellas, busca propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, pero de allí no se desprende que la indemnización de los perjuicios sea un requisito de validez o procedibilidad para dar paso a los preacuerdos.

El legislador sí ha colocado como exigencia en el artículo 349 ídem, el reintegro de lo que el acusado haya obtenido como incremento patrimonial fruto de la comisión de la ilicitud. Y en este caso, por la

naturaleza de la conducta punible investigada y la forma como ocurrieron los hechos, salta a la vista que no se ha presentado ningún incremento patrimonial que obligue a exigir el reintegro.

También debe decirse que, en el trámite del preacuerdo, la víctima y su apoderado tuvieron conocimiento de sus términos y se discutió el tema de la indemnización de perjuicios en donde el acusado manifestó su incapacidad económica para en ese momento proponer alguna forma de reparación, por lo cual ninguna irregularidad se ha presentado y el acuerdo debe aprobarse.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, RESUELVE **CONFIRMAR** la decisión objeto de impugnación.

Esta providencia se considera notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Las diligencias volverán al Despacho de origen para que continúe con el trámite procesal.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(EN COMISIÓN DE SERVICIOS)
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

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: **7cd5b1dcae313889e31fdf252a8191d69a106116683e3b089c55edef2b431c14**

Documento generado en 11/09/2023 04:35:29 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, once (11) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 193

PROCESO: 05 579 60 00000 2020 00001 (2022 0608)
DELITO: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO PRIVATIVO
ACUSADO: LEONARDO ENRIQUE COGOLLO BERNA
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado, en contra de la sentencia proferida el 26 de abril de 2022, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante la cual CONDENÓ al señor LEONARDO ENRIQUE COGOLLO BERNA por hallarlo responsable del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el día 20 de septiembre de 2019, siendo aproximadamente las 18:40 horas, en la vereda Grecia de Puerto Berrío, Antioquia, Juan Gabriel Gil y LEONARDO ENRIQUE COGOLLO BERNA se transportaban en la motocicleta de placas XVK59E, en la que fueron sorprendidos portando sin permiso de autoridad competente dos granadas de fragmentación, una IM26 y otra de menor tamaño, respectivamente.

El 22 de septiembre de 2019 ante el Juez Sexto Penal Municipal de Medellín fueron celebradas las audiencias de formulación de

imputación e imposición de medida de aseguramiento. Posteriormente, el señor Juan Gabriel Gil celebró un preacuerdo con la Fiscalía y el trámite continuó frente a Cogollo Berna.

El proceso pasó al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia en donde el 5 de mayo de 2021 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 30 de junio de 2021 y el juicio oral se desarrolló los días 23 de agosto y 19 de octubre de 2021, 14, 18, 28 de marzo y 26 de abril de 2022. La sentencia condenatoria fue leída el 26 de abril de 2022.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo sostuvo que los testigos presentados por el Ente acusador fueron coherentes entre sí, observándose principalmente tal característica entre aquellos que hicieron presencia en el lugar de los hechos y que participaron en la captura de LEONARDO ENRIQUE COGOLLO BERNA, esto es, en lo afirmado por Carlos Augusto Motta Andrade y Juan David Infante Cárdenas, uniformados que dejaron claras las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se efectuó la aprehensión del implicado ese 20 de septiembre de 2019, siendo consecuentes ambos en que a LEONARDO ENRIQUE le fue hallada una granada pequeña en el bolsillo de su pantalón, aseveraciones que se hicieron con elocuencia y sin dubitación alguna, tanto así que Motta Andrade en el juicio reconoció al acusado como la persona a la que en compañía del Ejército se le incautó un material bélico que se encargó de remitir a un experto para su estudio. Al procesado le fue hallada la de menor tamaño, descrita por Juan Esteban Mazo Henao en su intervención, así como en su informe de investigador de laboratorio -FPJ-13- como “granada de fragmentación de mano tipo PRB 423”, sobre la cual se dijo que estaba en buen

estado de conservación, con sus mecanismos completos y apta para su uso. Último punto que también se corroboró los dichos del funcionario de policía Dionicio José Palacio Díaz, quien realizó álbum fotográfico al material incautado y expresó que las granadas contaban con los accesorios necesarios para su funcionamiento.

Si bien la defensa insiste en que no se demostró la aptitud del elemento, pues no se dio cuenta de su destrucción, para el Despacho tal apreciación es una simple conjetura, pues el perito manifestó con completa seguridad que por las condiciones en las que se hallaba el elemento, éste se encontraba apto para su función, ya que tenía un buen estado de conservación y sus mecanismos completos.

LA IMPUGNACIÓN

La señora defensora del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Solicita revocar la sentencia y en su lugar absolver a su patrocinado, lo anterior porque considera que no se demostró la antijuridicidad material de la conducta investigada.

Hace ver que en el informe de investigador de laboratorio FPJ 13 del 26 de febrero de 2020, el intendente Juan Esteban Mazo Henao, en su condición de Jefe de la Unidad Antiexplosivos Antiterrorista de la SIJIN DEMAN señaló que los explosivos son de fabricación industrial y se encuentran aptos para su uso; teniendo en cuenta sus características técnicas y su estado de conservación; sin embargo, su funcionamiento real está supeditado a verificación, en el momento en que se realice su destrucción. Asimismo, en el mismo informe técnico se recomienda y solicita la destrucción de dichos artefactos explosivos.

Por ello, sostiene que a estas alturas procesales no se sabe si la granada que le fue presuntamente decomisada a su defendido, funciona o no, por lo que no se tiene demostrada la antijuridicidad material de la conducta endilgada a su pupilo y, por tanto, debe procederse a la absolución.

Afirma que el juez no puede extractar del informe la antijuridicidad de la conducta, pues ese el perito experto en explosivos, el único que puede afirmar con total autoridad cuando un artefacto explosivo funciona o no y no como lo hizo el señor Juez acogiendo la teoría del caso de la fiscalía.

Por otra parte, sostiene que existe contradicción entre las declaraciones del funcionario del ejército y el de la SIJIN que concurrieron a la captura del procesado. Mientras el primero menciona que era el ejército quien tenía la información acerca de la movilización del señor COGOLLO BERNA, junto con un sujeto conocido con el alias de EL POLI, el funcionario de la SIJIN plantea que era la SIJIN quien contaba con esa información, olvidándose de ello, al advertir que supo de quienes eran las personas capturadas luego de su retención. Entonces, si iban con información precisa acerca del movimiento de estas personas pertenecientes al Clan del Golfo, por qué, cuando los retuvieron no sabía de quién se trataba.

Por ello, considera que tiene explicación lo dicho por su defendido y Juan Gabriel Gil, quienes afirman que no se les decomisó ningún arma y que tampoco el señor Cogollo Berna pertenecía a dicho grupo criminal, tanto así que el señor Juan Gabriel Gil, quien señaló a los partícipes en los homicidios, sin ningún reparo afirmó que el señor Cogollo Berna no trabajaba con él, que no pertenecía al Clan del Golfo, que no le decomisaron ningún artefacto explosivo y que él

aceptó el hecho, porque no se iba a ir a juicio por un porte si había aceptado la comisión de múltiples homicidios.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado a la Sala, se limita a determina si existe o no prueba que conduzca a un conocimiento más allá de toda duda sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado.

Para el A quo, la prueba practicada es clara, pues no existe motivo alguno para dudar de las declaraciones de los funcionarios que realizaron la captura y, además, el perito fue enfático en el juicio al manifestar que el artefacto decomisado estaba en buenas condiciones y apto para su funcionamiento. En cambio, la recurrente afirma que como no se hizo la destrucción del explosivo tal como lo señaló el perito, no puede entenderse que el artefacto fuera apto para causar daño, por lo cual no se demostró la antijuridicidad material. Y, por otra parte, se duele porque el A quo no le creyó a los capturados, quienes afirmaron que su defendido no pertenece a ningún grupo criminal y al momento de su aprehensión nada le decomisaron.

Para resolver, la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en el juicio oral y de una vez dirá que a la togada de la defensa no le asiste razón en sus críticas.

No hay motivo alguno para no creer en los funcionarios que realizaron la captura del señor Leonardo Enrique Cogollo Berna y quienes afirmaron que le encontraron en su poder una granada. Las razones que aduce el recurrente para minar la credibilidad son intrascendentes, pues lo cierto es que personal del Ejército y la SIJIN realizaron un procedimiento en busca de integrantes del Clan del Golfo y en ese

operativo retuvieron una motocicleta en la cual viajaban dos personas y a cada uno de ellos les encontraron en su poder una granada, artefactos explosivos que conforme con el dictamen pericial eran aptos para su funcionamiento. Que el señor Leonardo Enrique Cogollo Berna perteneciera o no al denominado Clan del Golfo, que trabajara o no para el señor Juan Gabriel Gil, es totalmente intrascendente para el efecto de demostrar el porte del artefacto bélico.

Ninguna contradicción o duda se presenta en la declaración de los testigos, pues ellos dejaron claro que el operativo se realizó conjuntamente entre el Ejército Nacional y la Unidad Básica de Investigación Criminal de la Policía Nacional, por tanto, ambas entidades tenían conocimiento de la información que sugería la presencia de personas pertenecientes a un grupo criminal.

Igualmente, el funcionario Carlos Augusto Motta Andrade en su declaración y durante el contrainterrogatorio, aclaró las inquietudes de la defensa, cuando había manifestado que fue al momento de la captura que supo quién era el señor Juan Gabriel Gil, pues afirmó que ellos tenían la información sobre la llegada de una persona que iba a recibir la estructura del Grupo Criminal en Puerto Berrío, pero no conocía su prontuario, la importancia de éste en la organización y que tenía un perfil tan alto.

Con relación a la valoración del dictamen pericial, la Honorable Corte Suprema de Justicia en decisión del 6 de marzo de 2013, radicado 39559 M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca ha dejado claro:

3. De la valoración del testimonio pericial

3.1. El artículo 420 de la Ley 906 de 2004 señala que, para apreciar la prueba pericial practicada durante el juicio público, el funcionario deberá tener en cuenta *“la idoneidad técnico-científica y moral del*

perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”.

En cuanto al alcance de esta disposición, la Sala, en sentencia de 16 de septiembre de 2009 (citada por el Fiscal Delegado ante la Corte en la audiencia de sustentación del recurso), ha indicado que la prueba pericial debe ser valorada por el juez como todos los demás medios de prueba, esto es, de manera racional, o sujeta a los parámetros de la sana crítica, y no de manera incondicional o mecánica ante los dictámenes de los especialistas. En palabras de esta Corporación:

“[...] como ocurre con todos los medios probatorios, la pericial debe ser considerada racionalmente por el juez, porque en la apreciación del dictamen resulta imperativo tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos que obren en el proceso.

”Por ello de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia ha entendido que los argumentos de autoridad científica, técnica, profesional o humanística son de recibo por la innegable realidad de la división del trabajo y las cada vez más urgentes especializaciones en el desenvolvimiento del hombre en la sociedad, el curso de ésta y el tratamiento de los problemas o conflictos, de modo que resulta intolerable una actitud pasiva o de irreflexiva aceptación del juez frente al dictamen, pues fácilmente pueden potenciarse y extenderse los errores que como humano puede cometer el perito”¹.

También ha precisado la Corte que el objeto de valoración por parte del juez en una prueba pericial no es la conclusión del perito, sino el procedimiento que sustentaba sus afirmaciones. Así lo adujo la Sala en el fallo de 27 de junio de 2012, traído a colación por el representante de la víctima en su intervención:

“[...] en el proceso de reconstrucción histórica de la conducta punible, se pueden presentar circunstancias donde se requieren conocimientos extrajurídicos ajenos al funcionario judicial, motivo por el cual debe acudir al auxilio de personas versadas en esos temas para que lo ilustren, como son los peritos.

“Sin embargo, recuérdese que el medio de prueba no es propiamente el dictamen del perito, sino el procedimiento técnico científico empleado para su examen, pues es éste el que en definitiva el que convencerá al juez de su acierto o desatino. Por ello se ha dicho que cuanto interesa al juzgador tratándose de pericia documentaria no es la conclusión en sí, sino la forma como fue adoptada”².

¹ Fallo de 16 de septiembre de 2009, radicación 31795.

² Fallo de segunda instancia de 27 de junio de 2012, radicación 32882.

Por tanto, conforme con la doctrina mencionada, el Juez no tiene que acoger en forma irreflexiva, automática, incondicional o mecánica la conclusión del perito, pues debe hacer la valoración como todos los demás medios de prueba, esto es, de manera racional, o sujeta a los parámetros de la sana crítica. Y es el procedimiento, técnicas y principios utilizados los que le permiten al fallador obtener el conocimiento sobre el tema objeto del dictamen. Igualmente, se debe hacer una valoración en conjunto de toda la prueba recaudada.

Incluso por la libertad probatoria, la Honorable Corte ha avalado casos en que se demuestra la idoneidad de las armas de fuego por medios diferentes al dictamen pericial. Por ejemplo, en decisión del 11 de diciembre de 2013, radicado 37.438, M.P. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández, señaló

Ahora bien, en el proceso penal, como se sabe, opera el principio de libertad probatoria y en virtud de él procedía demostrar con cualquier medio de prueba la comisión de los delitos de porte de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las Fuerzas Militares. No imponía la ley, para dicha demostración, la incautación de las armas y su sometimiento a peritaje balístico, o que fueran disparadas en desarrollo de la actividad criminal.

El despacho judicial de primer grado dio por acreditadas dichas conductas punibles con prueba testimonial y en ningún momento en el proceso fue puesta en duda la aptitud de las armas que portaban los asaltantes el día de los hechos, como tampoco de la hurtada a Juan Vargas Cuartas, una pistola de su propiedad Pietro Beretta de 7.65 mm, con permiso para portarla.

Si así son las cosas y si lo único que contrapone el censor a las conclusiones del juzgador —basadas en el examen de los medios de prueba—, es la afirmación categórica de que no se demostró la idoneidad de las armas —la cual está fundada en la conjetura de que podrían encontrarse inservibles—, es notable que no demostró ningún error de juicio del juzgador que imponga la selección del libelo en

relación con las censuras respecto de las cuales se realiza el correspondiente juicio de admisibilidad.

En el presente caso, el perito en explosivos, Juan Esteban Mazo Henao, persona con amplia experiencia en el tema, en su dictamen dejó claro que el artefacto decomisado al procesado se trataba de una granada de mano tipo PRB 423, en buen estado de conservación y de la cual concluyó que se encontraba apta para su uso. Dijo que la granada se encontraba en buen estado y que durante el análisis fue medida, pesada, examinada y comparada con los encontrados en los manuales, libros y publicaciones especializadas, así como los manuales de productos y servicios de la industria militar colombiana. Encontró que era de fabricación industrial de una sociedad de Bélgica. Se encontraba en su estado original, con todos sus mecanismos completos, por lo que es apta para ser utilizada.

Utilizó el método de observación y comparación, el cual es aceptada en la comunidad científica y seguido por los técnicos en explosivos en sus actuaciones para establecer las características técnicas de los elementos objeto de estudio, para realizar rastreo del tipo de artefacto y determinar su capacidad de funcionamiento.

Lo dicho por el perito, sin duda alguna permite afirmar que, para el estudio del objeto puesto a su disposición, realizó un estudio técnico científico y para ello utilizó referencias bibliográficas de manuales que le permitieron comparar los elementos incautados, esto es, se usaron medios idóneos, autorizados y aceptados por la comunidad científica, pues el método de comparación resulta válido cuando se trata de este tipo de artefactos explosivos. La evaluación visual permite al perito determinar el estado general de la granada, su apariencia, forma, tamaño, color y peso. También determinar si tiene signos de deterioro y si es de fabricación artesanal o industrial. La inspección detallada, le

permite establecer si tiene marcas de fábrica y otras que permitan su rastreo en el comercio de armas, e igualmente la presencia y estados de los mecanismos para su efectivo funcionamiento. Si la granada presenta buen estado de conservación, tal como viene de fábrica, con todos sus mecanismos intactos, no es necesaria la prueba física de detonación y así lo entendió el perito por lo cual presentó con el estudio realizado su concepto, en el cual dejó dicho que era apta para su funcionamiento conforme con el análisis realizado.

Si bien afirmó que el funcionamiento real está supeditado a verificación al momento en que se realice la destrucción, para el A quo y para la Sala quedó claro que esa afirmación no puede tomarse en forma aislada como lo pretende la defensa. Debe tenerse en cuenta el método utilizado que permitió llegar al perito a la conclusión de que el artefacto explosivo estaba apto para su funcionamiento, el cual es aceptado y utilizado normalmente por los peritos. Además, que la granada era de fabricación industrial, por lo cual no se tiene duda alguna de sus características y lesividad. De ahí que basta con verificar por el método de observación y comparación que el artefacto esté en buen estado de conservación y tenga todos sus mecanismos de fábrica intactos que le permiten su uso para el fin que fue construido.

Por el principio de libertad probatoria como se ha señalado, es posible deducir sin lugar a duda la aptitud para hacer daño del objeto decomisado al procesado, sin que sea necesario que se haya realizado la destrucción del artefacto. El perito así lo entendió y, por tanto, emitió su dictamen sin hacer una prueba física o de destrucción del objeto examinado.

Los testigos dejaron claro en el juicio que ese es el protocolo utilizado y que la destrucción del artefacto se solicita después de emitir el dictamen sobre su aptitud para su funcionamiento, sobre todo porque no existe en los almacenes de evidencias, lugar adecuado para su conservación, por el peligro que este tipo de objetos genera.

En consecuencia, la Sala no observa error alguno en la decisión del A quo y por tanto la sentencia de primera instancia será confirmada.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve **CONFIRMAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

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

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(EN COMISIÓN DE SERVICIOS)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

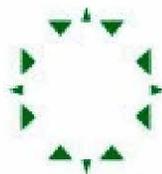
**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

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: **8ff00968a3d99b3e31a5f0261daecc935ae10b8b6c4310ce96ae06d160dde2ce**

Documento generado en 11/09/2023 04:35:36 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, veintiuno (21) de septiembre dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 89 del 4 de septiembre de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Hechos jurídicamente relevantes – congruencia – estándar para condenar – valoración probatoria
Radicado	05-690-60-00309-2020-00094 (NI TSA 2023-1194-5)
Decisión	Confirma parcialmente

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de JOSÉ LUIS PULGARÍN PULGARÍN en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros – Antioquia.

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

HECHOS¹

En el mes de febrero del año 2020, la menor L.J.O.B., quien nació el 23 de abril del año 2009, visitó en varias oportunidades la casa de su amiga S., ubicada en el municipio de Santo Domingo – Antioquia. En una de esas ocasiones, L.J. fue al baño y al salir de allí la abordó el padre de S., JOSÉ LUIS PULGARÍN PULGARÍN, quien la besó, pese a que ella le dijo que no quería, además, le quitó la ropa y tocó libidinosamente, entre otras partes, en los senos y la vagina. Ese mismo día, mientras las menores estaban en la alcoba de JOSÉ LUIS, este se recostó al lado de la víctima palpándole lascivamente sus senos y otras partes de su cuerpo.

LA SENTENCIA

El 5 de junio del año 2023 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de PULGARÍN PULGARÍN al declararlo penalmente responsable, como autor, del concurso homogéneo sucesivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P., en consecuencia, le impuso la pena de ciento veinte (120) meses de prisión, negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Para soportar su decisión adujo esencialmente que:

La víctima informó consistentemente en juicio que en dos oportunidades en febrero del año 2020 JOSÉ LUIS PULGARÍN PULGARÍN le tocó libidinosamente los senos y la vagina e hizo que ella le tocara a el pene, todo, en la casa donde aquel vivía. Adicionalmente, el sujeto le pidió fotos de sus senos y le enviaba videos él.

¹ Conforme al concepto de “*premisa fáctica de la sentencia*”, entendido como los hechos que se aceptan como probados luego del debate oral. Sobre el tema, véase entre otras, radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Versión creíble y corroborada con los testimonios de la madre y la hermana de la víctima, pues así se acreditó que esta residía cerca al procesado y visitaba el lugar de los hechos para hacer tareas con la hija de aquel. La progenitora aseguró haber visto las fotografías, y la hermana manifestó que L.J. se mostraba distraída y angustiada. Sumado a esto, no se evidenció ánimo indebido, enemistad, animadversión o temeridad en el señalamiento al acusado.

Aunque al juicio acudió la psicóloga María Isabel Monsalve Medina e informó que valoró y entrevistó a la niña, no explicó la base científica de su intervención, sin embargo, dio cuenta del relato de la menor, quien se mostró nerviosa, lo que permite corroborar lo dicho por esta última en juicio.

De esa manera el Juez encontró probado que, en por lo menos dos oportunidades, el procesado tocó obscenamente a la víctima en sus senos y vagina.

IMPUGNACIÓN

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

No se alcanzó el conocimiento necesario para condenar. Como el Juez no efectuó una debida valoración conjunta de las pruebas, no advirtió las dudas que deben ser resueltas en favor del procesado y que llevan a su absolución.

El testimonio de la menor fue contradictorio, generando dudas sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado. Dio cuenta indiscriminada e incongruente de hechos diferentes, como el envío de unas

fotos y unos tocamientos lascivos que intercambió con el acusado, incluso, algunos de ellos en frente de la hija de este. Sin embargo, la fiscalía no llevó a juicio a esta última ni a los padres de JOSÉ LUIS.

Claudia Andrea Ospina Bedoya, hermana de L.J.O.B., informó sobre cómo se enteró de las fotografías referidas por la niña, pero esto no demuestra la existencia de los delitos acusados.

Blanca Margarita Bedoya Vargas, madre de la menor, afirmó que su hija no mostró cambios en su comportamiento o afectación académica, lo que contrasta con las reglas de la experiencia, según las cuales, las víctimas de un delito sexual siempre sufren notorias afectaciones comportamentales. Solo se observó afectaciones de L.J. por la divulgación de unas fotografías con contenido sexual, pero a PULGARÍN PULGARÍN no se le acusó por ese hecho. Así que los delitos no existieron y el señalamiento fue fruto de una retaliación.

No hubo pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será revocada parcialmente, pues solo es posible confirmar la condena por un delito de actos sexuales con menor de 14 años, no así en relación al concurso homogéneo sucesivo del mismo punible.

Para soportar tal anunció son necesarias algunas precisiones atinentes a los hechos jurídicamente relevantes propuestos en la acusación, los que tienen relación directa con la congruencia y el estándar de prueba necesario para condenar.

La fiscalía en la acusación tipificó los hechos como un concurso homogéneo sucesivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años, pero no precisó el número de punibles que lo componían. Sin embargo, en la respectiva audiencia el fiscal expresamente dijo que modificaría la acusación para “*adecuar los hechos y adicionar unos elementos*”. En ese orden, un análisis sereno del acto complejo que es la acusación, permite advertir tres hechos que pueden diferenciarse y encuadrarse en tal calificación jurídica. Para mayor claridad, resulta pertinente citar la hipótesis fáctica finalmente comunicada en la audiencia de acusación:

“El señor JOSÉ LUIS PULGARÍN PULGARÍN, ya filiado, aprovechando la amistad que la menor L.J.O.B. , presunta víctima, tenía con la hija de él, S., dispuso en el mes de febrero del año 2020, realizar actos libidinosos con dicha menor, uno de ellos, estando L.J.O.B. en la casa del señor JOSÉ LUIS con la hija de él, menor de edad S., sentadas en la cama de la habitación de él, de JOSÉ LUIS, y acostado JOSÉ LUIS cobijado, por detrás, es decir, por la espalda, le tocaba la nalga, la espalda y los senos a la menor L.J.O.B.

En ese mismo mes, ella fue al baño, la menor presuntamente víctima, y al salir del baño él la cogió, le tocó la vagina, los senos, las manos, le dio besos en la boca y en la cara, se bajó la pantaloneta, la cargó, y se masturbó sobre ella.

En el mes de abril del año 2020, le solicitó video a la presunta menor víctima, que le mandara fotos de la vagina y del ano, a lo cual accedió la menor.”²

De lo expuesto en la audiencia y en el correspondiente escrito, se observa que todas las conductas acusadas se ubicaron espacialmente en el inmueble donde residía JOSÉ LUIS PULGARÍN PULGARÍN, en el municipio de Santo Domingo. Temporalmente, en el año 2020, dos delitos en el mes de febrero y uno en el mes de abril.

² Audiencia de acusación del 14 de febrero de 2020, archivo “032Acusacion20201214”, récord 00:06:30 a 00:09:45.

Sobre las circunstancias modales el fiscal adujo que, en un primer evento, llevado a cabo en febrero de 2020, el acusado se acostó en su cama y aprovechando que la menor estaba ahí, la tocó en sus senos, nalga y espalda. La segunda conducta, efectuada en el mismo mes y año, consistió en que el procesado esperó a L.J. afuera del baño, donde la tocó en la vagina, los senos y las manos, además, le dio besos en la boca y en el rostro; en cuanto a lo sucedido en abril, dijo que PULGARÍN PULGARÍN solicitó a L.J.O.B. que le enviara fotografías y videos de sus genitales, a lo que esta accedió.

Así las cosas, era necesario superar el estándar de prueba para condenar en cada uno de esos tres delitos, con lo que se cumplió solo parcialmente. El Juez no se detuvo en tal aspecto y condenó aceptando la hipótesis acusatoria al concluir que, se probó que por lo menos en dos oportunidades el procesado tocó lascivamente los senos y la vagina a la menor. Así las cosas, en esta providencia analizaremos porqué las pruebas practicadas resultan insuficientes para demostrar el concurso homogéneo sucesivo del tipo penal del artículo 209 del C.P., lo que no implica la absolución de JOSÉ LUIS PULGARÍN PULGARÍN.

Ahora, en desarrollo del principio de limitación de la segunda instancia, es deber de la apelante establecer con claridad los puntos de controversia que considera fueron indebidamente desarrollados en el fallo recurrido. En ese orden, a dichos objetos problemáticos y a los temas que le son inescindibles se debe limitar el pronunciamiento de la segunda instancia. En este caso nos enfocaremos en la trascendencia del testimonio de la víctima y su debida corroboración con las demás pruebas practicadas.

1. Sobre el testimonio de la víctima

Teniendo presente que se ha anticipado la imposibilidad de confirmar íntegramente la sentencia apelada, posición que tiene que ver

directamente con este medio de conocimiento, su valoración se desarrollará de la siguiente manera: primero, se expondrá el contenido del testimonio; luego, se evaluará su trascendencia en relación a cada uno de los delitos que componen el concurso homogéneo sucesivo de actos sexuales con menor de 14 años, y conforme a tal proceder, exponer las razones que sirve para demostrar solo una de las conductas.

a. Del contenido del testimonio

L.J.O.B.,³ testigo de cargo, informó que nació el 23 de abril de 2009 y ha residido toda su vida en Santo Domingo – Antioquia. Aseguró conocer a JOSÉ LUIS PULGARÍN por ser el padre de una amiga suya, de nombre S. Precisó que tal sujeto la tocó libidinosamente en dos oportunidades en el mes de febrero del año 2020, ambas en la casa de aquel, ubicada cerca de la suya en el mismo el municipio, conductas que describió así:

- En una ocasión se encontraba jugando cartas con S. en la cama de JOSÉ LUIS, este llegó hasta allí, se acostó al lado de ella y empezó a tocarla en *“las manos, la cara, los senos, la vagina, todo eso”*. Además, destacó que: *“ese mismo día que estaba jugando cartas uno con la hija de él, yo entré al baño y la hija de él se quedó en la pieza, él me esperó afuera del baño y me empezó a tocar todas mis partes y a darme picos”*. También adujo la testigo que, en ese momento, aparte de ellos dos, en el inmueble estaban S. y los padres del procesado.
- Respecto a la otra conducta que tuvo lugar en febrero del año 2020, testificó que se dirigió a la residencia del acusado porque este se lo pidió, estando los dos solos, él le tocó el cuerpo, los senos, la vagina, e hizo que ella le tocara el pene.

³ Juicio oral del 21 de abril de 2022, archivo *“083AudienciaJuicioOral 20220421”*, récord 00:02:50 a 01:11:38.

Aparte de los dos hechos referidos en los párrafos precedentes, la menor informó que sostenía comunicaciones casi a diario con el acusado por celular, en las mañanas y tarde de la noche, sin embargo, no habló de las fechas en que esto sucedió. Eso sí, destacó que por dicha vía intercambiaban fotos de sus cuerpos a solicitud de él, ella le envió de su vagina, mientras aquel, de su pene y masturbándose. A propósito, L.J. expuso que estaba en el juicio oral debido a: *"el problema que tuvimos de las fotos que mandamos de nuestro cuerpo"*.

Adicionalmente, sin especificar si fue un comportamiento recurrente en los dos eventos relatados párrafos atrás, la testigo especificó que el hombre la besó en el rostro, senos, vagina y manos, aun cuando ella le dijo que no quería, también, que la tocó con el pene y las manos. Además, expuso que habló de lo sucedido con su *"mamá y Claudia porque nos citaron entonces ya habría (Sic) que contar todo"*.

b. La valoración del testimonio frente a cada hechos que componen el concurso de conductas acusado

Se reitera que la fiscalía propuso en la acusación tres hechos que subsumió en el tipo penal del artículo 209 del C.P. A fin de identificarlas, se precisa que la primera conducta la ubicó en el mes de febrero de 2020, en el cuarto del procesado; la segunda, en mismo mes y año, en la entrada al baño de la casa de aquel. En ambas oportunidades señaló que hubo tocamientos lascivos directos del acusado en el cuerpo de la víctima. En cuanto a la tercera, la describió como un intercambio de fotografías vía celular que se presentó en el mes de abril de aquella anualidad. Teniendo en cuenta lo anterior, nos ocuparemos inicialmente de las conductas de febrero, luego la de abril.

- **Sobre las conductas ejecutadas en febrero del año 2020**

En este punto es necesario destacar que la fiscalía limitó la premisa fáctica relativa a este mes a dos hechos, como se dejó claro ante en esta providencia. Además, se resalta que utilizó la expresión “en ese mismo mes” para dar cuenta del aspecto temporal del segundo hecho, sin embargo, no aclaró si de esa forma quería dar a entender que se ejecutó en un día diferente al del primero.

Ahora, el relato de L.J.O.B. es claro en relación a que JOSÉ LUIS, el padre de su amiga S., la tocó lascivamente en varias oportunidades en sus zonas íntimas, como senos y vagina, lo que sucedió en la habitación del hombre y a la salida del baño de la casa de este, a su vez, aseguró que estos hechos se presentaron en un mismo día, el que recuerda porque en aquella oportunidad estaba jugando cartas con S., incluso, advirtió que en ese momento también se encontraban en el inmueble los padres de PULGARÍN PULGARÍN.

Así las cosas, lo primero que se advierte es que la menor dio cuenta de los tocamientos lascivos que sufrió en los lugares referidos en la acusación, con lo que se agotaría la premisa fáctica de la fiscalía en cuanto a las palpaciones. En esas condiciones, tales comportamientos encuadran en el delito del artículo 209 del C.P., y guardan congruencia con la hipótesis acusatoria, pese a ello, no es posible establecer la real existencia de un concurso de conductas.

Véase que, los hechos que la fiscalía expuso de manera separada, la víctima los relató de forma conjunta, dando cuenta de que se trató de una acción continuada que se ejecutó de manera progresiva en un mismo día, entre el cuarto y el baño de la casa del acusado, y que tenía como única finalidad satisfacer el deseo sexual abusivo de aquel en esa fecha, en claro detrimento de la libertad, integridad y formación sexual de la niña.

En esos términos, aunque se demostraron estos dos tocamientos abusivos, conforme al testimonio de la víctima, no estaríamos ante un concurso de conductas propiamente dicho, lo que no resta mérito probatorio a la versión de la menor, la que se advierte sólida y sin inconsistencias relevantes o elementos que le resten credibilidad. Ante tal conclusión, la estrategia del apelante es objetar el medio de conocimiento aduciendo que L.J. no fue consistente.

A propósito de las objeciones del apelante, es importante destacar que la niña expuso, fuera de las conductas que ahora se analizan, otros dos hechos abusivos, sin embargo, la falta de técnica y medida de las partes e intervinientes, e incluso el mismo Juez, llevaron a que el interrogatorio cruzado fuese confuso en algunos apartes.

Aun así, un análisis sereno de la prueba permite advertir que la menor fue coherente y consistente, narró circunstanciadamente el suceso que ahora se evalúa, separándolo de otros comportamientos abusivos del actor. De modo que, la inconsistencia que estratégicamente plantea el apelante, no es más que una parcializada interpretación del testimonio.

Ciertamente, es llamativo que algunos de los tocamientos lascivos se dieran en la alcoba del procesado, concretamente, en la cama de este, mientras que la víctima y S., la hija del sujeto, jugaban cartas. Pareciera que en esos términos el hecho hubiese podido ser percibido por S., sin embargo, este no es un aspecto trascendente, primero, porque no fue objeto de discusión con la testigo, segundo, porque si S. pudo o no observar el abuso no es un aspecto determinante para la existencia del delito.

Ahora, si la defensa encontraba que el testimonio de S. servía para contradecir lo dicho por L.J., pudo presentarla como prueba de descargo, pero no lo hizo. En su lugar, objeta infructuosamente, olvidando la naturaleza adversarial de la sistemática acusatoria que regula la Ley 906 de 2004, que la fiscalía no llevara a tal menor al juicio, lo mismo sucede con los

padres del acusado, quienes, según la víctima, estaban en la residencia de los hechos el día en que estos se cometieron, y de los que el defensor reprocha su ausencia en juicio.

A propósito, para responder a todos los planteamientos del apelante, se debe destacar que no era necesario ni obligatorio que la fiscalía incorporara algún tipo de prueba adicional específica para corroborar la versión de la víctima.

Nótese que más allá de la conveniencia de la práctica de alguna prueba concreta, el principio de libertad probatoria incorporado en la legislación procesal penal, artículo 373, establece que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en el C.P.P. o por cualquier otro, técnico o científico, que no viole los derechos humanos, incluso a través de inferencias.⁴

Así las cosas, debemos tener en cuenta que conforme al principio de libertad probatoria y el estándar de prueba necesario para condenar, de cara a la tarifa legal negativa que impone el artículo 381 del C.P.P., se exige que la sentencia no se funde exclusivamente en prueba de referencia.⁵ En ese orden, no es el número de pruebas, ni alguna en específico, sino su naturaleza, lo que debe apreciarse al momento de valorarlas para adoptar una condena. Por lo tanto, en este caso la información aportada en juicio

⁴ Sobre el particular, véase CSJ SP, Radicado 46278 del 1 de junio de 2017, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP-3332-2016, Radicación No. 43866, aprobado por acta No. 80 del 16 de marzo de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuellar. *“Finalmente, debe insistirse en que una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia y otra muy diferente la valoración de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía para soportar su teoría del caso.(...) Una vez verificado el carácter plural de las pruebas orientadas a soportar la teoría del caso de la Fiscalía, su valoración debe hacerse a la luz de los criterios establecidos para cada medio de conocimiento en particular, sin perjuicio de la obligación de valorar las pruebas en su conjunto y de considerar los criterios estructurales de la sana crítica: máximas de la experiencia, conocimiento técnico científico y reglas de la lógica. (...) En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable”.*

por L.J., víctima y testigo directa de los hechos, es suficiente para superar la prohibición referente a la prueba de referencia.

En este punto se impone reiterar que el testimonio de la menor es sólido en cuanto a la existencia del delito y la responsabilidad del procesado en los hechos que tuvieron lugar en la casa de este, concretamente, en la alcoba de él y en la zona adyacente a un baño de la residencia.

Pese a lo anterior y a la credibilidad que merece esta prueba, como se ha venido perfilando, este es el único hecho que sirve para condenar, pues los otros a los que aludió L.J.O.B. en su testimonio presentan ciertas particularidades que impiden considerarlos para el mismo fin, veamos.

L.J. informó en juicio que el acusado la tocó de forma lasciva en otra oportunidad, en el mismo mes de febrero de 2020 y también en la casa del sujeto. Al respectó, narró que un día acordó con el procesado encontrarse en la casa de este, una vez allí, estando solos los dos en el inmueble, JOSÉ LUIS le acarició los senos, la vagina, e hizo que ella le tocara el pene.

Al contrastar la hipótesis acusatoria con el testimonio de la víctima emerge una obviedad: este hecho adicional, expuesto por la menor en juicio, no fue propuesto con claridad y suficiencia en la acusación. Lo que es más evidente si se tiene en cuenta que, con el otro hecho acabado de analizar, por el que se va a confirmar el sentido condenatorio de la sentencia de primera instancia, se agotó la premisa fáctica de la acusación, en cuanto a los tocamientos.

En otras palabras, aunque evidentemente la testigo dio cuenta de una pluralidad de delitos cometidos en el mes de febrero del año 2020, estos no son íntegramente los mismos por los que la fiscalía acusó, sino que los desbordan. El fiscal no propuso explícitamente los hechos que se originaron del encuentro acordado entre el acusado y la víctima, ni explicó o entregó algún dato que sirviera para tenerla como una conducta adicional a la que

se ejecutó en la alcoba de JOSÉ LUIS y a las afueras del baño de la casa de este.

En esos términos, no es posible tener en cuenta la segunda conducta referida por la víctima como fundamento de la condena, pues ello implicaría sorprender al procesado con un hecho que no fue comunicado en la acusación con la claridad que demanda el numeral 2 del artículo 337 del C.P.P., de modo que, aceptar que el hecho narrado por la menor se adecua al propuesto por la fiscalía en la acusación, implicaría desconocer el principio de congruencia, artículo 448 del C.P.P., según el cual, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

A propósito de este hecho, es pertinente destacar que la menor narró que sucedió cuando estaba ella a solas con el acusado en la residencia de este, en contraste con el otro hecho analizado, llevado a cabo en la misma casa, pero otro día, cuando estaban allí los padres y la hija de JOSÉ LUIS. Esto es importante para hacer ver al apelante que la menor no fue contradictoria cuando expuso quiénes estaban en el lugar de los hechos en cada conducta que expuso.

Concluyendo este punto, los únicos hechos de febrero del año 2020 que pueden ser tenidos en cuenta para condenar son los que se ubicaron espacialmente en la alcoba del procesado y en las afueras del baño de la casa de este, los que configuran un único delito y no un concurso de conductas.

- **Del delito ubicado temporalmente en el mes de abril de 2020**

Respecto a este hecho, importa destacar que el Juez no lo tuvo en cuenta para integrar el concurso de delitos por el que condenó. En su providencia se limitó a señalar como probado que, en por lo menos dos oportunidades

el acusado tocó los senos y la vagina de la víctima, y aunque abordó el tema del intercambio de fotográfico y de videos entre la niña y PULGARÍN PULGARÍN, no lo analizó con claridad como un hecho que integrara el concurso de conductas por el que condenó. En consecuencia, la condena se limitó a los hechos que se ejecutaron en febrero de 2020.

Aunque dicha determinación era contraria a los intereses de la fiscalía, esta no apeló, por lo que modificar tal situación podría implicar la afectación de las garantías de la defensa, único apelante.

Adicional a lo acabado de exponer, podría suponerse la posibilidad de alguna nulidad ante la omisión del Juez, sin embargo, en ese caso debería aplicarse regla que apunta a la absolución sobre la nulidad teniendo en cuenta que la niña en su testimonio no dio cuenta de ningún hecho que se ejecutara en abril de 2020. La única referencia temporal que otorgó fue para aducir que los tocamientos se presentaron en febrero de tal año. En esas condiciones, con esta prueba no está acreditado el delito que la fiscalía ubicó en dicho mes de abril, consistente en el intercambio de fotografías de contenido sexual explícito del cuerpo de la menor y del acusado.

La Sala no desconoce que L.J. manifestó haber enviado fotos de su cuerpo y genitales a JOSÉ LUIS, y viceversa, aun así, la fiscalía no precisó con la testigo que tal comunicación se diera en el marco temporal fijado en la acusación, de ahí que no sea posible aceptar que este hecho se adecua al expuesto en la acusación, actuar en contrario llevaría a la vulneración del principio de congruencia.

Adicionalmente, la fiscalía no incorporó en el juicio oral ningún otro medio de conocimiento que sirviera para superar la imprecisión acabada de destacar. El ente acusador se conformó con las manifestaciones de la testigo sobre dichas conversaciones e imágenes, sin advertir que aquella no ubicó la conducta en el escenario temporal propuesto en la acusación. En

estas condiciones, como no es posible que este hecho sea objeto de condena, el que el Juez no lo incluyera en su providencia no es trascendente para el proceso.

2. De las demás pruebas practicadas y la corroboración de la versión de la menor

Se inicia este punto precisando que L.J.O.B. estuvo presente en juicio, evidenciando total disponibilidad para el desarrollo de su interrogatorio cruzado, por lo tanto, no era posible la incorporación de prueba de referencia.⁶

Esta aclaración es importante porque durante algunos testimonios se intentó incorporar indebidamente información referencial, y aunque el apelante no especificó si pretendía hacer uso de tales datos, es necesario aclarar dicho aspecto toda vez que sin la debida incorporación de este tipo de pruebas, no puede la Sala valorar el contenido de las versiones previas ofrecidas por la niña en escenarios diferentes al juicio oral.

Así que se debe dar aplicación estricta al artículo 402 del C.P.P., según el cual, los testigos sólo deben declarar sobre los hechos que les consten de forma directa, y por lo tanto, es imposible que con los demás testimonios practicados se incorpore información referencial, por lo que, si así se hizo, esta debe ser excluida de valoración.

Ahora bien, en este caso se practicaron, como pruebas de cargo, los testimonios de Claudia Andrea Ospina Bedoya y Blanca Margarita Bedoya Vargas, hermana y madre de la víctima, respectivamente, así como el de la psicóloga de la comisaría de familia de Santo Domingo, María Isabel

⁶ Sobre la utilización de declaraciones anteriores, véase entre otras, SP CSJ radicados 52045 del 20 de mayo de 2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, y 43916 del 31 de agosto de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Monsalve Medina.⁷ Adicionalmente, a solicitud de la defensa, se decretó como prueba de refutación al testimonio de Monsalve Medina, el testimonio de Eliana Isabel Flórez García, comisaria de familia de Santo Domingo.⁸

En cuanto a estas pruebas, el apelante centra sus objeciones en los testimonios de las familiares de la niña, es decir, sin presentar argumento alguno en cuanto a los testimonios de la psicóloga María Isabel Monsalve Medina y la comisaria Eliana Isabel Flórez García, lo que resulta razonable si se tiene en cuenta que el Juez no dio mayor trascendencia a las declaraciones de estas últimas, pues no acreditaron con suficiencia que Monsalve Medina llevara a cabo una pericia, además, la profesional de la psicología aportó información referencial que deben seguir la regla fijada al principio de este punto.

Así las cosas, a continuación analizaremos porqué, contrario a lo pretendido por el recurrente, los testimonios de la hermana y la madre de L.J.O.B. corroboran periféricamente los hechos jurídicamente relevantes.

Claudia Andrea Ospina Bedoya,⁹ hermana de la víctima, informó que entre mayo y junio del año 2020 notó a L.J., de 11 años de edad, diferente, retraída, temerosa, tímida y desconcentrada, cuando siempre fue muy alegre. También aseguró que gracias a una comunicación de la comisaría de familia se enteró de la existencia de unas fotografías de la niña exhibiendo sus partes íntimas, por lo que la llevaron a valoración psicológica a fin de evitar un trauma por una eventual publicación de dicho material. Destacó que dejaron el caso en manos de la fiscalía y que en la comisaría le tomaron una entrevista a la menor. Expuso que conoce al acusado porque vive cerca a su casa, en un municipio pequeño, que su hermana iba a tal inmueble a hacer tareas, pero desconocía lo que pasaba allí hasta

⁷ Juicio oral del 20 de febrero de 2023, archivo "092ContinuacionJuicioOral 20230220", récord 00:03:00 a 02:15:06.

⁸ Juicio oral del 20 de febrero de 2023, archivo "092ContinuacionJuicioOral 20230220", récord 01:57:45 a 02:04:05.

⁹ Juicio oral del 21 de abril de 2022, archivo "083AudienciaJuicioOral 20220421", récord 01:18:50 a 01:50:30.

que intervino la comisaría. Precisó que no tuvo ninguna relación, conversación o inconveniente con el sujeto, y que la niña tenía un celular, el que la testigo revisaba casi a diario sin encontrar nada fuera de lo común, aun así, luego de enterarse de los hechos, observó en tal dispositivo la foto del “*pene un adulto*”.

Por su parte, Blanca Margarita Bedoya Vargas,¹⁰ madre de L.J.O.B., expresó que el 15 de mayo del año 2020 la citaron a la comisaría de familia, después de eso, verificó en el celular de la menor la existencia de fotografías entre esta y el acusado, lo que llevó a que la niña hablara de los abusos. Informó que L.J. se mostró afectada y asustada, pero no rebajó su rendimiento académico, además, fue atendida por psicología. Aseguró conoce a JOSÉ LUIS como un vecino y que el conocimiento de los hechos lo obtuvo de la versión aportada por su hija.

Advierte la Sala que, contrario a la posición del defensor, las testigos aportan información útil para la corroboración del testimonio de la niña. Nótese que Claudia Andrea y Blanca Margarita coinciden en que se enteraron de los hechos debido a la intervención de la comisaría de familia, que después de ello verificaron en el celular de la menor la existencia de elementos que comprometían al procesado, a quien conocían como un vecino, sin que se advierta animadversión alguna contra aquel, pues incluso permitían que L.J. fuese a casa de este a realizar tareas.

Esta información es importante porque permite asegurar que el acusado no tuvo problema alguno con la niña o familia antes de conocerse los delitos, al punto que el proceso de revelación del abuso se impulsó por un agente externo, en concreto, por la intervención de la citada autoridad administrativa. De ahí que sea totalmente infundada la posición del recurrente, según el cual, el señalamiento en contra de PULGARÍN PULGARÍN se debe a una retaliación.

¹⁰ Juicio oral del 21 de abril de 2022, archivo “083AudienciaJuicioOral 20220421”, récord 01:57:05 a 02:35:17.

Adicionalmente, con estas pruebas queda claro que el acusado tuvo la oportunidad de estar en las condiciones señaladas por la menor para la comisión del delito, pues vivían cerca y la niña acudía con normalidad a la casa del hombre, en donde acostumbraba hacer tareas con la hija de aquel.

Se debe reiterar que el intercambio de fotografías con contenido sexual entre JOSÉ LUIS y L.J. sí fue un hecho por el que se acusó, sin embargo, no es posible condenar por este, debido principalmente a las falencias probatorias de la fiscalía. Sin embargo, los medios de conocimiento practicados en juicio apuntan a que tal actuación existió, lo cual sirve de contexto a los hechos jurídicamente relevantes respecto de los cuales se alcanzó el grado de conocimiento para condenar, en ese orden, se evidenció que hubo un acercamiento indebido entre el procesado y la menor. De esa manera es claro que JOSÉ LUIS sí tuvo oportunidad de estar con L.J. en las condiciones que aquella narró en juicio, lo que hace más probable la hipótesis acusatoria.

Otro punto aludido por el apelante es que la menor no evidenció cambios significativos en su comportamiento, ni afectación académica. Afirmación que es fruto de una interpretación sesgada de las pruebas, pues si se analiza con serenidad, de los testimonios de las familiares se puede advertir que estas aseguraron que la menor mostró un decaimiento emocional que no era normal en ella.

Ahora, que L.J. no rebajara su nivel académico, no evidenciara con claridad el abuso, ni contaran a sus familiares sobre estos hechos, no es motivo suficiente para decir que el delito no existió.

Debe tenerse en cuenta que no siempre que un injusto penal de este tipo se comete, se presenta una revelación inmediata o se evidencian actitudes que delatan los delitos, incluso, es posible que en muchos casos solo se

conozcan los abusos después de un tiempo y sin que se tengan sospechas de su ocurrencia.

En contraste, el apelante argumentó que *“la madre de la menor, (sic) indico (sic) que la menor no presento (sic) ningún tipo de cambio en su comportamiento, ni bajo (sic) su rendimiento académico. Sin embargo, las reglas de las experiencias indican que una persona quien ha sido víctima (sic) de delitos sexuales, se ven afectadas de manera notoria en su comportamiento, por el estrés postraumático generado por la agresión”*.¹¹

La posición del recurrente no puede tomarse como regla, por carecer del principio de universalidad, ya que no siempre que una menor sufre un abuso sexual debe mostrar una ostensible afectación de su estado anímico o su nivel académico, y por ello, la validación de tales aspectos no es estrictamente necesario para establecer la real ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes o la responsabilidad del procesado, lo que hace evidente la imposibilidad de dar categoría de regla a tal enunciado.¹²

En esas condiciones, encuentra la Sala que no le asiste razón al apelante cuando afirma que el testimonio de la víctima y su análisis conjunto con la demás prueba practicadas, permiten sustentar un fallo absolutorio. En su lugar, asistió razón a la primera instancia en cuanto al sentido la sentencia condenatoria por un delito de actos sexuales con menor de 14 años, por lo que se confirmará dicha decisión.

3. Sobre la tasación de la pena

Teniendo en cuenta que no es posible confirmar la condena por el concurso homogéneo sucesivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años,

¹¹ Recurso de apelación, archivo *“109SustentacionRecursoApelacion 20230613”*, folio 6.

¹² Sobre las reglas de la experiencia y la necesidad de acreditar el principio de universalidad en ellas, véase entre otras, SP CSJ radicados 57257 del 15 de septiembre de 2021, AP4172-2021, M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 56993 del 30 de noviembre de 2022, SP3981-2021, M.P. Fabio Ospitia Garzón.

sino por uno solo de los punibles que lo integran, es necesario modificar la pena impuesta por la primera instancia, autoridad que la fijó en ciento veinte (120) meses de prisión.

A propósito, se destaca que el Juez delimitó los extremos punitivos y los correspondientes cuartos de movilidad del delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P., y tras ubicarse en el cuarto mínimo, adujo que la conducta revestía mayor gravedad por ser la víctima una menor, sin embargo, partió del extremo mínimo del cuarto mínimo del delito base, es decir, ciento ocho (108) meses de prisión, y en razón del concurso de conducta punibles aumentó doce (12) meses más.

El Juez al momento de definir la pena no precisó el número de injustos que integraban el concurso, pero en la motivación de su decisión adujo que fueron dos, lo que además es la interpretación más favorable para el procesado. En ese orden, deberá restarse el incremento de doce (12) meses de prisión por el concurso homogéneo sucesivo del otro delito de actos sexuales con menor de 14 años.

Conforme a lo anterior, teniendo en cuenta que se alcanzó el conocimiento necesario para condenar por un delito de actos sexuales con menor de 14 años, a todo con lo definido por la primera instancia, la pena por este único cargo será de ciento ocho (108) meses de prisión.

Respondidas así todas las inconformidades planteadas por el apelante, la Sala revocará parcialmente la sentencia de primera Instancia, manteniendo vigente la condena por un delito de actos sexuales con menor de 14 años, y absolviendo por el otro injusto que integraba el concurso homogéneo sucesivo por el que condenó el Juez *A quo*, lo que implica modificar la pena impuesta en favor del procesado.

Importa señalar que al revisar el caso y los documentos aportados para resolver la apelación, se observó que el acusado está en libertad por

decisión del Juez Promiscuo Municipal de Santo Domingo – Antioquia en audiencia del 20 de abril de 2023.¹³ Sumado a esto, el Juez de Conocimiento en la sentencia dispuso ordenar la captura del procesado para el cumplimiento de la pena solo cuando la decisión quede ejecutoriada.

En ese orden, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la libertad de PULGARÍN PULGARÍN, pues ello corresponderá a las autoridades pertinentes según el trámite que siga el asunto.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada y en su lugar absolver a JOSÉ LUIS PULGARÍN PULGARÍN de **uno de los dos** delitos que integraban el concurso homogéneo sucesivo de actos sexuales con menor de 14 años, artículos 209 del C.P., por el que se le condenó en primera instancia, de acuerdo a las razones consignadas en esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en cuanto a la condena por un delito de actos sexuales con menor de 14 años.

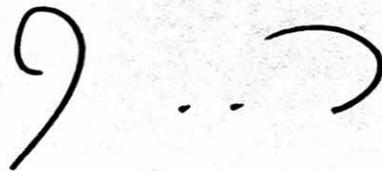
TERCERO: En consecuencia de lo anterior, **MODIFICAR** los numerales primero y segundo de la sentencia de primera proferida el 5 de junio de 2023 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros – Antioquia, en el entendido de que JOSÉ LUIS PULGARÍN PULGARÍN deberá purgar la pena de ciento ocho (108) meses de prisión por un solo delito de actos sexuales con menor de 14 años, y en por un mismo término las penas accesorias.

¹³ Archivo “100ActaAudienciaLibertad 20230420”.

SEGUNDO: En lo restante, **CONFIRMAR** la sentencia de naturaleza y origen conocidos.

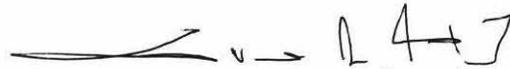
Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE¹⁴



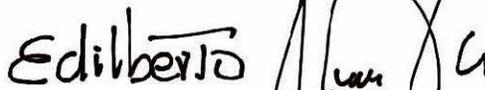
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado



GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado



EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

¹⁴ No se realiza con firma electrónica. En la fecha el aplicativo de firma electrónica presenta problemas que impiden hacer uso de la aplicación.

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 197

RADICADO : 05 042 60 00346 2019 00074 (2023 1346)

DELITOS : ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS y
OTROS

ACUSADOS : GUILLERMO LEÓN CARMONA
CARMEN LILIANA QUIROZ

ASUNTO : DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados, en contra de la decisión proferida el 03 de marzo de 2023 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán (Antioquia), mediante la cual decretó nulidad de la actuación.

Es necesario anotar que, si bien la decisión llegó para desatar la alzada el 8 de marzo de 2023, hubo necesidad de devolver la actuación para completar el trámite con las manifestaciones de los sujetos no recurrentes y la carpeta regresó a esta Corporación el 28 de julio de 2023.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que en el año 2019 el señor GUILLERMO LEÓN CARMONA PÉREZ en su domicilio ubicado cerca de “La Antena” en el municipio de Santa Fe de Antioquia, realizó actos de

carácter libidinoso con la menor K.D.H.Q. quien para esa época tenía menos de 14 años. Actos sexuales consistentes en besarla y masturbarse delante de ella. De igual manera la accedía carnalmente al meter su lengua en la vagina de la menor.

En ese mismo año, la señora CARMEN LILIANA QUIROZ grabó un video con contenido erótico sexual de la menor K.D.H.Q. grabación que fue realizada por solicitud del señor Guillermo León Carmona Pérez y por la suma de cien mil pesos. El video estuvo circulando por el municipio de Santa Fe de Antioquia. La señora Carmen es madre de la víctima.

Por estos hechos, previa orden de captura y su materialización, el 10 de septiembre de 2020 se celebraron las audiencias de legalización de registro y allanamiento, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Fe de Antioquia.

A los capturados se les imputó las conductas punibles de pornografía con personas menores de 18 años, acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años.

El proceso pasó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán por impedimento del Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia.

La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 23 de septiembre de 2021 y la audiencia preparatoria el 21 de abril de 2022.

Durante el juicio, la Fiscalía llamó al estrado a las menores KDHQ y PAHQ para escuchar sus testimonios conforme con el decreto de prueba previamente realizado por el Juez. Y al terminar dichas declaraciones, afirmó que el resto del material probatorio a presentar, dependía de los dichos de las jóvenes y pudo percibir que sus manifestaciones desvanecen la teoría de la Fiscalía. En consecuencia, señala que declina de los otros medios de conocimiento, teniendo en cuenta que en nada contribuyen a demostrar su teoría del caso. Las pruebas documentales solo sirven para refrescar memoria y las entrevistas constituirían testimonio de oídas. El informe de clínica forense podría establecer la materialidad de un hecho, pero ante la manifestación de la víctima no tiene nexos causales con la responsabilidad. La plena identidad fue estipulada. El testimonio del vecino que fue decretado nada aportaría y los informes de investigador de campo tampoco. Igual, puede decirse de la existencia del video.

Los defensores de los procesados también desistieron de la práctica de las pruebas que fueron decretadas a su favor.

LA CONTROVERSIA:

En sesión del juicio oral celebrada el 3 de marzo de 2023, el señor Juez decidió declarar la nulidad de la actuación por violación a garantías fundamentales de las víctimas.

Consideró que la actuación desplegada por la Fiscalía al renunciar al material probatorio decretado implica desistimiento de la acción penal, que solo puede realizar con solicitud de preclusión o de absolución perentoria.

Sostuvo que la Fiscalía tiene la obligación de ejercer la acción penal contra todas las personas que estén vinculadas a hechos que revistan características de un delito y si el Ente Acusador formuló la acusación, era porque consideraba que conforme con las pruebas había una probabilidad de verdad sobre la existencia del hecho y la responsabilidad penal de los procesados.

Para decretar la preclusión o determinar la inexistencia del hecho, ello debe surgir de la totalidad de la prueba recaudada y con un conocimiento más allá de toda duda.

Advirtió vulneración a los derechos y garantías fundamentales de la víctima y al interés superior de la menor. Lo que pretende la Fiscalía es que el Juez refrende su solicitud no sujeta al trámite legal, como sería una solicitud de preclusión o el trámite de absolución perentoria con valoración de toda la prueba decretada, sino excluyendo ese ejercicio de valoración autónoma e independiente. Lo que hizo fue a través del desistimiento de las pruebas decretadas, excluir esa prueba para que el juez no pudiera valorarla y ello en sí no constituye una verdadera decisión judicial, sino una mera refrendación de la voluntad del acusador que en sí desiste de la persecución penal. Es como si retirara la acusación de facto.

Hizo ver también que durante el decreto de pruebas se solicitaron unas entrevistas previas rendidas por la víctima que no fueron utilizadas y, por tanto, si la Fiscalía consideraba que en el testimonio rendido en el juicio existía ambigüedades o contradicciones, debió utilizarlas y debió prever que las demás pruebas que se había solicitado podrían en cierta eventualidad confirmar la prueba declarativa o en su defecto contradecir la prueba en juicio.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor de la procesada CARMEN LILIANA QUIROZ, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó inmediatamente el recurso de apelación.

Afirma que en el asunto llegaron a la etapa del juicio con la probabilidad de verdad frente a la acusación, pero al desarrollarse el juicio, el principal testigo que tiene la Fiscalía, esto es, la víctima, no demostró absolutamente nada frente a los encartados.

Sostiene que conforme con el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado. Y el segundo inciso de la norma manifiesta que la sentencia no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia.

Hace ver que al juicio concurrió la víctima y nada manifestó sobre unos actos sexuales en contra del señor Guillermo y nada dijo sobre la realización de un video en cabeza de su señora madre y por el contrario sostuvo que sí existe un video y que el mismo lo hizo la hermana.

La hermana también compareció al juicio y en forma coherente con la víctima, nada dijo sobre unos actos sexuales abusivos en cabeza de Guillermo y nada dijo de un video realizado por Carmen Liliana. Habló de un video pero que lo había realizado ella, contrastado con la declaración de la víctima totalmente coherente.

Le parece que la fiscalía al encontrarse con estos testimonios en el juicio oral, hace caso a lo que consagrado en el artículo 381. Y si bien es cierto no se introdujo como testimonio adjunto la entrevista que manifestó el despacho, ya no era necesario, si eran coherentes la víctima y la hermana de la víctima. La entrevista solamente sirve para impugnar credibilidad o refrescar memoria. Al fiscal encontrarse con esos testimonios no le quedaba otro remedio que no seguir practicando prueba que va a ser de referencia.

2. El señor defensor del procesado GUILLERMO LEÓN CARMONA PÉREZ, también inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Solicita se revoque la decisión para que se puedan respetar los derechos fundamentales de su prohijado. Derecho al defensa, derecho a la contradicción y al debido proceso que se están vulnerando.

Afirma que quien tiene la pretensión punitiva es la Fiscalía y en este caso el Juez prácticamente obliga al señor Fiscal para que se escuchen unos testigos que son de referencia, para establecer una situación diferente a la vista en el juicio.

Aduce que el Juez vulnera el derecho a la defensa, pues quien tiene la carga argumentativa y probatoria y quien conoce claramente las circunstancias procesales, es el Fiscal. Cuando el fiscal, quien es el que conoce, al escuchar a las víctimas directas no le queda ningún camino diferente a renunciar a unos testigos.

Afirma que debe mantenerse la imparcialidad del juez, pues el juez de conocimiento también es juez constitucional y garante de derechos

fundamentales. Es el operador judicial encargado de ponderar la culpabilidad o la inocencia del investigado y aquí claramente se dejó a una situación preocupante para los intereses del señor Carmona al considerar el señor Juez que posiblemente un camino podría ser el del artículo 332 como sería la preclusión.

Sostiene que la fiscalía consideró que no había como respaldar la teoría del caso, entonces cómo podría considerar un juez que el camino sería la preclusión. Debería ser imparcial. El juez de conocimiento no conoce los pormenores de la litis sino hasta que tiene que tomar una decisión de cierre. Lo demás, el conocimiento es de la norma para dar impulso a la actuación. El juez no conoce los pormenores de la litis, las circunstancias por las cuales el señor fiscal consideró renunciar a los testigos. La imparcialidad debe entenderse como una condición de un tercero desinteresado. El tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas.

Considera que el Juez no precisó por qué la nulidad era trascendente. Aparte de vulnerar el derecho a la defensa, no se explicó por qué era trascendente esa nulidad, por qué se cumplió ese principio de protección a las víctimas. La fiscalía verificó el por qué debería renunciar a esa prueba y el juez no puede alterar el principio de igualdad de armas.

Afirma que no se puede condenar con solo prueba de referencia y se debe analizar que los otros testigos no son nada diferentes a personas que no tienen conocimiento de manera directa, que no van a traer nada diferente de lo que ya trajeron las víctimas. Las víctimas se escucharon claramente. Se pudo establecer que de las víctimas no se encontró nada diferente a que utilizaron a la fiscalía para tapar una

situación que ellas realizaron, incurrieron en una falsa denuncia, generaron un perjuicio irremediable a su prohijado y es reiterativo al negársele el debido proceso y la defensa. No habría otro testigo diferente a los que ya se escucharon. Es el Fiscal el que tiene que considerar si existen o no elementos para su teoría.

3. El señor Fiscal, como sujeto no recurrente, manifiesta que terminada la práctica de las pruebas según el artículo 442 del C.P.P. el fiscal o el defensor pueden pedir la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación. En ese orden de ideas, es importante manifestar que desde que la fiscalía escuchó a sus testigos principales no logró sacar adelante la pretensión punitiva, por ello, la decisión fue declinar de la demás práctica probatoria que se tenía decretada, no como hechos ostensiblemente atípicos, sino que simplemente en la práctica probatoria no podía ya sostenerse la teoría del caso. Frente a las manifestaciones de los abogados defensores, si bien es cierto no se recurrió, considera que les asiste la razón.

4. La señora representante de las víctimas, también como sujeto no recurrente, dice que desde el momento en que asumió la representación legal de las víctimas del proceso ha verificado en todas las etapas procesales, que se han agotado, que a sus representadas se les garantice el debido proceso en todos los sentidos, teniendo en cuenta sus derechos como menores de edad y derechos procesales que le asisten en calidad de víctima, aportando entonces para este proceso que no observa que se les haya vulnerado ningún derecho, ni fundamental, ni constitucional, en calidad de víctimas, ni como menores de edad, dentro de las etapas procesales que se han surtido hasta el día de hoy.

En atención a ello, en repetidas ocasiones solicitó que se suspendiera la audiencia con el objetivo que para el momento en que estas menores de edad pudieran asistir al juicio a rendir la versión sobre los presuntos hechos que dieron origen al proceso, se hiciera con la presencia física de la suscrita defensora de víctimas. Advierte entonces que no se observa violación que amerite la nulidad de lo actuado y la fiscalía ha garantizado esos derechos en atención que las principales testigos de los hechos fueron las menores víctimas que hoy representa y el señor fiscal agotó el trámite a hacer que ellas comparecieran al juicio a rendir en forma libre y voluntaria la versión de lo ocurrido, atendiendo entonces que de acuerdo con lo conversado directamente con estas menores le asiste la razón al señor fiscal de renunciar de la práctica probatoria, pues la versión de las menores fue supremamente clara, concreta con garantía de la defensora de familia, y el acompañamiento de personal de psicología que estuvo presente cuando rindieron declaración dentro del proceso. Solicita como no recurrente se tome la decisión pertinente, el fiscal tiene la potestad para esta etapa procesal tomar las decisiones pertinentes frente a la práctica probatoria que había solicitado y en atención que no se logra con las declaraciones de las menores sustentar una teoría acusatoria.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si en el transcurso del juicio oral se presentaron o no irregularidades sustanciales que ameriten la nulidad de lo actuado.

Para el A quo, la decisión de la Fiscalía de renunciar al resto del material probatorio decretado, viola el debido proceso y el derecho de

defensa de las víctimas en aspectos sustanciales. Se vulnera el interés superior del menor a la verdad y a la justicia y a una eventual reparación. Considera que a la Fiscalía le asiste una obligación legal de ejercer la acción penal contra todas las personas que estén vinculadas a hechos que revistan características de un delito y si formuló acusación era porque consideraba que conforme con las pruebas había una probabilidad de verdad sobre la existencia del hecho y la responsabilidad de los procesados. Piensa que excluir la prueba decretada no permite al juez valorarla y su decisión sería una mera refrendación de la voluntad del acusador de desistir de la persecución penal. Es como si retirara la acusación de facto, lo que no se concibe en el procedimiento penal. La fiscalía debió utilizar las entrevistas si consideraba que existía contradicción o ambigüedades. Por su parte, los recurrentes sostienen que, con la decisión, el Juez pretende obligar a la fiscalía a escuchar unos testigos de referencia para establecer una situación diferente, por lo que vulnera el derecho de defensa de los procesados. Quien tiene la carga argumentativa y conoce las circunstancias procesales es el Fiscal.

Para resolver, la Sala escuchó atentamente los registros de las audiencias celebradas ante el Juez de conocimiento y de una vez dirá que al A quo no le asiste razón al señalar que existe vulneración de garantías fundamentales que hacen necesaria la declaración de nulidad de la actuación. Por tanto, la decisión impugnada será revocada.

En la audiencia preparatoria, la Fiscalía solicitó los testimonios de las menores KDHQ (víctima) y su hermana (PAHQ) con quienes pretendía demostrar la ocurrencia de las conductas reprochables, quién fue la víctima y sus autores.

Igualmente, solicitó el dictamen sexológico practicado a la menor KDHQ que sería introducido con la médica Karen Duval Gutiérrez Silva.

Ahora, como se presentó una denuncia y se realizaron actividades por parte de funcionarios de la defensoría de familia, la fiscalía solicitó como testigos a Sebastián Giraldo Ocampo (Defensor de Familia), Laura Catalina Roldán Trujillo (Defensora de Familia) y Juan Carlos Castrillón Grisales (sicólogo) quienes conocieron los hechos de boca de la víctima y su hermana.

Se pidió el testimonio de Guillermo Antonio Urrego Urrego, vecino del acusado Carmona Pérez, para informar sobre el comportamiento y actividades del acusado.

También pidió los testimonios de los investigadores de la SIJIN Nelson David Gómez Vélez, Danny Yamid Guisao Arango y Hosselin Gómez Bedoya, quienes realizaron actos urgentes, identificaron a los presuntos infractores, recogieron un video objeto material de la ilicitud, recibieron entrevistas y realizaron registro de allanamiento y capturas.

Los testigos también se pidieron para introducir documentos como el video mencionado, documentos relativos a la identificación y arraigo de la víctima y los acusados, informes de allanamiento y registro capturas y antecedentes, informes de investigador de campo, entrevistas, noticia criminal y documentos relativos a la atención de la víctima en la defensoría de familia.

En el juicio oral, se escucharon los testimonios de las menores KDHQ y PAHQ. Y una vez culminados, la Fiscalía afirmó que el resto del

material probatorio dependía de los dichos de la víctima (como el dictamen sexológico) y está constituido por material que solamente se utiliza para refrescar memoria, como los informes y entrevistas y otros aspectos que fueron objeto de estipulación, por lo cual en su criterio no contribuían para establecer la teoría del caso de la fiscalía.

Puede apreciarse fácilmente, que la controversia se suscita no porque la Fiscalía haya desistido de algunos elementos materiales probatorios y testimonios que según su criterio no le sirven para sustentar la teoría del caso que dio origen al proceso, sino que el señor Juez se duele de la deficiente actividad desarrollada por la Fiscalía, pues si acusó a los procesados, era porque tenía elementos suficientes para demostrar su teoría del caso y además, contaba con entrevistas de las testigos que si bien no se conocen, supone que debieron ser utilizadas por el Ente Acusador para asegurar la prueba de cargo.

Pero para la Sala, tal apreciación no puede sustentar la declaratoria de nulidad de lo actuado, pues nos encontramos ante un sistema procesal penal de partes, en donde el Juez es un sujeto imparcial que desconoce el material probatorio y la investigación realizada por Fiscalía y Defensa. Está desprovisto de una teoría del caso particular y su función se limita a valorar los medios de conocimiento que cada uno de los contendientes aporte en el juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción.

Afirmar que hubo vulneración a las garantías fundamentales de una de las partes (víctima o procesado) desde el punto de vista probatorio, implica hacer un examen de fondo de las pruebas que cada una de las partes contaba y que tuviera la virtud de sacar adelante la particular teoría del caso que sostuviera en el juicio, pero que por

desconocimiento del sistema o por negligencia o desidia no presentó al juicio o que por irregularidades procesales, no se le tuvo la oportunidad de hacerlos valer en el contradictorio. Además, que dichas evidencias tuvieran la suficiente fuerza de convicción que sin lugar a dudas darían un cambio drástico a las resultas del proceso.

Las simples equivocaciones, faltas de cuidado y diversidad de criterios frente a la forma como debe abordarse la prueba durante su práctica, no generan irregularidades de la magnitud necesaria que hagan rehacer el juicio.

En el presente caso, la Fiscalía practicó en el juicio las pruebas que a su criterio eran las determinantes para sustentar la teoría del caso. Y si el interrogatorio fue insuficiente, si debió utilizar alguna técnica específica para sacar adelante su teoría ante el cambio de versión de los testigos de cargo, es un tema de responsabilidad exclusiva del ente acusador, pues nadie más que él, para el momento, podía conocer cuál estrategia le era útil o no. Por tanto, declarar la nulidad de lo actuado, no busca proteger garantías fundamentales, sino otorgar una segunda oportunidad para que el mismo Fiscal u otro funcionario repita el interrogatorio y trate de probar su teoría.

Con respecto al desistimiento de las pruebas que hace una de las partes, la Honorable Corte Suprema de Justicia en decisión del 11 de diciembre de 2018, radicado 45470, M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero, razonó así:

Connota dicho cuestionamiento la problemática referida al desistimiento de las pruebas, así como a la trascendencia de las que fueron objeto del retracto efectuado por la parte que las pidió.

Por lo primero, según lo relieves Fiscalía y Ministerio Público, el esquema procesal previsto en la Ley 906 de 2004 responde en esencia a una contención de partes, luego la iniciativa del recaudo probatorio en términos generales le concierne a éstas de conformidad con su teoría del caso y con sujeción a los parámetros de conducencia, pertinencia y utilidad; por lo mismo es dable que, cualquiera que sea la razón, finalmente desistan de su práctica o incorporación al juicio oral, no obstante haberse decretado por el juez, pues es de su exclusivo resorte acreditar, como ya se dijo, su respectiva teoría del caso.

Por eso, ha comprendido la Sala que en eventos tales no se produce afectación alguna a la garantía de defensa, mucho menos cuando no se corresponde con una actividad del juzgador y sí a la responsabilidad de la parte que las pidió.

Ha dicho la Corte (Sentencia de 8 de noviembre de 2007, Rad. No. 26411):

“Como se trata esencialmente de un proceso de partes, desde esa óptica es razonable que quien ha solicitado la práctica de una prueba desista de ella en el juicio si así lo estima a la hora de definir en la audiencia las pruebas que soportan su teoría del caso, bien porque ese medio de convicción no alcanza sus expectativas procesales, bien porque de manera inexplicada, asumiendo en todo caso el riesgo que implique la decisión del sujeto procesal, opta por retirar de su expectativa probatoria determinado medio de convicción.

Es claro entonces que un sujeto procesal puede legítimamente desistir de la práctica de una prueba en el juicio, sin que eventualmente y aun respetando el principio de imparcialidad, el juez pueda requerir o pedir explicaciones por las cuales opta la parte por esa determinación; en todo caso, la decisión de retirar la prueba está ligada a la visión insular de sacar adelante la teoría del caso del interviniente respectivo (autónoma de la parte)”.

O en auto del 3 de julio de 2013, Rad. No. 40620, reiterado en providencia AP8228 de 2016, Rad. No. 47558:

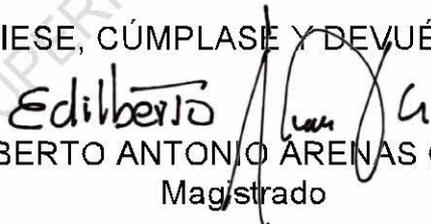
“... si bien es cierto en la audiencia preparatoria se decretan las pruebas, ello no se convierte en camisa de fuerza para las partes, y durante el desarrollo de la audiencia no es de extrañar que una o ambas partes desistan de alguna o varias de las probanzas que a su parecer ya no sean necesarias dentro de su estrategia, sin que ese desistimiento pueda significar por sí mismo, primero: que la Fiscalía esté dejando de ejercer la acusación o lo haga de manera deficiente; y, además, en el caso específico de la defensa, que con la renuncia en juicio de algunas de las pruebas decretadas en la audiencia preparatoria se entienda que no haya existido un verdadero ejercicio del derecho a la defensa”.

Ahora, el Fiscal en ningún momento ha manifestado que desiste de la pretensión punitiva, que retira la acusación o que pide preclusión, lo cual a estas alturas del proceso no es posible, simplemente ha dicho que conforme con la práctica de la prueba que se adelantó hasta el momento, observa que el resto del material probatorio no le es útil para demostrar su teoría del caso, así que da por terminada su actividad probatoria. Por tanto, el proceso debe continuar su curso y el Juez en la sentencia tomar la decisión pertinente.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, resuelve **REVOCAR** el auto objeto de impugnación, conforme con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno. El proceso regresará al lugar de origen para continuar con el trámite legal.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE¹


EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

(EN PERMISO)
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada


MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

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

Constancia de permiso de la Magistrada Dra. Nancy Ávila de Miranda

INFORMA PERMISO DOCTORA NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Respondió el Mié 13/09/2023 4:43 PM.

N Nancy Ávila De Miranda
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa; Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Mié 13/09/2023 4:36 PM

Doctores
EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
GUSTAVO PINZON JÁCOME
Magistrados Sala Penal

Buenas tardes;

Por medio del presente, informo que la doctora Nancy Ávila, se encontrará en permiso los días **14,15,18,19 Y 20 DE SEPTIEMBRE.**

Marcela Rojas
Auxiliar

Aprobación de Proyecto por parte de la Magistrada Dra. María Stella Jara Gutiérrez

RE: Rota Auto 2° Instancia Rad. 2023-1346-1

Respondió el Mar 19/09/2023 9:39 AM.

D Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa
Mar 19/09/2023 9:05 AM

2023 1346 (INT2) NULIDAD.d...
100 KB

Iniciar respuesta con: [Muchas gracias.](#) [Recibido, gracias.](#) [Muchas gracias por su colaboración.](#)

Cordial saludo,

Informo conformidad con el proyecto de la referencia por parte de la Dra. María Stella Jara Gutiérrez.

Amablemente,

Angélica Vanessa Mejía Serna
Auxiliar Judicial I

De: María Stella Jara Gutiérrez <mariasjg0519@gmail.com>
Enviado: martes, 19 de septiembre de 2023 8:35 a. m.
Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: RE: Nota Auto 2° Instancia Rad. 2023-1346-1

Buenos días. De acuerdo.

El lun, 18 sept. 2023 a las 14:41, Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co> escribió:
Cordial saludo,

Dra. María Stella Jara Gutiérrez

Reenvío proyecto allegado por el Despacho del Dr. Edilberto Antonio Arenas Correa, para revisión.

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

CONSTANCIA

Medellín, el día diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala de Decisión Penal integrada por los Magistrados Edilberto Antonio Arenas Correa (*quien la preside*), Nancy Ávila de Miranda (en permiso) y María Stella Jara Gutiérrez, de manera virtual estudiaron el (los) proyecto(s) de la referencia, procediendo a emitir su aprobación de manera unánime por medio del correo institucional.

RADICADO : 05 042 60 00346 2019 00074 (2023 1346)
DELITOS : ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS y OTROS
ACUSADOS : GUILLERMO LEÓN CARMONA
CARMEN LILIANA QUIROZ
ASUNTO : DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Procediendo a emitir su aprobación por medio del correo institucional y en la cual se resolvió lo siguiente: “**REVOCAR** el auto objeto de impugnación, conforme con lo expresado en la parte motiva de esta providencia. La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno. El proceso regresará al lugar de origen para continuar con el trámite legal.”.

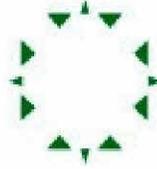
Es de anotar que la aprobación del citado proyecto se realiza de manera virtual, como consta con las aprobaciones realizada por la Magistrada que se encontraba disponible y la constancia de permiso con que contaba la otra Magistrada que forma Sala con este Despacho, y debido a la falla que se presenta la página de la firma electrónica, que en este momento sigue sin funcionar, no permitiendo su acceso para lograr firmar el documento precedente; de ahí se

realiza la firma de manera escaneada.

El Suscrito Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado Ponente

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA-SALA PENAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 93 del 18 de septiembre de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Prisión domiciliaria por Madre cabeza de familia
Radicado	05 615 60 00344 2022 00169 (N.I.2023-1317-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Rionegro Antioquia.

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

No se relacionan los hechos porque no fueron objeto de apelación.

ANTECEDENTES PROCESALES Y SENTENCIA IMPUGNADA

La Fiscalía presentó los términos del preacuerdo al que llegó con la acusada previa asesoría de su abogado defensor. El convenio consistió en que la procesada acepta su responsabilidad en la comisión de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes artículo 376 inciso 3° del Código Penal, a cambio se le reconoce que actuó en complicidad, artículo 30 del C.P., con fines de tasación de la pena, fijando una pena de prisión en sesenta (60) meses y multa de 62 S.M.L.M.V.

En el trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, la Defensa solicitó el reconocimiento de la prisión domiciliaria por estimar que concurre en su representada la calidad de madre cabeza de familia.

El 27 de junio de 2023 el Juzgado profirió sentencia condenatoria en contra de Yerly Paola García Ortega en razón del preacuerdo por la conducta punible ya reseñada, imponiendo pena de 60 meses de prisión intramural y multa de 62 S.M.L.M.V. Le negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

IMPUGNACIÓN

En contra de la decisión la defensa interpuso y sustentó recurso de apelación con el que pretende se conceda la prisión domiciliaria por concurrir la condición de madre cabeza de familia, con los siguientes argumentos:

- 1- No es posible afirmar que los hijos menores de Yerly Paola García, no quedarían sumidos en el desamparo o abandono como consecuencia de la privación de su libertad. La valoración realizada por la Juez frente al concepto de familia extensa, es errada, ya que no existe un solo medio con vocación probatoria que haya evidenciado que "el cuidado" o "el sostenimiento" de esos tres menores de edad, puedan estar a cargo de otras personas. Por el contrario, los registros civiles de defunción de los progenitores, aunado a la declaración extra proceso aportada y el informe socio familiar, dan cuenta del grado de vulnerabilidad y dependencia de este grupo familiar por el acompañamiento económico, afectivo y social por parte de la procesada.

- 2- Se indicó que, VILMER ARACELI ORTEGA (abuela materna) puede hacerse cargo de los menores ya que no se observó incapacidad física o mental para asumir el cuidado de sus consanguíneos. Sin embargo, se desconoce con qué medios asumiría los costos educativos de estos tres menores de edad, carga que tiene actualmente la procesada, con las actividades de venta de ropa, peinados, postres y rifas. Similar situación ocurre respecto de JHON GARCÍA ORTEGA (tío de los menores) de 18 años de edad del cual se desconoce su nivel de escolaridad, cuya ocupación actual aparentemente es ser domiciliario de una Frutería y quien, al parecer, "paga el servicio de internet" en la residencia.

- 3- De los medios allegados, se evidencian la falta de capacidad física de la señora para cuidar de sus nietos, debido a quebrantos de salud y necesidad de cirugía por afectación crónica en sus pies. Además, se desconoce si el hermano de la procesada tiene la capacidad de cuidar a los 3 menores de edad. La decisión se basa en conjeturas que no compaginan con el propósito descrito. En la decisión, prevalecen errores estructurales

importantes, en lo siguiente: 1) Una errada apreciación o valoración crítica de las pruebas, y 2) Una interpretación errónea de la norma llamada a regular el caso, pues creemos respetuosamente que el concepto de familia extensa, va más allá de la constatación de algún familiar vivo o presente en la vida de los menores.

Solicita se modifique la decisión y en su lugar se conceda la prisión domiciliaria a la procesada.

CONSIDERACIONES

La Sala anuncia desde ya que confirmará la sentencia recurrida, de acuerdo con lo siguiente:

En audiencia de individualización de pena la defensa pidió que se concediera la prisión domiciliaria por concurrir en Yerly Paola García Ortega la condición de madre cabeza de familia teniendo en cuenta que tiene tres hijos menores desprotegidos. Solicita la aplicación de la ley 2292 de 2023.

El artículo 314 C.P.P. numeral 5° -modificado por el art. 17 de la ley 2292 de 2023-, señala que: *"La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos: [...] 5. Cuando la procesada fuere **mujer cabeza de familia** de hijo menor de edad o que sufiere incapacidad permanente; o tenga a un adulto mayor o una persona que no puede valerse por sí misma bajo su cuidado. La persona que haga sus veces podrá acceder a la misma medida. En estos eventos, el juez atenderá especialmente a las necesidades de protección de la unidad familiar y a la garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo su dependencia."*

Ahora, el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008 prescribe: “[...] es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, **ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar**” (negritas fuera del texto original).

Es decir, la condición de hombre o mujer cabeza de familia, dispuesta en el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008 constituye un presupuesto indispensable para conceder la prisión domiciliaria, presupuesto que no fue modificado por la Ley 2292 de 2023.

Ahora, la calidad que discute la sentenciada, es que es la única persona que lleva el sustento al hogar, ya que no cuenta con el apoyo de los padres de los menores quienes están fallecidos y su abuela materna no cuenta con los recursos para cubrir con las necesidades de los menores.

Del análisis realizado por la Juez de primera instancia se extrajo que efectivamente los medios de convicción aportados no logran demostrar los supuestos de hecho que permiten derivar la condición de madre cabeza de familia. Es necesario probar los supuestos que fundamentan la petición.

En este caso y según los criterios jurisprudenciales¹ no se demostró la condición que se aduce. Indicó el recurrente que negar el sustituto es

¹ SP4945-2019 de 13 de noviembre de 2019 “Por ello, el juez debe valorar (i) que la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección a que quedarían expuestos los hijos del condenado, (ii) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor y (iii) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes.”

desconocer los intereses de los menores. Sin duda, se evidencia que las menores cuentan con su abuela materna que reside en casa propia en la carrera A # 13 – 52 del barrio Valle Real de Buga Valle, donde vive actualmente Yerly Paola García Ortega junto a sus tres hijos y un hermano de 18 años de edad. Por tanto, los menores cuentan con la ayuda de su abuela materna y su tío, quienes pueden solventar los gastos de la manutención del hogar, pues nada se expuso frente alguna falta de capacidades psíquicas o sensoriales que les impida realizar labores y sacar adelante su grupo familiar con los menores de edad.

Además, del informe Socio Familiar, se indicó que Yerly Paola García Ortega recibe una ayuda económica de familias en acción; su hermano ayuda con gastos del hogar; y cuenta con una amiga llamada “LISBET” que la apoya en sus actividades económicas y en el acompañamiento de sus hijos menores cuando lo requiere.

Se itera, es necesario probar los supuestos que fundamentan la petición, se observa que los menores cuentan con ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. Y, si en realidad existe una imposibilidad por parte de la abuela materna para hacerse cargo de los menores, nada se aportó para probar esa teoría.

Finalmente, no se cumplen los presupuestos del artículo 2º de la ley 2292 2023² -por medio de la cual se adoptan acciones afirmativas para

² “ARTÍCULO 2. Alcance. Las mujeres cabeza de familia condenadas por los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal, o condenadas a otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años de prisión, en los cuales se demuestre por cualquier medio de prueba que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afecten la manutención del hogar y cumplan con los requisitos establecidos en la presente ley, podrán obtener como medida sustitutiva de la pena de prisión, de oficio o a petición de parte, el servicio de utilidad pública.

La medida sustitutiva podrá aplicarse en los casos en los que exista concurso de conductas punibles respecto de las cuales proceda la prisión domiciliaria.

La medida sustitutiva de la pena de prisión prevista en la presente ley no se aplicará cuando haya condena en firme por otro delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión del nuevo acto punible o exista concurso con conductas punibles distintas a las aquí señaladas .

mujeres cabeza de familia en materias de política criminal y penitenciaria-, por cuanto, si bien estamos en presencia del delito contemplado en el artículo 376 no se encuentra probado que la conducta consumada por Yerly Paola García Ortega esté asociada a condiciones de marginalidad y falta de manutención del hogar.

Sin necesidad de más consideraciones la Sala confirmará la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia.

En caso de que los presupuestos sobre los que solicitó la sustitución varíen, la condenada podrá solicitar su reconocimiento ante el Juez de Ejecución de Penas.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en cuanto fue objeto de la apelación.

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

El servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión se podrá otorgar a las mujeres cabeza de familia de acuerdo a los requisitos de la presente ley, en los casos de condenas por el delito de concierto para delinquir (artículo 340 del C.P.), cuando el concierto esté relacionado con los delitos de los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal.

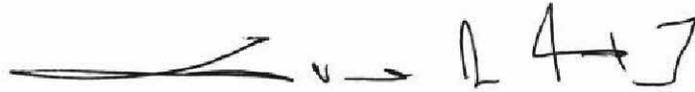
Las condiciones de marginalidad que deben probarse para otorgar el servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión no dependen de la acreditación de la causal de atenuación punitiva consagrada en el artículo 56 de la Ley 599 de 2000 y el beneficio otorgado en virtud de esta última, no afectará la obtención de la medida sustitutiva consagrada en la presente ley”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado



GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado



EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

***RADICADO** : 05 615 60 00364 2019 00258 (2023 1424)*
***DELITO** : HOMICIDIO*
***ACUSADO** : FITHGERAL NATHZUKI JIMÉNEZ PIRELA*
***PROVIDENCIA** : INTERLOCUTORIO 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 **VIERNES VEINTINUEVE (29) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS 10:00 A.M.**

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

conexión.

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

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado ¹

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

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

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

Código de verificación: **efa1626359f857142e824bf8ccd98dd6848ab3a4a77f212a418842d45833b912**

Documento generado en 21/09/2023 05:41:01 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 199

PROCESO : 05282 31 04 001 2023 00065 (2023-1597-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : CÉSAR ECHAVARRÍA
ACCIONADO : UNIDAD ADMINISTRATIVA PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN
INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS
PROVIDENCIA: FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA
=====

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la accionada en contra de la sentencia del 18 de agosto de 2023, a través de la cual el Juzgado Penal de Circuito de Fredonia, Antioquia, concedió la solicitud de amparo presentada por el señor CÉSAR ECHAVARRÍA.

LA DEMANDA

Refirió el accionante que el 24 de septiembre de 2021 presentó solicitud ante la UARIV, en la que solicitaba el pago priorizado, ya que tenía diagnóstico de discapacidad de cognición global del 53.23%, mediante el radicado 6741981 del 10 de agosto de 2022, le dieron respuesta indicando que “la entrega de los recursos de indemnización administrativa a la víctima con criterio de priorización, será relacionado en los procesos de cruces y trámites tendientes a que se pueda

incluir en la ejecución de para para el mes de septiembre de 2022 cuya dispersión de recursos será el último día hábil de ese mes y la notificación se llevará a cabo en el transcurso del mes de octubre del 2022”.

Agregó que, debido a esa respuesta el 11 de noviembre de 2022 presentó nueva solicitud ante la UARIV, para que se realizara el pago priorizado anexando los respectivos soportes, para lo que el 09 de febrero de 2023, le notificaron con radicado 2023-0128350-1 del 27/01/2023, que presentaba inconsistencias en el nombre Yulie Alexander Echavarría Quintero, quien se cambió el nombre por Jhon Alexander Echavarría Quintero, pero eso fue subsanado el 28 de marzo de 2023 y se reiteró la solicitud con los soportes del cambio del nombre, incluida la escritura pública.

Indicó que el 26 de junio de 2023 reitero la petición enviada el 28 de marzo sin que se tenga respuesta de parte de la UARIV.

LA RESPUESTA

La UNIDAD DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VICTIMAS hizo mención a los hechos y pretensiones que dieron origen a la presente solicitud de amparo; así mismo, indicó que para su caso en particular evidenció que por esos hechos víctimizantes la Unidad para las Víctimas se encuentra adelantando las gestiones y verificaciones correspondientes para brindar una respuesta de fondo en los próximos días. Y en caso de requerir documentación o información adicional, la misma le será informada.

Señaló que la Unidad no ha vulnerado ni ha puesto en riesgo ningún

derecho fundamental del señor Cesar Echavarría.

Solicitó negar las pretensiones de la parte accionante, por haberse demostrado la ocurrencia de un hecho superado.

EL FALLO IMPUGNADO

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

“...En el presente caso, no se ha satisfecho el derecho de petición toda vez que César Echavarría con cédula Nro. 3.537.275 de Nariño Antioquia, el 24 de septiembre de 2021, presentó solicitud ante la UARIV en la que solicita el pago priorizado, en tanto su diagnóstico es de una discapacidad de cognición global del 53.23%, y se le indica por medio del radicado 6741981 del 10 de agosto de 2022, que la entrega de los recursos de indemnización administrativa del accionante, víctima con criterio de priorización, será relacionado en los procesos de cruces y trámites tendientes a que se pueda incluir en la ejecución de pago para el mes de septiembre del 2022 cuya dispersión de recursos será el último día hábil de ese mes y la notificación se llevará a cabo en el transcurso del mes de octubre de 2022, lo cual se ha quedado entre bastidores.

En esta secuencia, el pasado 11 de noviembre del año anterior, presentó solicitud en la que pidió ante la AURIV, se realizara el pago priorizado, anexando los respectivos soportes, sin que se olvide que el hecho victimizante es además el desplazamiento forzado.

El 9 de febrero del 2023, se le notifica con radicado 2023-0128350-1 del 27/01 del 2023, que se presentan inconsistencias en el nombre YULIE ALEXANDER ECHAVARRÍA QUINTERO, quien se cambió el nombre por Jhon Alexander Echavarría Quintero. Esto fue subsanado el 28 de marzo del 2023 y se reitera la solicitud, con los soportes del cambio del nombre, incluida la respectiva escritura pública.

El 26 de junio de este año, se itera la petición enviada el 28 de marzo, sin que se tenga respuesta de parte de la AURIV, que es lo que hace surgir la tutela por laceración al derecho de petición y erosión al debido proceso administrativo.

En cuanto a la verificación de la información, sostiene la UARIV, en los próximos días se emitirá respuesta de fondo sobre la indemnización reclamada, sin que ello implique un desconocimiento del derecho del accionante. El hecho victimizante lo es el desplazamiento forzado y conforme a la Resolución 01049 del 15 de marzo de 2019, por la que se adopta el procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía

administrativa, se crea el método técnico de priorización, y con base en ella se procederá a brindar una respuesta en los próximos días y la unidad se encuentra adelantando gestiones y verificaciones correspondientes, sugiriendo que esta es una respuesta de fondo.

Es que ni con ocasión de la tutela, se ha indicado al accionante cuando se le pagará la indemnización a que tiene derecho por priorización y desplazamiento forzado, sin que se olvide que es la misma ley estatutaria la que indica que el término racional cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en el plazo señalado, se debe hacer saber esta circunstancia al interesado antes del vencimiento del inicial término, indicando cual es el motivo de la demora, y señalando un nuevo interregno que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto, esto es 30 días hábiles. Sin embargo, el termino especial de indemnización a víctimas, al que hemos aludido, lo plasma la Resolución 01958/18 esquema 12, que los es de 120 días hábiles luego de diligenciamiento del respectivo formulario, interregno que se ha rebasado como muestra de afectación del derecho de petición y el debido proceso administrativo.

Bajo esta arista, es menester amparar el derecho de petición y el consecuencial derecho a un debido proceso administrativo, que en esta oportunidad ha afectado la UARIV al accionante CÉSAR ECHAVARRIA con cédula Nro. 3.357.275 de Nariño Antioquia, debiendo responder en un término de (48) cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de este fallo lo que se le anunció y aplazó tanto al juzgado como al accionante, emitiendo el acto administrativo a que haya lugar, para satisfacer de fondo, y de forma congruente el derecho pedido por el hecho victimizante, **que lo es el pago de la Indemnización administrativa tildada de prioritaria por la discapacidad comprobada con ocasión del desplazamiento forzado, y cuando se le estaría informando del eventual derecho a la sufragación de la misma pues por ahora hay priorización**, por la discapacidad y rango etario ya que se ha pasado el tracto anunciado de 120 días hábiles, pues no se le puede someter a una espera eterna, azarosa, incierta, incluido el tiempo de la sufragación y cuyo incumplimiento será sancionado con desacato al tenor del art. 52 del Decreto 2591 de 1991, para torpedear la sumatoria de tutelas en este mismo sentido...”

LA IMPUGNACIÓN

La representante judicial de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas informó que, en cumplimiento de la Resolución 1049 de 2019 y el Auto 206 de 2017 de la Corte Constitucional, profirió la Resolución No. 04102019-785563 del 23 de septiembre de 2020, por la cual se reconoció el

derecho a recibir la indemnización administrativa, condicionada a la aplicación del método técnico de priorización, sin embargo, posterior a ese, se constata que la accionante está inmersa en un criterio de priorización por tanto la unidad se encuentra en validaciones y verificaciones con el fin de emitirle pronunciamiento de fondo en atención a la solicitud y no es procedente indicar fecha de pago de la indemnización en razón a los principios de progresividad, gradualidad y sostenibilidad fiscal.

Indicó que el fallo judicial proferido por el H. Despacho impuso a la entidad indicar fecha de pago de la indemnización administrativa en la parte resolutive, lo cual se hace imposible para la Unidad dar cumplimiento al mismo; por lo que, debe ser revocado, como quiera que, resulta violatorio del derecho al debido proceso respecto de actuaciones administrativas por defecto procedimental absoluto razón por la cual no ata al Juez ni a las partes a su cumplimiento, pues al ordenar a la Unidad indicar turno para pago de la indemnización omite y deja de un lado el proceso administrativo legalmente establecido que debe ser de imperiosa observancia y de respeto por el operador judicial, ello en atención a que se debe surtir el trámite reglamentario, resulta claro entonces que dicha providencia es contraria a derecho por ende al ordenar que en caso de ser positiva la respuesta indicar fecha para el pago de la indemnización administrativa se pretermite etapas administrativas que debe surtir la accionante superponiendo sus derechos sobre el de otras víctimas desconociendo el proceso señalado en la Resolución 01049 de 2019 restando legitimidad al trámite establecido en toda actuación y el que regula las formas para acceder a la indemnización administrativa.

Expresó que con la expedición del fallo judicial a la par se configura una violación al derecho a la igualdad del que gozan todas las personas que acceder a la indemnización administrativa, pues solo bastó con que el accionante elevara una petición para que el despacho, sin ser competente para ello, emitiera una decisión sobrepasando las funciones otorgadas por la constitución y la ley, desconociendo los trámites administrativos establecidos para que una persona pueda acceder a la indemnización administrativa; fallo judicial que bajo las reglas de la sana crítica carece de imparcialidad al excluir a todas aquellas personas que son víctimas y se someten al procedimiento legal para acceder a la indemnización administrativa de manera igualitaria según las condiciones propias de cada caso particular, de ahí que resulte desproporcionado frente a la petición elevada por el accionante y abre una brecha para que las víctimas accedan a los beneficios diseñados para la población víctima de manera irregular sin cumplir con las etapas administrativas previas al reconocimiento de la indemnización administrativa, poniendo en riesgo el sostenimiento del sistema y causando simultáneamente un desgaste a la administración de justicia.

Evidenció en el fallo de tutela que existe en el mismo un defecto orgánico, como quiera que nos encontramos ante una omisión de la subsidiariedad de la tutela y del debido proceso administrativo, pues para el caso que nos ocupa el despacho carece de competencia para ordenar el pago de la indemnización administrativa, dado que existen otros mecanismos de defensa diferentes a la acción constitucional de tutela, desbordando su competencia legal y funcional como se mencionó anteriormente causando un perjuicio irremediable al sistema de asistencia y reparación integral a las

víctimas y en virtud de ello el juez de tutela no puede hacer prevalecer los derechos alegados por el accionante sobre el trámite legalmente establecido.

Afirmó que, para reconocer y otorgar la medida de indemnización administrativa, las víctimas deben adelantar el procedimiento consagrado en la Resolución No. 1049 de 2019, el cual desarrolla cuatro fases a saber: a) Fase de solicitud de indemnización administrativa. b) Fase de análisis de la solicitud. c) Fase de respuesta de fondo a la solicitud. d) Fase de entrega de la medida de indemnización. (Art. 10), en esa última fase, determinó que la priorización de la entrega de la medida, siempre que proceda el reconocimiento de la indemnización, está supeditada a que la víctima haya acreditado alguna de las situaciones de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad, o en su defecto, al orden de entrega que sea definido a través de la aplicación del método técnico de priorización, siempre atendiendo a la disponibilidad presupuestal de la Unidad para las Víctimas.

Aseveró que se profirió la Resolución No. 04102019-785563 del 23 de septiembre de 2020, por la cual reconoció a la accionante el derecho a recibir la indemnización administrativa, condicionada a la aplicación del método técnico de priorización, sin embargo, con posterioridad a la emisión del acto administrativo, y de acuerdo con las situaciones de priorizaciones, es decir, tener una edad superior a sesenta y ocho (68) años, padecer una enfermedad catastrófica o de alto costo o una discapacidad certificada en términos de la Circular 009 de 2017 expedida por la Superintendencia de Salud; evidenció que el señor Cesar Echavarría está inmerso en un criterio de priorización, y en atención a ello, la unidad debe realizar la

correspondientes validaciones y verificaciones con el fin de emitirle pronunciamiento de fondo acerca del pago de la indemnización toda vez que se debe tener en presente la disponibilidad presupuestal con la que cuenta la entidad.

Recalcó que la realidad en materia de indemnización administrativa desborda la capacidad presupuestal de la Unidad para las Víctimas, como se ilustra a continuación: El valor del presupuesto asignado para la presente vigencia es de \$1.256.858.687.263 con los que se estima indemnizar aproximadamente a 111.000 víctimas con un promedio de costo de indemnización de \$11.302.686 y se debe aplicar el Método Técnico de Priorización a un universo promedio de 5.438.226 víctimas que a 31 de diciembre de 2022 contaban con acto administrativo de reconocimiento de la medida de indemnización. Luego de la aplicación del Método Técnico de Priorización en el año 2022, el universo de víctimas es de 52.417, las cuales cuentan con oficio de favorabilidad y están pendientes por pagar, esto por valor de \$336.375.087.608. Las víctimas con cumplimiento de criterio de priorización y cuya indemnización se estima que costaría \$1.167.108.301.460, es de 108.739. Durante la vigencia 2023, las víctimas que cumplirán criterio de priorización por edad son 45.620 y dichas indemnizaciones tienen un valor estimado de \$436.949.917.559. Por consiguiente y de acuerdo con las proyecciones realizadas, la Entidad estima que con los recursos asignados para la presente vigencia 2023 (\$1.256.858.687.263), no será posible alcanzar la meta de indemnizaciones, ni dar cumplimiento a los indicadores del cuatrienio, contemplados en las metas CONPES y el Plan Nacional de Desarrollo.

Refirió que la Unidad no desconoce los derechos de la accionante,

por el contrario, reconoció el derecho que tiene de ser indemnizada, sin embargo, la Unidad ha manifestado en varios escenarios su imposibilidad de indemnizar a todas las víctimas en un mismo momento, por lo que a través del procedimiento se adoptó un sistema mixto que permite tanto la atención inmediata de aquellas víctimas que se encuentran en extrema vulnerabilidad pero que debe ser verificado de fondo de acuerdo al presupuesto asignado, como la atención de otras víctimas que no se encuentran en tales situaciones, pero son titulares del derecho a la reparación económica.

Señaló que el fallo emitido constituye una providencia ilegal que no ata al Juez ni a las partes dado que el mismo contiene un defecto procedimental absoluto, como quiera que, no es procedente indicar fecha de pago de la indemnización toda vez que la entidad se encuentra realizando el debido proceso frente a lo establecido en la resolución 01049 de 2019, esto debe ser de absoluta observancia por parte del operador judicial pues, previo al pago de una indemnización administrativa debe surtir el trámite reglamentario, luego resulta claro que dicha providencia es contraria a derecho, pues vulnera el debido proceso del que debe gozar toda actuación administrativa, superponiendo sus derechos sobre el de otras víctimas, desconociendo el proceso señalado para el acceso a las medidas de indemnización.

Reitero que la Entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la parte accionante como lo manifiesta el fallo que impugna, y en el evento de haberse incurrido en tal situación, la unidad adelantó satisfactoriamente las acciones tendientes al cumplimiento del deber legal, cesando de esa manera las conductas que dieron lugar a su

insatisfacción y que hoy presentan como argumentos principales para la interposición de la acción de tutela y para la emisión equivocada del fallo.

Solicitó se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar niegue las peticiones de la acción constitucional.

CONSIDERACIONES

La Sala advierte que el problema jurídico propuesto se contrae en determinar si la entidad accionada vulneró derechos fundamentales del accionante CÉSAR ECHAVARRÍA quien solicitó respuesta de fondo a la solicitud de pago de la indemnización administrativa por desplazamiento forzado y la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación a las víctimas no dio respuesta a los solicitado.

La Constitución Política, en su artículo 23 consagra que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*.

Frente a las características esenciales del derecho de petición, ha sido abundante y reiterativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al considerar que el núcleo esencial de este derecho reside en la resolución pronta y oportuna de la solicitud.

En este sentido, esa Corporación ha manifestado:

“(i) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; (ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado; (iv) la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible; (v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; (vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a los particulares; (vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición; (viii) el derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa; (ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder; y (x) ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”.¹

De lo anterior, se destaca que el derecho de petición exige, por parte de las autoridades competentes, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición.

De suerte que la administración tiene que responder las solicitudes respetuosas elevadas por los asociados, sin que para el efecto interese la persona, como tampoco la dependencia que recibió la petición, porque las autoridades deben coordinar lo relacionado con la recepción de peticiones y la oportuna y congruente respuesta de las mismas, facilitando así la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política

¹ Sentencia T- 249 de 2001.

administrativa y cultural de la nación, como lo disponen los artículos 2º, 23 y 209 constitucionales.

Es por ello por lo que, sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado en diferentes oportunidades que sobre las autoridades públicas recae un deber de orientación, cuyos fundamentos constitucionales residen en el principio de solidaridad (artículo 1º Superior) y en la razón misma de la existencia del Estado, consagrada en el artículo primero de la Constitución Política, que no es otra que servir a las personas que residen en territorio colombiano.

En el caso en estudio, se advierte que CÉSAR ECHAVARRÍA solicitó indicar fecha y lugar del pago de la indemnización administrativa por el hecho victimizante de desplazamiento forzado, debido a que cumple con los requisitos para su priorización.

El Juzgado ordenó a la entidad accionada que en un término de 48 horas contados a partir de la notificación emita acto administrativo que resuelva de fondo lo relacionado con el pago de la indemnización administrativa y cuando se le estaría informando del eventual derecho a la sufragación de la misma.

Revisada la actuación se advierte que el pago de la indemnización administrativa depende que inicialmente sea aceptada la solicitud de dicho pago para así lograr entrar a definir su reconocimiento y pago, por lo que no es posible ordenar el pago de la indemnización administrativa por medio de la acción constitucional.

Para empezar, es necesario recordar que los artículos 13º y 25º, numeral 6º de la legislación en cita, señalaron pautas claras sobre el

tratamiento diferencial y preferente que debe darse a la población víctima del conflicto armado interno que presentan condiciones de especial vulnerabilidad, bien sea por cuestiones de la edad, género, orientación sexual o situación de discapacidad que no les permite estar en igualdad de condiciones frente a las demás víctimas y por consiguiente, requieren atención especial y prioritaria por parte del Estado:

“ARTÍCULO 13. ENFOQUE DIFERENCIAL. *El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque.*

El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de Derechos Humanos y víctimas de desplazamiento forzado.

Para el efecto, en la ejecución y adopción por parte del Gobierno Nacional de políticas de asistencia y reparación en desarrollo de la presente ley, deberán adoptarse criterios diferenciales que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de estos grupos poblacionales.

Igualmente, el Estado realizará esfuerzos encaminados a que las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes.

(...)

ARTÍCULO 28. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. *Las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley, tendrán entre otros los siguientes derechos en el marco de la normatividad vigente:*

6. Derecho a que la política pública de que trata la presente ley, tenga enfoque diferencial”.

Lo anterior, exige que, para materializar la reparación integral de las víctimas a través de la indemnización administrativa, la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas debe contar con un procedimiento administrativo donde se

establezcan los requisitos y etapas, con observancia del enfoque diferencial.

Sin embargo, resoluciones como la No. 01958 de 2018, no contaban con una ruta clara para que las víctimas pudieran acceder a la indemnización administrativa, al no contemplar plazos aproximados para el reconocimiento, orden de ejecución y pago de la misma, motivo por el cual, la Honorable Corte Constitucional, mediante autos No. 206 de 2017 y 331 de 2019, ordenó a la entidad adoptar medidas efectivas para contrarrestar el bloqueo inconstitucional advertido, diseñando un nuevo procedimiento donde se señalara expresamente, en primer lugar, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se iba realizar la evaluación de priorización del núcleo familiar de la víctima, seguido de la definición del plazo razonable para hacer efectivo el pago de la medida y en los casos donde no fuera priorizado, el establecimiento de los términos bajo los cuales las personas desplazadas accederían a los recursos, esto es, señalando los plazos aproximados y el orden en que se ejecutarían.

En cumplimiento de la orden, fue expedida la Resolución No. 01049 del 15 de marzo de 2019, en donde se creó un nuevo procedimiento administrativo para acceder a la indemnización sustitutiva, el cual consta de cuatro fases referentes a i) la solicitud de indemnización administrativa, ii) análisis de la solicitud, iii) respuesta de fondo de la solicitud y iv) entrega de la medida de indemnización, en donde se prioriza la población objeto del enfoque diferencial.

Dicho lo anterior, se encuentra que para el caso concreto el señor CÉSAR ECHAVARRÍA está en la última etapa, donde, además, se infiere que ya ha superado Método Técnico de Priorización, a través

del cual se determina si se encuentra en alguna condición de vulnerabilidad que le permita acceder de manera preferente a la indemnización administrativa, pues, según la impugnación presentada, manifiestan que *“...se evidencia que el señor CESAR ECHAVARRIA está inmerso en un criterio de priorización, y en atención a ello, la unidad debe realizar la correspondientes validaciones y verificaciones con el fin de emitirle pronunciamiento de fondo acerca del pago de la indemnización toda vez que se debe tener en presente la disponibilidad presupuestal con la que cuenta la entidad. ...”*

Sin embargo, es importante tener en cuenta que no basta con haber superado cada una de las etapas y fases del procedimiento administrativo establecido para la indemnización sustitutiva de las víctimas, pues, el pago de dicha indemnización está sujeto, en primer lugar, a la priorización de la población más vulnerable en cada vigencia fiscal.

Es por esta razón que la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas debe informar el estado actual de la solicitud de indemnización presentada por el actor, ya que dio con criterio de priorización para la vigencia 2022, según respuesta emitida al accionante el 10 de agosto de 2022.

Queda claro que la acción de tutela es procedente excepcionalmente para reclamar el pago de la indemnización por ser víctima de desplazamiento forzado, tema que fue tratado en la sentencia T-386-18 M.P. Dr. Luís Guillermo Guerrero Pérez, donde expresó:

“...Cumplido el requisito establecido, la UARIV deberá asignar el turno GAC² con la finalidad de que se haga entrega de la ayuda humanitaria o indemnización administrativa a que tiene derecho la víctima.

No obstante lo anterior, existe la posibilidad de priorizar la asignación de indemnizaciones administrativas situación que debe ser analizada dependiendo de cada caso en concreto, toda vez que una orden de este tipo conlleva a un desconocimiento de los derechos de las demás personas que esperan recibir los beneficios establecidos en el ordenamiento legal.

(...)

Por lo anterior, la señora Rincón Álvarez solicitó a la UARIV la asignación del turno GAC y la priorización de la indemnización administrativa por ser víctima del delito de desplazamiento, como consecuencia del conflicto armado.

(...)

En el presente caso, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional resuelve la acción de tutela promovida por la ciudadana Yurany Masyerlín Rincón Álvarez contra la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

La accionante invocó la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, la entrega de ayuda humanitaria y el debido proceso, toda vez que la entidad accionada se rehusó a asignarle el turno GAC y a hacer entrega la indemnización administrativa a que tiene derecho, por haber sido víctima del punible de desplazamiento forzado, situación que le fue reconocida por la UARIV mediante la Resolución No 2014-496486 del 14 de enero de 2014, argumentando que los hechos victimizantes tuvieron como causa “*violencia generalizada*” y actuaciones relacionadas con el conflicto armado.

(...)

Igualmente, esta Corporación señaló que las solicitudes de indemnización administrativa y reparación integral que se presenten después de la entrada en vigencia de la Ley 1448 de 2011, deberán ser resueltas de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4800 de 2011³

En este sentido, como ya se expresó, la solicitudes seguirán los procedimientos establecidos en el Decreto 4800 de 2012 para la entrega de la indemnización administrativa.

En el caso particular, es claro que la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas no respondió de fondo la solicitud elevada por la accionante, por lo que se hace necesario deprecar el amparo de los derechos fundamentales⁴.

(...)

Como consecuencia fue incluida en el RUV, situación que llevó a que la accionante solicitara la asignación del turno GAC y la priorización en la

² El turno GAC se le entrega a las personas a las cuales les será reconocida la indemnización administrativa, con la finalidad de establecer un orden determinado para cumplir con esta obligación por parte de la UARIV. El señalado turno puede ser priorizado si se cumple con los requisitos establecidos en la Ley 1448 de 2011.

³ Sentencia SU-254 de 2013.

⁴ Ver sentencia T-142 de 2017.

entrega de la indemnización administrativa, la cual fue negada desconociendo el acto administrativo emitido por la UARIV.

Por lo anterior, no es dado que la UARIV desconozca la Resolución No 2014-496486 del 14 de enero de 2014, por la cual reconoció la condición de víctima de desplazamiento forzado de la ciudadana Yurany Masyerlín Rincón Álvarez como consecuencia del conflicto armado y, ordenará a la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas que en el término de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, asigne el turno GAC a la señora Rincón Álvarez, con la finalidad que esta última reciba la indemnización administrativa a que tiene derecho como víctima del conflicto...”

De lo anterior, la Sala encuentra que en efecto el A quo no fue acertado en ordenar el pago de la indemnización administrativa por desplazamiento forzado al accionante, por cuanto la acción de tutela no está instituida para tal orden, además, desconociendo al resto de víctimas que se encuentran en el mismo trámite y estadio que el accionante, pero claro está que la entidad accionada no dio respuesta de fondo, clara y precisa al accionante, ya que si se debe indicar con claridad el estado en que se encuentra la solicitud de pago de la indemnización al accionante ya que como lo indicaron en la impugnación el señor Echavarría acreditó un criterio de priorización para el año 2022.

Se itera que debido a la falta de recursos para otorgar la indemnización a cantidades exorbitantes de víctimas del conflicto armado interno, se debe priorizar en cada vigencia fiscal a las personas que se encuentran en un estado de extrema vulnerabilidad, tal y como se estableció desde la Ley 1448 de 2011, en donde se advertía de entrada la importancia del enfoque diferencial, a través del cual, se desarrolla el derecho a la igualdad, pues, debido al paso del tiempo que pueda haber transcurrido desde el hecho victimizante, es de anotar que desde el 23 de septiembre de 2020 ya estaba reconocido como víctima al señor Echavarría y su grupo familiar por el hecho de desplazamiento forzado y en el

cuál se ordenó la aplicación del método técnico de priorización, y hasta la fecha no se le ha dado una respuesta de fondo a lo peticionado desde el 28 de marzo y reiterada el 26 de junio 28 de junio de 2023, es de anotar que el reclamante cuenta con urgencia para su reparación administrativa, ya que es una persona con discapacidad cognitiva y fuera de eso cumple con el requisito de la edad para ser priorizado, confirmado por la misma entidad, pero dicha respuesta no fue informada al accionante ni mucho menos le indicaron si va a hacer priorizado, información que fue aportada por él en la petición realizada el 28 de marzo y reiterada el 26 de junio de 2023 corrigiendo la inconsistencia presentada con respecto a su hijo.

Teniendo en cuenta que se deja en incertidumbre la eventual respuesta de fondo de la Entidad y si bien no son desconocidas las dificultades de índole administrativo con las que cuenta la Unidad, sería del caso que por lo menos se indicara una fecha razonable y probable de respuesta sobre la indemnización administrativa al señor CÉSAR ECHAVARRÍA, o al menos indicarle que como fue priorizado cual es el procedimiento que debe esperar para lograr la indemnización administrativa.

En ese orden de ideas, se revocará el numeral segundo del fallo de primera instancia y en lugar se ordenará a la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas –UARIV-, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, debe dar respuesta de fondo a lo petición enviada por el accionante el 28 de marzo y reiterada el 26 de junio de 2023.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA el numeral segundo del fallo de primera instancia y en lugar se ordena a la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas –UARIV-, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, debe dar respuesta de fondo a lo petición enviada por el accionante el 28 de marzo y reiterada el 26 de junio de 2023, en lo demás se confirma el fallo.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(EN PERMISO)
LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
Magistrado

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

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: **1a18edce42caa34d7960dc99af43e5f38f6a11e0ce3e9fac7f6c8f925fdd427**

Documento generado en 22/09/2023 09:24:33 AM

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

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



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

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

Rad. CUI	0568 6318 9001 2022 00091
Rad. Interno	2023-0528-4
Delito	Homicidio
Procesado	Jairzinho Vega Bamba Fabián Andrés López Agudelo Gabriel Alberto Maya Flórez
Asunto	Auto preclusión
Decisión	Decreta nulidad

Aprobado mediante Acta No. 326 de la fecha.

M.P. Isabel Álvarez Fernández

ASUNTO

Sería del caso, pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, contra el auto proferido el 16 de marzo de 2023 por medio del cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos – Antioquia, accedió a la petición de la defensa y decretó la preclusión de la investigación por prescripción, sino fuera porque se advierte que, en el marco de la diligencia se incurrió en una irregularidad procesal que, solamente puede ser enmendada con la declaratoria de nulidad.

HECHOS

Rad. CUI	0568 6318 9001 2022 00091
Rad. Interno	2023-0528-4
Delito	Homicidio
Procesado	Jairzinho Vega Bamba y otros.
Asunto	Auto preclusión
Decisión	Decreta nulidad

Fueron narrados en la resolución de acusación de la siguiente manera:

“Hacia la media noche del día 27 de mayo de 2002, la unidad militar que se encontraba bajo el mando del SS. Vega Gamba Jairzinho, estaba ejerciendo control por el proceso electoral de esa fecha, en el corregimiento de Aragón, municipio de Santa Rosa de Osos (Antioquia) y hacia las primeras horas del día, disparó sus armas de dotación contra los ocupantes del vehículo DAIHATZU, de placas LEE-781, en su decir porque escucharon gritos de una mujer y creyeron que se trataba de un presunto secuestro; luego de llegar al lugar donde se encontraba el vehículo y sus ocupantes, éstos habrían salido rápidamente, que les gritaron alto, que no se detuvieron ante lo cual los persiguieron y a la altura del puente Aragón, indican que fueron hostigados desde un cerro, que por esto accionaron sus armas de dotación, generando la reacción, que arrojó como resultado la muerte del particular ADRIÁN LEANDRO MEDINA MEDINA y resultando lesionados los particulares JADER MOLINA CABALA, LUIS ALFONSO ECHAVARRÍA ARBOLEDA y MAURICIP ALBERTO GONZÁLEZ CORREA...”

El 21 de agosto de 2004 el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar ordenó la apertura de la investigación penal por los delitos homicidio y lesiones personales.

El 28 de enero de 2006 resolvió de forma provisional la situación jurídica del Sargento Segundo Vega Jairzinho absteniéndose de imponer medida de aseguramiento y, el 22 de agosto de esa misma anualidad, resolvió en igual sentido con dos militares presuntamente implicados también en esos hechos, esto es Fabián López Agudelo y Gabriel Alberto Maya Flores.

La Fiscalía 11 Penal Militar calificó el mérito sumario y el 12 de agosto de 2011 ordenó la Cesación del Procedimiento en favor de los tres investigados. Esa determinación fue objeto de apelación por la delegada del Ministerio Público y, el 24 de agosto de 2011, la Fiscalía Segunda ante el Tribunal Militar revocó de manera íntegra la decisión y en su lugar, profirió Resolución de Acusación

Rad. CUI	0568 6318 9001 2022 00091
Rad. Interno	2023-0528-4
Delito	Homicidio
Procesado	Jairzinho Vega Bamba y otros.
Asunto	Auto preclusión
Decisión	Decreta nulidad

por el concurso material heterogéneo y sucesivo de los delitos de homicidio y lesiones personales.

Posteriormente, esto es, el 29 de noviembre de 2011, el Juzgado Octavo de Instancia Penal Militar se abstuvo de convocar a corte marcial y remitió las diligencias a la Unidad Seccional de Fiscalías de Santa Rosa de Osos.

La investigación fue asignada a la Fiscalía 106 Especializada CVDH y, teniendo en cuenta que ya reposaba una resolución de acusación ejecutoriada, el 25 de mayo de 2022 remitió el expediente al Juzgado Penal de Circuito de Santa Rosa de Osos para lo de su competencia.

El 13 de julio de 2022 el prenombrado despacho avocó conocimiento de las diligencias, realizándose la audiencia preparatoria el 16 de marzo de 2023.

DE LA DECISIÓN ADOPTADA

En el marco de la audiencia preparatoria, por solicitud de la Defensa, la titular del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Osos decretó la prescripción de la actuación.

Allí indicó que, para la fecha de los hechos, 27 de mayo de 2022 se encontraba vigente la ley 599 de 2000 y, los punibles que se investigan son de ejecución instantánea por lo que, el término de prescripción de 20 años comenzaría a correr a partir de ese momento.

Rad. CUI	0568 6318 9001 2022 00091
Rad. Interno	2023-0528-4
Delito	Homicidio
Procesado	Jairzinho Vega Bamba y otros.
Asunto	Auto preclusión
Decisión	Decreta nulidad

Recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 del Código Penal la prescripción de la acción se interrumpe con la resolución de acusación y que de allí empieza a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 10 años.

En el caso en concreto, la resolución de acusación se emitió el 24 de agosto de 2011 y quedó ejecutoriada el 03 de octubre de 2011; este acto procesal interrumpió el término de prescripción, el cual inició nuevamente esa fecha por el término de 10 años. Conforme con ello, la acción penal prescribió el 03 de octubre de 2021.

Finalmente indicó que, si bien se acusó por el delito de homicidio simple, del recuento de la investigación se podría afirmar que se trató de la presunta comisión de los punibles de homicidio y lesiones personales en persona protegida razón por la cual de cara a las modificaciones incorporadas por la Ley 1564 de 2007 se trataría de punibles que prescriben en 30 años o que, incluso pueden tildarse como imprescriptibles; pero en su criterio no es posible tener en cuenta esa modificación porque la nueva norma fue expedida con posterioridad a la comisión de la conducta punible.

DE LA APELACIÓN

Frente a la decisión, la delegada fiscal interpuso recurso de apelación.

Indicó que se desconoció la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia que ha dicho que, para los servidores publicos el término

Rad. CUI	0568 6318 9001 2022 00091
Rad. Interno	2023-0528-4
Delito	Homicidio
Procesado	Jairzinho Vega Bamba y otros.
Asunto	Auto preclusión
Decisión	Decreta nulidad

de prescripción puede superar los 20 años, ello fue indicado entre otras en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia AP2391 de 2021 Radicado 58158 y SP9148 de 2015 Radicado 47595; y teniendo en cuenta que, para la fecha de los hechos los procesados estaban adscritos al Ejército Nacional, es claro que, debe aumentarse el término de prescripción y por lo tanto deberá revocarse la decisión adoptada, pues el término no estaría superado.

Adicionalmente, dados los factores objetivos y subjetivos del caso debe tenerse en cuenta que, el presente asunto no corresponde a la justicia ordinaria sino de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz; razón por la cual los jueces no pueden tomar decisiones de poner fin a la acción penal so pena de incurrir en todas las sanciones a las que haya lugar, máxime cuando se trata de delitos de lesa humanidad que son imprescriptibles.

Independientemente si se trata de delito de homicidio o homicidio en persona protegida, se tiene que fue un punible cometido en razón del conflicto y por una parte combatiente, en este caso, el Ejército Nacional y, actualmente no se tiene noticia si la JEP ya asumió competencia de conformidad con el artículo 79 de la ley 1857 de 2017 en su literal 4.

Solicita la revocatoria de la decisión y la remisión del expediente a la Jurisdicción Especial para la Paz para que, sea allí donde se ventilen todas las pretensiones tanto por el ente acusador como por la defensa.

TRASLADO NO RECURRENTE

Rad. CUI	0568 6318 9001 2022 00091
Rad. Interno	2023-0528-4
Delito	Homicidio
Procesado	Jairzinho Vega Bamba y otros.
Asunto	Auto preclusión
Decisión	Decreta nulidad

DEFENSA

La justicia ordinaria es la competente para resolver el asunto puesto que, la Fiscalía Delegada ha realizado varias solicitudes ante la Jurisdicción Especial para la Paz con miras a verificar la admisión de los procesados, pero ni siquiera ha recibido respuesta.

Su prohijado en el momento en que se profirió resolución de acusación no ostentaba la calidad de militar, de servidor público y, en razón de ellos no puede debatirse los aspectos consagrados en la Ley 1857 de 2017.

Solicita que por celeridad, legalidad, igualdad, economía procesal y favorabilidad se mantenga la decisión impugnada pues de conformidad con el término previsto en la norma, la actuación ya se encuentra prescrita.

CONSIDERACIONES

Con el propósito de poner fin al conflicto armado en Colombia y materializar el derecho-deber supremo de todos los colombianos a la paz, el 24 de noviembre de 2016, el presidente de la República y las FARC EP suscribieron el *“Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”*.

El Acto Legislativo 01 de 2017, establece parámetros necesarios para la aplicación del tratamiento preferente que debe darse a las investigaciones producidas en razón del conflicto armado en Colombia. El art. 5 transitorio estipula que la J.E.P conocerá, de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva, las conductas cometidas con anterioridad al 1º de

Rad. CUI	0568 6318 9001 2022 00091
Rad. Interno	2023-0528-4
Delito	Homicidio
Procesado	Jairzinho Vega Bamba y otros.
Asunto	Auto preclusión
Decisión	Decreta nulidad

diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo.

Por su parte, la Ley 1922 de 2018, adoptó las reglas de procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, por medio de las cuales han de encausarse todas las actuaciones adelantadas en disfavor de los comparecientes. Del texto normativo se resalta que será la Sala de Situaciones Jurídicas, la que deba realizar los análisis a las actuaciones que lleguen a dicha especialidad, partiendo del cumplimiento de los presupuestos básicos que se han venido dando a conocer en disposiciones normativas anteriores.

En el asunto en concreto, una vez se corrió el traslado de que trata el artículo 400 de 2000, la Delegada de la Fiscalía mediante correo electrónico del 22 de septiembre de 2022 puso de presente la necesidad de establecer si los procesados habían acudido o no ante la Jurisdicción Especial para la Paz pues en su sentir, los hechos que se investigan cumplen con todos los requisitos para su remisión ante ese el organismo que administra el proceso de paz con las FARC y otros grupos armados en Colombia.

En su escrito, manifestó la importancia de establecer la situación jurídica de cada uno ante esa institución *“lo anterior, teniendo en cuenta la competencia preferente de la JEP para conocer el presente caso de conformidad con la Ley 1957 de 2019 y sus sentencias de constitucionalidad C-080 y C-025 de 2018”*¹

¹ PDF N° 18 del Expediente digital

Rad. CUI	0568 6318 9001 2022 00091
Rad. Interno	2023-0528-4
Delito	Homicidio
Procesado	Jairzinho Vega Bamba y otros.
Asunto	Auto preclusión
Decisión	Decreta nulidad

En el marco de la audiencia celebrada el 16 de marzo de 2023, la primera instancia indicó que, pese a que el ente acusador elevó tal solicitud en el término correspondiente, el Despacho aún no había librado los oficios para establecer esa situación, sin embargo, aseguró que, se procedería a emanar las comunicaciones a las que hubiere lugar con miras a determinar ese aspecto.

Acto seguido, sin más consideraciones sobre esa situación, se pronunció sobre las solicitudes de la Defensa, entre ellas, la correspondiente a la prescripción de la acción penal, accediendo a tal pedimento que pone fin al proceso.

En criterio de la Sala, la dirección de los problemas jurídicos puestos de presente fue incorrecta, pues es claro que, la juez A quo primero debía atender el objeto jurídico alusivo a la definición de la competencia que se le elevó y sólo superado ese aspecto y determinando que ella era competente para conocer de la actuación, se encontraría habilitada para continuar con el análisis de los otros planteamientos puestos de presente por el abogado defensor.

Resulta entonces incoherente que, primero se emita una decisión de preclusión de la investigación penal –*como sucedió en este evento*– y que, de forma posterior se libren los oficios correspondientes para determinar cuál es la autoridad competente, y de contera la legitimada para resolver sobre ese asunto.

De esta manera la judicatura incurrió en una anomalía procesal que terminó afectando el debido proceso y que debe ser enmendada en este estadio procesal, no quedando otro remedio

Rad. CUI	0568 6318 9001 2022 00091
Rad. Interno	2023-0528-4
Delito	Homicidio
Procesado	Jairzinho Vega Bamba y otros.
Asunto	Auto preclusión
Decisión	Decreta nulidad

que, decretar la nulidad de la diligencia de que trata el artículo 401 de la Ley 600 de 2000 para que, se emita un pronunciamiento sobre la proposición del conflicto de competencia entre jurisdicciones, a la cual hizo alusión la delegada de la Fiscalía desde el escrito allegado al despacho en el mes de septiembre de 2022.

La Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos ha destacado el carácter de *última ratio* propio del instituto de las nulidades, ya que la aplicación de este medio correctivo de la actuación procesal, debe estar orientado a subsanar irregularidades sustanciales percibidas en el proceso penal que afectan de manera directa el derecho de defensa, el debido proceso, o la competencia.

En el presente caso, resulta necesario recurrir a este remedio extremo pues, para emitir la decisión de preclusión por prescripción debía previamente haberse resuelto el problema jurídico de la competencia, es un asunto que tiene relación directa con el principio del juez natural que debe regir las actuaciones procesales y que tanto se pregona en el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Ley 600 de 2000.

Adicionalmente se cumplen con todos los presupuestos que rigen el instituto de las nulidades, especialmente el de trascendencia pues, la juez de primera instancia adoptó una decisión que pone fin al proceso sin verificar si ella era la competente para emitir ese pronunciamiento.

Y ello, porque en caso de establecerse que, el proceso debe radicarse ante la Jurisdicción Especial, sería ésta la que deba

Rad. CUI	0568 6318 9001 2022 00091
Rad. Interno	2023-0528-4
Delito	Homicidio
Procesado	Jairzinho Vega Bamba y otros.
Asunto	Auto preclusión
Decisión	Decreta nulidad

emitir una determinación sobre los planteamientos elevados por el apoderado judicial de los encausados y no, la Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos.

Conforme con ello, se procederá a declarar la nulidad de la diligencia celebrada el 16 de marzo de 2023 para que, de conformidad con las respuestas a los oficios librados se resuelva la petición elevada por la delegada del ente fiscal en el marco del traslado de que trata el artículo 400 de la normativa procesal vigente para el momento de los hechos.

En caso de no haberse llegado aún la respuesta a los requerimientos efectuados por la A quo, deberán reiterarse con carácter de **urgente y prioritario**, teniendo en cuenta que, este es un asunto donde se está discutiendo la prescripción de la acción penal.

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

RESUELVE

DECRETAR la nulidad de la audiencia celebrada el 16 de marzo de 2023 para que, se resuelva en primer lugar el pedido de definición de competencia realizado por la delegada fiscal desde el 22 de septiembre de 2022, en el marco del trámite de que trata el artículo 400 de la ley 600 de 2000.

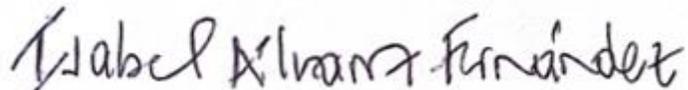
Se retornan las diligencias al Despacho de para que, continúen con el trámite procesal, en los términos ya indicados.

Rad. CUI 0568 6318 9001 2022 00091
Rad. Interno 2023-0528-4
Delito Homicidio
Procesado Jairzinho Vega Bamba y otros.
Asunto Auto preclusión
Decisión Decreta nulidad

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,


ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ



RENÉ MOLINA CÁRDENAS


GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Radicado : 2023-1010-4
CUI : 13001318700220170199
Acusado : Andrés Felipe Rangel Montoya
Delito : Homicidio
Decisión : Se abstiene de resolver

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta No. 323.

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Sería del caso emitir la decisión que en derecho corresponda respecto al recurso de apelación interpuesto por el señor **Andrés Felipe Rangel Montoya** frente al auto Nro. 3442 emitido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el pasado 21 de diciembre de 2022, el cual atendió de manera desfavorable solicitud de permiso para salir de su residencia para realizar actividades deportivas, sino fuera porque se advierte carencia actual de objeto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El señor **Andrés Felipe Rangel Montoya** quien se encontraba descontando pena en su lugar de domicilio, elevó solicitud de permiso ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia con miras a que, se le permitiera salir

Radicado	2023-1010-4
CUI	13001318700220170199
Acusado	Andrés Felipe Rangel Montoya
Delito	Homicidio
Decisión	Se abstiene de resolver

de su residencia en un horario de 8:00 a.m. a 10:00 a.m., para realizar actividad física, ello de acuerdo a la recomendación brindada por su psiquiatra.

Esa solicitud fue resuelta mediante auto Nro. 3442 del 21 de diciembre de 2022, a través de la cual el prenombrado despacho, negó la procedencia de tal requerimiento indicando entre otras razones que, el permiso para salir del lugar de residencia sólo procedía para laborar y estudiar, sin contemplar la posibilidad de conceder permisos especiales para adelantar diligencias personales.

Frente a esa determinación el sentenciado interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación.

Mediante auto 1020 del 03 de mayo de 2023 el despacho ejecutor decidió mantenerse en su decisión, no reponer la providencia cuestionada y en su lugar, conceder el recurso de apelación propuesto ante esta Corporación, allegándose las diligencias el 08 de junio de 2023.

Encontrándose el expediente en turno para ser estudiado, se recibió comunicación emanada por parte del Despacho Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, a través de la cual indicaba que, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales (Caldas), fallador dentro de las presentes diligencias y, fungiendo como segunda instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 478 de la ley 906 de 2004, otorgó libertad condicional al sentenciado desde el 01 de agosto de 2023.

Radicado	2023-1010-4
CUI	13001318700220170199
Acusado	Andrés Felipe Rangel Montoya
Delito	Homicidio
Decisión	Se abstiene de resolver

Conforme con ello resulta innecesario emitir una decisión sobre el recurso de apelación interpuesto frente a la negativa del permiso para salir de su residencia para realizar actividades deportivas pues, el encausado ya se encuentra disfrutando del beneficio de la libertad condicional.

Por lo anterior, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento en el presente asunto.

Como acotación final, es menester indicar que, si bien la suscrita Magistrada ponente, profirió en el mes de diciembre de 2022, la decisión que se cuestionaba por el sentenciado, lo cierto es que, al evidenciarse carencia actual de objeto, no hay lugar a declarar el impedimento, pues de ninguna manera se hace necesario un estudio de fondo de la decisión adoptada.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de decidir de fondo sobre el recurso de apelación interpuesto por el señor **Andrés Felipe Rangel Montoya** frente al auto 3442 emitido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el pasado 21 de diciembre de 2022, el cual atendió de manera desfavorable solicitud de permiso para salir de su residencia.

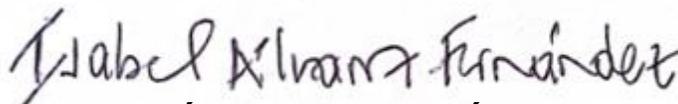
En consecuencia, **SE DISPONE** que, por Secretaría de la Sala, se efectúe la comunicación a la parte interesada. Se proceda con la

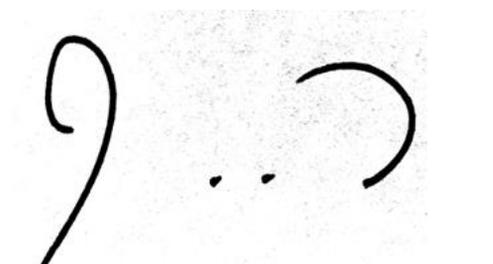
Radicado 2023-1010-4
CUI 13001318700220170199
Acusado Andrés Felipe Rangel Montoya
Delito Homicidio
Decisión Se abstiene de resolver

remisión de las diligencias ante el Juzgado que, actualmente tiene a su cargo las diligencias y se comunique al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia de la presente determinación.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,


ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ


RENÉ MOLINA CÁRDENAS


GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

No. Interno : 2023-1578-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04002 2023 00082 01
Accionante : Zully Johanna Jaramillo López
Accionadas : Nueva EPS y AFP Colpensiones

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

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

N° Interno : 2023-1578-4
Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado : 05 615 31 04002 2023 00082 01
Accionante : Zully Johanna Jaramillo López
Accionadas : Nueva EPS y AFP Colpensiones
Decisión : **Confirma**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta No. 324.

M.P. ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Ant.), por medio de la cual se concedió el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y salud de la señora **Zully Johanna Jaramillo López**; diligencias en las que figuran en calidad de accionadas, la Nueva Eps y la Administradora Colombiana de Pensiones -*COLPENSIONES*-.

ANTECEDENTES

Los hechos objeto de la presente acción fueron resumidos por el *A quo* de la siguiente forma:

No. Interno : 2023-1578-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04002 2023 00082 01
Accionante : Zully Johanna Jaramillo López
Accionadas : Nueva EPS y AFP Colpensiones

“Indicó la accionante tener 25 años de edad, diagnosticada con “ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA EC 5D POR UROPATÍA OBSTRUCTIVA; HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA; TRASPLANTE RENAL”. Por ese diagnóstico le han enviado en repetidas ocasiones incapacidades laborales, las cuales han sido rechazadas en todo momento por la accionada argumentando que no procede la transcripción de incapacidades ya que presenta una pérdida de capacidad laboral igual o mayor al 50%, adquiriendo el estatus de invalidez por riesgo común a cargo de la administradora de fondo de pensiones. Aclara que, pese a lo manifestado por la entidad, no ha adquirido la pensión y sigue presentando problemas de salud.

La accionante afirma que con la conducta de la entidad le está negando su derecho fundamental al mínimo vital, situación que la tiene muy afectada, pues actualmente no puede laborar y no cuenta con recursos propios, ni los recibe de ninguna entidad o persona, mediante lo cual se pueda procurar su propia subsistencia y la de su hija.

A la fecha le adeudan las incapacidades de fechas:

25-03-2021 hasta el 23-04-2021

25-04-2021 hasta el 24-05-2021

25-05-2021 hasta el 23-06-2021

09-09-2022 hasta el 08-10-2022

03-04-2023 hasta el 02-05-2023

El 19 de mayo de 2023 solicitó el pago de las incapacidades que se le adeudan, sin obtener respuesta.

Solicita que se ordene a NUEVA EPS dar respuesta de fondo, clara, pertinente y atinente a su derecho de petición del 19 de mayo de 2023.”

No. Interno : 2023-1578-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04002 2023 00082 01
Accionante : Zully Johanna Jaramillo López
Accionadas : Nueva EPS y AFP Colpensiones

En ese orden de ideas, solicitó al despacho que en atención a su derecho fundamental de petición se le pague inmediatamente las incapacidades adeudadas.

DEL FALLO IMPUGNADO

El juzgado de instancia, concedió el amparo solicitado y, en efecto, dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la SALUD y MÍNIMO VITAL de la señora ZULLY JOHANNA JARAMILLO LÓPEZ, de datos ya indicados.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, se ordena a NUEVA EPS que emita respuesta de fondo acerca de la solicitud de pago de incapacidades por los periodos señalados.

Así mismo, se ordena a las entidades COLPENSIONES y NUEVA EPS, que, de generarse más incapacidades en favor de la actora, se realice el pago de las mismas conforme corresponda.

(...)

A la anterior conclusión llegó el fallador primario luego de analizar las respuestas de las accionadas, quienes informaron, entre otras cosas, que se había reiniciado el conteo de la incapacidad, por lo que no era posible deducir si los periodos del 9 de junio al 8 de julio de 2022 y del 3 de abril al 2 de mayo de 2023 estarían ubicados en los primeros 180 días de incapacidad o se generaron luego de transcurridos los 540 días, lo que sí se conocía es que la accionante no goza actualmente de pensión de invalidez.

Es por ello, que limita el amparo constitucional a que la Nueva Eps le responda el derecho de petición a la accionante, pero va mas allá, al ordenarle a las dos accionadas

No. Interno : 2023-1578-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04002 2023 00082 01
Accionante : Zully Johanna Jaramillo López
Accionadas : Nueva EPS y AFP Colpensiones

que, en adelante, realicen los pagos oportunamente a la señora **Jaramillo López**, según corresponda.

DE LA IMPUGNACIÓN

Señala Nazly Yorleny Castillo Burgos, en calidad de Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, que la accionante no ha radicado solicitud de pago de incapacidades ante esa entidad; como si ello fuera poco, destaca que, el 8 de febrero de 2022, se informó a la señora **Zully Johanna Jaramillo López** que COLPENSIONES no tenía a su cargo el pago de incapacidades en su favor, teniendo en cuenta que a la fecha no había superado los 180 días continuos de incapacidad, puesto que el conteo se reinició el 25 de marzo de 2021.

Adicionalmente, informó que la Eps accionada “emitió concepto de rehabilitación *DESFAVORABLE*, que data del 26 de julio del 2021... Consecuentemente, se inició el trámite de calificación emitiéndose Dictamen donde se le otorgó un PCL de 71% y fecha de estructuración 17 de julio del 2015.

En correspondencia con el anterior dictamen, el actor procedió a realizar la solicitud del reconocimiento de la pensión por invalidez el pasado 8 de mayo del 2023, en el radicado: 2023_6778329 el cual se encuentra en término de respuesta.

Así las cosas, se evidencia que COLPENSIONES no está vulnerando los derechos fundamentales de la ciudadana y, se solicita se tengan en cuenta los argumentos jurídicos planteados a continuación.”

Adicional a lo anterior, asegura que en este caso la actora pretende desnaturalizar la acción de tutela, un proceso

No. Interno : 2023-1578-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04002 2023 00082 01
Accionante : Zully Johanna Jaramillo López
Accionadas : Nueva EPS y AFP Colpensiones

caracterizado por la inmediatez y subsidiaridad, para el reconocimiento y pago de incapacidades, invadiéndose la órbita del juez ordinario y su autodomínio, pero además excediendo las competencias del juez constitucional, en la medida que no se probó vulneración de derechos fundamentales, ni la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable proteger derecho alguno.

Por lo anterior, solicita que se revoque el fallo de primera instancia, como quiera que la tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991 así como tampoco se demostró que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante ya que está actuando conforme a derecho.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el Juez a quo tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

De otro lado, esta Corporación tiene la competencia para pronunciarse conforme a lo previsto por el artículo 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, al tener la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

Caso concreto

No. Interno : 2023-1578-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04002 2023 00082 01
Accionante : Zully Johanna Jaramillo López
Accionadas : Nueva EPS y AFP Colpensiones

El problema jurídico que debe resolver la Sala se contrae a determinar si hubo acierto y legalidad en la decisión de primera instancia que dispuso tutelar el derecho fundamental reclamado por la accionante, o si, era procedente emitir una orden específica de pago de incapacidades.

Conforme a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y de los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, la acción de tutela es el mecanismo de protección constitucional de los derechos fundamentales, del cual puede hacer uso cualquier ciudadano cuando se vulneren o amenacen tales derechos por parte de una autoridad pública, o de un particular, en los casos previstos por la ley, mecanismo que tiene como finalidad que jurídicamente y de manera inmediata y eficaz se protejan los derechos, por ello, se consagró un procedimiento especialmente ágil.

El debate en primera instancia no se ciñó a lo atinente a la legitimación en la causa por activa y pasiva, puesto que, fue instaurada por quien de manera directa se ha visto afectada ante el no pago de las incapacidades; además, fue integrado el contradictorio con las entidades que probablemente a su cargo tendrían el pago de esa prestación económica.

El criterio de inmediatez en principio se observa desconocido por la accionante, quien sin mayores argumentos reclama que se le cancelen incapacidades que datan del año 2021, por lo que, de manera acertada el fallador primario explicó que de

No. Interno : 2023-1578-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04002 2023 00082 01
Accionante : Zully Johanna Jaramillo López
Accionadas : Nueva EPS y AFP Colpensiones

ordenarse algún pago sería respecto de la incapacidad que comprende el periodo del 3 de abril a 2 de mayo de 2023.

De otra parte, fue suficientemente ilustrado en la sentencia confutada que, la Acción de tutela es un mecanismo excepcional por lo que no en todos los casos es acertado echar mano de este medio para asegurar el respeto de los derechos fundamentales; sin embargo, se dirá que, de ella sólo puede hacer uso el afectado, cuando, analizado el caso concreto, no tenga a su alcance otro mecanismo legal de protección oportuna para su derecho, o de tenerlo, se encuentre en la hipótesis de peligro irremediable que hace inviable el mecanismo así formalmente se cuente con él, caso éste último en el cual la tutela se presenta como mecanismo transitorio de protección mientras se acude a la vía legal ordinaria.

Para que la acción de tutela prospere, es necesario analizar en cada caso los siguientes aspectos:

- 1. Que el derecho cuya protección se demanda sea derecho fundamental.*
- 2. Si ha sido vulnerado o amenazado el derecho cuya protección se demanda, incluso otros derechos fundamentales no citados por el accionante.*
- 3. Cuenta el afectado con otros medios de defensa judicial, idóneo y efectivos que le permitan proteger debidamente el derecho vulnerado o amenazado.*

4. *En el evento de contar con mecanismos de defensa diferentes a la tutela, se encuentre en la hipótesis de perjuicio irremediable que hace posible la acción como mecanismo de protección transitoria.*

Además, tal y como lo ha establecido la H. Corte Constitucional, el exámen de subsidiariedad de la acción constitucional debe establecerse a partir de un análisis exhaustivo del panorama fáctico que sustenta la pretensión de amparo.

En lo que tiene que ver con la asignación legal y jurisprudencial que se ha dado para que las entidades promotoras de salud, aseguradoras de riesgos laborales y fondos de pensiones realicen el pago de incapacidades, se expondrá el siguiente cuadro con el que la Corte Constitucional clarifica el asunto:

1

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, la accionante postula el reconocimiento de su derecho fundamental de petición materializado en el pago de las incapacidades médicas que reclamó ante la Nueva Eps; como prueba allega copia de la

1 Corte Constitucional. T – 265 de 2022.

petición radicada el 18 de mayo de 2023, en las que relaciona 5 periodos adeudados, copia de la cédula de ciudadanía, pantallazo de incapacidades generadas y certificado de afiliación a la AFP Colpensiones.

Las respuestas aportadas por las partes complementan el conocimiento respecto a algunos hechos, entre los que se destaca:

1. La emisión de concepto de rehabilitación desfavorable, emitido el 26 de julio de 2021 por la Nueva Eps, y debidamente notificado a COLPENSIONES.

2. Calificación que arrojó un 70% de pérdida de capacidad laboral, respecto de la patología TRANSPLANTE DE RIÑÓN y INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL (Z940 y T180).

3. La actora solicitó el reconocimiento de la pensión por invalidez el pasado 8 de mayo del 2023, en el radicado: 2023_6778329, el cual se encuentra en término de respuesta.

4. A la accionante se le emite incapacidad médica para el periodo 9/6/2022 al 8/7/2022 respecto a la patología T861, la cual es diferente a la que ya cuenta con concepto de rehabilitación desfavorable.

Lo anterior, permite entender a la Sala que si bien hubo una calificación de pérdida de capacidad laboral que excede del 50% y que en principio exime de responsabilidad de

No. Interno : 2023-1578-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04002 2023 00082 01
Accionante : Zully Johanna Jaramillo López
Accionadas : Nueva EPS y AFP Colpensiones

pago a la Nueva Eps, lo cierto es que, como lo señala la AFP Colpensiones, de manera discontinua están generando incapacidades por una patología que dista de la que está en proceso de reconocimiento de pensión por invalidez.

Tal como se observa en el documento que anexa la accionante en la demanda, se reconoció la incapacidad en el año 2022 por la patología que se identifica con el código T861 que es distinto del Z940 y N180, por el que ya existe concepto de rehabilitación desfavorable; en ese orden de ideas, como se trata de una nueva patología, frente a la cual no se ha realizado calificación de pérdida de capacidad laboral, no hay constancia de que se hayan emitido concepto de rehabilitación, es la Eps la que debe asumir el pago de los periodos de incapacidad hasta tanto se superen los 180 días.

No es acertado emitir una orden abierta en la que no se determina quién debe realizar el pago, pues con ello, realmente no se obliga a ninguna entidad, no se atiende lo reclamado por la accionante, quien además de soportar los síntomas de la patología que padece, lo hace sin contar con los recursos mínimos para subsistir, pues su misma enfermedad le impide hacer uso de su fuerza laboral.

Es consecuencia, se modificará la sentencia objeto de impugnación, por considerarse que el derecho a la salud y al mínimo vital de la señora **Zully Johanna Jaramillo López** están siendo afectados por la Nueva Eps quien no ha realizado el

No. Interno : 2023-1578-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04002 2023 00082 01
Accionante : Zully Johanna Jaramillo López
Accionadas : Nueva EPS y AFP Colpensiones

pago de la incapacidad para el periodo del 3 de abril al 2 de mayo de 2023.

Se itera, frente a las incapacidades anteriores no se emitirá pronunciamiento, en tanto, las mismas fueron ventiladas de manera extemporánea. De incurrir en nuevas omisiones en el pago de las incapacidades deberá acudir la accionante nuevamente ante el Juez de tutela, aportando la documentación suficiente para resolver su postulación.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de tutela objeto de impugnación, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la Nueva Eps que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, proceda al pago de la incapacidad generada del 3 de abril al 2 de mayo de 2023.

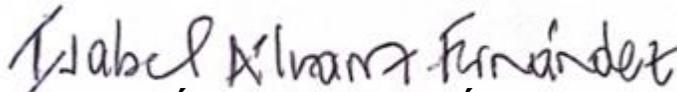
TERCERO: DISPONER que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de según grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la H.

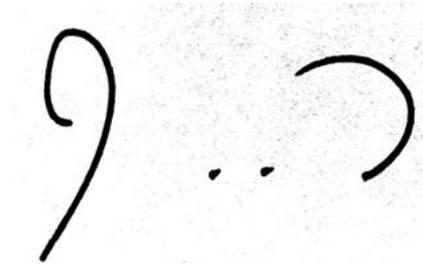
No. Interno : 2023-1578-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04002 2023 00082 01
Accionante : Zully Johanna Jaramillo López
Accionadas : Nueva EPS y AFP Colpensiones

Corte Constitucional, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el artículo 32, Decreto 2591 de 1991.

CÚMPLASE.

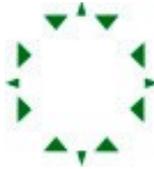
LOS MAGISTRADOS,


ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ



RENÉ MOLINA CÁRDENAS


GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 95 de la fecha

Proceso	Incidente de Desacato
Instancia	Consulta Sanción por Desacato
Sancionado	Nueva EPS
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00053 (N.I. 2023-1712-5)
Decisión	Confirma sanción

ASUNTO

La Sala resuelve en consulta la sanción que por desacato impusiera el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia, a Adriana Patricia Jaramillo Herrera Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS por incumplimiento a un fallo de tutela.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 18 de mayo de 2023 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia amparó los derechos en favor del señor Ángel María Restrepo Franco. Ordenó a la Nueva EPS que: *“en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice y materialice los servicios en salud RESONANCIA MAGNÉTICA DE ARTICULACIONES DE MIEMBRO INFERIOR ESPECÍFICO y CONSULTA POR PRIMERA VEZ EN MEDICINA INTERNA, ordenados al señor Ángel María Restrepo Franco”*.

El accionante presentó escrito solicitando el inicio del incidente de desacato en vista de que la Nueva EPS no ha cumplido la orden de tutela.

Mediante auto del 16 de agosto de 2023 se inició formalmente incidente de desacato en contra de Adriana Patricia Jaramillo Herrera Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS por incumplimiento al fallo de tutela.

La entidad accionada, mediante respuesta del 30 de agosto de 2023 informó que una vez finalizara con la revisión del caso emitiría los soportes respectivos.

En vista del silencio de la entidad, mediante auto del 7 de septiembre de 2023 la Juez Primera Penal del Circuito de Rionegro Antioquia, sancionó a Adriana Patricia Jaramillo Herrera en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, con tres (3) días de arresto y multa equivalente a tres (3) S.M.L.M.V, como consecuencia del desacato al fallo de tutela.

La Sala trató de establecer comunicación en diferentes oportunidades con el afectado, pero no fue posible. Por otro lado, la Nueva EPS

contando con la oportunidad de acreditar el cumplimiento de la orden, no lo hizo.

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

El problema jurídico por resolver se concreta en la responsabilidad que asiste a la entidad que resultó obligada en el fallo de tutela y así establecer si debe confirmarse la sanción impuesta desde la primera instancia a la Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, debido al incumplimiento que al parecer se sostuvo respecto a la orden constitucional proveniente del Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia.

La entidad no acreditó el cumplimiento de la orden de tutela. Adriana Patricia Jaramillo Herrera en su calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS fue vinculada en debida forma al trámite incidental, pero pese a ello, incumplió la orden constitucional que amparó los derechos esenciales del afectado y que le impuso directamente la obligación de su cumplimiento.

Aunque la funcionaria de la entidad accionada fue enterada en debida forma del inicio formal del incidente de desacato, no acreditó el cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia.

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

Por tanto, se confirmará el auto del 7 de septiembre de 2023 emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia, mediante el cual se sancionó a Adriana Patricia Jaramillo Herrera en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, con tres (3) días de arresto y multa equivalente a tres (3) S.M.L.M.V, por no cumplir el fallo proferido el 18 de mayo de 2023.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de decisión constitucional,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del 7 de septiembre de 2023 emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia que sancionó a Adriana Patricia Jaramillo Herrera en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **1ab1cdba07f28853ad22586c0cca03508b5488610f26d06cb454214311f6daed**

Documento generado en 22/09/2023 03:30:23 PM

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

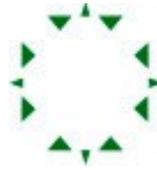
Tutela segunda instancia

Accionante: Tania Esther Malo Rodríguez

Accionado: ICBF

Radicado: 0561484089001202300085

(N.I. TSA 2023-1603-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 95

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Tania Esther Malo Rodríguez
Accionado	ICBF
Tema	Estabilidad laboral reforzada frente a nombramiento en concurso
Radicado	0561484089001202300085 (N.I. TSA 2023-1603-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá la impugnación interpuesta por la parte accionante contra la decisión proferida el 10 de agosto de 2023 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro Antioquia que declaró improcedente el amparo solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1-. Señala la parte accionante que Tania Esther Malo Rodríguez trabajó para el ICBF desde julio de 2010 en el cargo de trabajadora social en provisionalidad. Se encuentra diagnosticada con "esclerosis múltiple degenerativa y artrosis de columna" desde hace varios años, lo que le ha causado graves afectaciones en su estado de salud, movilidad y otros aspectos, requiriendo supervisión médica constante y un tratamiento costoso.

Actualmente, cuenta con un certificado de discapacidad. Tiene 60 años de edad y aspira a obtener una pensión de vejez por parte de COLPENSIONES. El ICBF tenía pleno conocimiento de su condición de persona con estabilidad laboral reforzada, tanto por su precario estado de salud como por los permisos necesarios para recibir el medicamento y otros tratamientos médicos.

Afirma que hace meses le solicitaron información sobre el estado del trámite para obtener la pensión, informando que estaba cerca de cumplir las semanas cotizadas y se encontraba realizando una corrección de su historial laboral, pero a pesar de lo informado, en junio de 2023 recibió la notificación de la Resolución 3095 del 12 de mayo de 2023, en la que se establece que el cargo ocupado sería provisto en periodo de prueba por la profesional seleccionada en concurso de méritos Lina Marcela Duque Iral.

De acuerdo con lo anterior, presentó solicitud ante el ICBF, destacando su condición de estabilidad laboral reforzada y la afectación a su mínimo vital y acceso a la salud, mientras se resuelve su derecho a obtener la pensión de vejez. Situaciones que no fueron tenidas en cuenta por la Entidad, por el contrario, la relación laboral terminó el 7 de julio de 2023. Actualmente, se encuentra desempleada y sin ingresos, lo que le genera un perjuicio irreparable

debido a su discapacidad. Informó que no tiene esposo ni ingresos provenientes de algún otro miembro de la familia, y se le han suspendido los servicios de salud.

2.- El Juzgado de primera instancia, negó por improcedente el amparo solicitado.

DE LA IMPUGNACIÓN

La decisión fue impugnada por la parte accionante informando lo siguiente:

No se pretende que la persona que ganó el concurso de méritos sea desplazada. El ICBF, debió tener en cuenta la condición de persona con doble estabilidad laboral reforzada, y no desvincularla dejándola a su suerte, sin seguridad social y sin haber accedido al reconocimiento de una pensión. El juez aduce que no se ha presentado solicitud de reconocimiento de la prestación económica para obtener la pensión, lo cual no es cierto.

El ICBF no la tuvo en cuenta en el listado de personas con estabilidad laboral reforzada, tampoco la incluyó en el listado que dice envió a otras entidades. No dio cuenta de las acciones desplegadas para salvaguardar los derechos fundamentales de TANIA ESTHER MALO ante la doble condición de discapacidad. No tuvo en cuenta los parámetros jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional.

Advierte que el ICBF está utilizando argumentos genéricos y convenientemente planteados para defenderse de las tutelas que se han presentado en su contra por muchos de los empleados que por distintas razones ostentaban la condición de Estabilidad laboral reforzada, aduciendo que no tienen maniobrabilidad. En realidad,

Tutela segunda instancia

Accionante: Tania Esther Malo Rodríguez

Accionado: ICBF

Radicado: 0561484089001202300085

(N.I. TSA 2023-1603-5)

hay puestos dentro de la Institución que aún están disponibles en el Instituto y que no han sido provistos por distintas razones.

Advierte que, frente a los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial por el nombramiento en periodo de prueba de quien ha ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló que: -afrota un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación que suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica. Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes-.

Ahora, en lo que respecta a la efectividad de los mecanismos alternos de justicia ordinaria, en este caso se tendría que presentar primero una solicitud de conciliación ante la Procuraduría ante lo contencioso administrativo que es un procedimiento que dura varios meses, y una vez agotado, presentar la demanda administrativa, lo que implica un tiempo considerable, sin tener en cuenta el tiempo que tarda el procedimiento administrativo en la realidad.

La Sala estableció comunicación con la accionante quien informó, entre otras cosas, que: vive sola en el municipio de Rionegro Antioquia en la carrera 6 número 47 A 62, en vivienda propia; cuenta con seis

hermanos y tres hijos, dos de sus hijos viven en Australia, el otro en el municipio de la Ceja Antioquia; este último es el encargado de pagarle la seguridad social actualmente. Informó que en este momento vive de la liquidación otorgada por el ICBF, recibe ayuda de sus amigas y de su hijo que le está pagando la seguridad social.¹

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación interpuesta por la parte accionante.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará si la accionada vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de Tania Esther Malo Rodríguez, al desvincularla al puesto que venía ocupando en provisionalidad, para proceder al nombramiento, a partir de la lista de elegibles, de quien superó el concurso de méritos.

3. Solución del problema jurídico

Frente a la provisión de cargos de la lista de elegibles previo al concurso de méritos, ha precisado la Corte², que el objetivo de esta disposición constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso,

¹ Constancia Auxiliar Judicial tutela 2023-1603-5

² Sentencias T-373 de 2017, T-464 de 2019, entre otras.

permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad de un nominador.

De este modo se ha señalado que la carrera administrativa se convierte en el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, pues, quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad.

En sentencia T 063 de 2022, la Corte Constitucional abordó el tema frente a la procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral de los empleados públicos. Advirtió que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela. Sin embargo, es posible la procedencia excepcional para solicitar el reintegro de los servidores públicos, *“cuando en el caso concreto se advierta la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable”*.

Señaló que para la comprobación de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción en estos casos, se deben observar una serie de criterios, tales como: *“la edad de la persona, **su estado de salud y el de su familia, sus condiciones económicas y la de las personas obligadas a acudir a su auxilio**”*. (negritas propias) Además, enfatizó que, tratándose de desvinculaciones de funcionarios públicos, la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable gira especialmente, en torno **al derecho al mínimo vital**.

Ahora, teniendo en cuenta que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden haber sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, **quienes estén próximos a pensionarse, o personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad**, la Corte ha reconocido que: *“antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.”*³

La parte impugnante refiere que Tania Esther Malo Rodríguez cuenta con estabilidad laboral reforzada debido a que es sujeto especial protección constitucional por la calidad de pre pensionable y las enfermedades que padece que le generan una discapacidad.

Debe absolver la Sala si en realidad la afectada cuenta con los requisitos que ameriten reconocer el amparo excepcional de forma transitoria.

Sea lo primero indicar que la estabilidad laboral para los funcionarios públicos que se encuentra en provisionalidad, sea cual sea su condición es una estabilidad laboral relativa, por cuanto *“la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a*

³ SU-917 de 2010

quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.”⁴

Ahora, esta Sala no desconoce la calidad de especial protección constitucional de la afectada, no obstante, la Corte Constitucional en este tipo de casos delimita con más rigurosidad la posibilidad del amparo pretendido. Lo anterior, debido a la imposibilidad del cumplimiento de órdenes dirigidas a las entidades públicas para garantizar los derechos de un funcionario público en provisionalidad frente a personas que tienen un derecho absoluto al ganar el concurso público de méritos.

Debería de proceder la acción debido a la calidad de protección constitucional de la accionante, no obstante, la Corte Constitucional en sentencia T 063 de 2022 realizó un análisis frente a la vía alterna que tienen los afectados en este tipo de casos ante la jurisdicción ordinaria, procedimientos que al parecer desconoce la parte accionante. Veamos:

La afectada cuenta con la existencia de “un medio de defensa judicial propio, específico idóneo y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Ello debido a que, por medio de esta acción judicial, prevista en el artículo 138 del CPACA, puede reclamarse ante el juez de lo contencioso administrativo, la efectividad de los derechos constitucionales y legales, la anulación total o parcial del acto administrativo que produce la presunta vulneración de derechos. Así como, obtener la correspondiente reparación del daño causado.

⁴ SU 446 de 2011

Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 233 del CPACA, en cualquier momento del trámite administrativo es posible solicitar medidas cautelares para proteger y garantizar el objeto del proceso. Estas pueden consistir en la suspensión de efectos del acto administrativo cuestionado. De igual manera, es posible que el juez imponga a la contraparte obligaciones de hacer, como por ejemplo ser nombrado en provisionalidad en otro cargo, mientras se resuelve el asunto de fondo. Solicitud de medida cautelar que debe ser resuelta al cabo de 10 días, luego de surtido el traslado por 5 días a la otra parte.

Sin embargo, el artículo 234 dispone que, en casos de urgencia, el juez las puede adoptar sin surtir el correspondiente traslado. Sobre este punto, en Sentencia SU-691 de 2017, la Corte Constitucional precisó que *“(...) en casos de urgencia, la solicitud y decreto de la medida cautelar no necesariamente debe realizarse dentro del proceso entablado contra un acto administrativo. Por lo tanto, la urgencia en la protección de los derechos no sólo justifica que el juez debe tomar la medida cautelar sin correr traslados, tal como está previsto en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 sino que, según el caso, no es necesario presentar demanda de fondo para que el juez tenga competencia para proferir la medida cautelar.”*⁵

Acciones que no ha llevado a cabo la parte demandante. En su lugar narró que *“tendría que presentar primero una solicitud de conciliación ante la Procuraduría ante lo contencioso administrativo que es un procedimiento que dura varios meses”*.

Por último, se evidencia que Tania Esther Malo Rodríguez no está frente a la consumación de un posible perjuicio irremediable. Se evidenció que no cuenta con una situación económica precaria, por el

⁵ Sentencia T-554 de 2019

Tutela segunda instancia

Accionante: Tania Esther Malo Rodríguez

Accionado: ICBF

Radicado: 0561484089001202300085

(N.I. TSA 2023-1603-5)

contrario, reside en vivienda propia, cuenta con 3 hijos, de los que no se informó alguna falta de capacidad para brindarle auxilio al momento que sea necesario, es más, indicó que uno de ellos vive en el municipio de la Ceja Antioquia y le está colaborando actualmente con el pago de la seguridad social, además informó que actualmente vive de la liquidación entregada por el ICBF y de la caridad de sus amigas.

Revisado el sistema de consulta de afiliados del sistema de seguridad social en salud, se observó que actualmente se encuentra activa en Medimas EPS.

Sin necesidad de más consideraciones, se CONFIRMARÁ el fallo impugnado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro Antioquia.

SEGUNDO: Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **0352f5ea79d81d53b916b4794c2692e10ad79163c0d49058ff37499e4fe58d70**

Documento generado en 22/09/2023 03:30:16 PM

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

Tutela segunda instancia

Accionante: Yeison de Jesús Figueroa Mosquera

Accionado: Nueva EPS y otra

Radicado: 05 579 31 04 001 2023-00116

(N.I. 2023-1587-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veinte (20) de septiembre dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 95 de la fecha

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Yeison de Jesús Figueroa Mosquera
Radicado	05 579 31 04 001 2023-00116 (N.I. 2023-1587-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala decide el recurso de impugnación presentado por la Nueva EPS contra la decisión proferida el 16 de agosto de 2023 por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia que ordenó brindar el tratamiento integral al afectado.

Tutela segunda instancia

Accionante: Yeison de Jesús Figueroa Mosquera

Accionado: Nueva EPS y otra

Radicado: 05 579 31 04 001 2023-00116

(N.I. 2023-1587-5)

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Indica el accionante que se encuentra afiliado a la NUEVA EPS régimen subsidiado en el municipio de Puerto Berrío Antioquia, presenta OBESIDAD NO ESPECIFICADA y para el tratamiento de su enfermedad le fue ordenada CITA DE CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUROCIRUGÍA y CITA DE CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN DOLOR Y CUIDADOS PALIATIVOS.

Refirió que la NUEVA EPS no está garantizando el acceso a los servicios dispuestos por el médico tratante, lo que motivó incluso a que se interpusiera queja a través de la Secretaría de Salud de Puerto Berrío Antioquia donde se le requirió a la EPS garantizar el acceso a las citas médicas; sin embargo, no se pronunciaron al respecto ni se han prestado los servicios.

2. El Juzgado de primera instancia concedió el amparo solicitado y ordenó a la Nueva EPS garantizar el tratamiento integral respecto a las patologías de: *“COMPRESIONES DE LAS RAÍCES Y PLEXOS NERVIOSOS EN LA ESPONDILOSIS, y OBESIDAD NO ESPECIFICADA”*.

Tutela segunda instancia

Accionante: Yeison de Jesús Figueroa Mosquera

Accionado: Nueva EPS y otra

Radicado: 05 579 31 04 001 2023-00116

(N.I. 2023-1587-5)

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido en primera instancia fue impugnado por la Nueva EPS con los siguientes argumentos esenciales:

En el presente asunto no se observa ningún soporte probatorio donde se evidencie que el accionante requiera otro tipo de medicamentos o procedimientos a los solicitados, por lo que no es posible que el Juez Constitucional imparta una orden futura e incierta que indetermine el alcance del fallo de tutela.

Por otro lado, advierte que no resulta constitucional el amparo indeterminado de los derechos fundamentales como el de la salud, no sólo porque de suyo implica la posibilidad de que no se atienda de manera adecuada la patología del accionante, sino porque los recursos de la salud son escasos y deben aplicarse a propósitos específicos y puntuales legalmente definidos dentro de un universo de necesidades ilimitadas de la población.

Solicita revocar la orden de suministro de tratamiento integral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación presentada.

2. Problema jurídico planteado

Resolverá si es procedente la orden impuesta a la Nueva EPS frente al tratamiento integral del afectado.

3. Solución del problema jurídico.

La Sala considera acertada la decisión impugnada en punto de conceder el tratamiento integral a Yeison de Jesús Figueroa Mosquera.

La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, supeditados a los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad. Igualmente, la Corte a catalogado al derecho a la salud como fundamental, que debe tener un acceso oportuno, eficaz, de calidad y - en condiciones de igualdad a todos los servicios.

El tratamiento integral hace parte de las condiciones que presenta el principio de integralidad establecido en la Ley 1751 de 2016 reiterado jurisprudencialmente¹, que se encuentra orientado a asegurar la prestación del servicio, brindando condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y todo lo necesario para tener un nivel alto de salud.

Es evidente para la Sala que el principio de integralidad es un criterio que coadyuva con la prestación del servicio de salud de una manera eficiente para evitar poner en riesgo el derecho fundamental de la salud del paciente. Es claro que el afectado presenta unas patologías que

¹ Sentencia T-259 de 2019.

Tutela segunda instancia

Accionante: Yeison de Jesús Figueroa Mosquera

Accionado: Nueva EPS y otra

Radicado: 05 579 31 04 001 2023-00116

(N.I. 2023-1587-5)

requieren diferentes tratamientos y servicios para contribuir con una positiva recuperación.

Lo anterior, respecto a los diagnósticos de “**COMPRESIONES DE LAS RAÍCES Y PLEXOS NERVIOSOS EN LA ESPONDILOSIS, y OBESIDAD NO ESPECIFICADA**”, se deberá garantizar lo necesario para obtener la recuperación del paciente **siempre y cuando las prescripciones médicas tengan la debida justificación del médico tratante**. La orden de garantizar un tratamiento integral a la patología padecida, conlleva que el servicio se brinde de forma oportuna, eficiente y con calidad para evitar la vulneración de derechos y la interposición de futuras acciones por cada servicio prescrito por el médico tratante con relación a las mismas patologías.

Sin necesidad de más consideraciones, esta Sala confirmará la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia el 16 de agosto de 2023.

SEGUNDO: Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia.

Tutela segunda instancia

Accionante: Yeison de Jesús Figueroa Mosquera

Accionado: Nueva EPS y otra

Radicado: 05 579 31 04 001 2023-00116

(N.I. 2023-1587-5)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **d626cb870b2ac57e289fd8f1221b5505a8fedd1e17423e6dd0688f4d07ae35b8**

Documento generado en 22/09/2023 03:30:08 PM

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

Tutela segunda instancia

Accionante: Daniela Gómez Ciro

Accionado: Junta Regional de Calificación de Invalidez de

Antioquia y Junta Nacional de

Calificación de Invalidez

Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00086

N.I TSA 2023-1575-5



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 95

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionado	Colpensiones
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00086 N.I TSA 2023-1575-5
Decisión	Revoca por carencia actual de objeto por hecho superado

ASUNTO

La Sala decide la impugnación presentada por Colpensiones en contra de la decisión proferida el 16 de agosto de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia que concedió la protección de amparo solicitado.

Tutela segunda instancia

Accionante: Daniela Gómez Ciro
Accionado: Junta Regional de Calificación de Invalidez de
Antioquia y Junta Nacional de
Calificación de Invalidez
Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00086
N.I TSA 2023-1575-5

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Expone la accionante que se encuentra afiliada al fondo de pensiones Colpensiones, fue incapacitada cumpliendo 180 días de incapacidad continuos e ininterrumpidos. A la fecha le adeudan las siguientes incapacidades: del 28/11/2022 al 29/11/2022; del 30/11/2022 al 29/12/2022; del 30/12/2022 al 28/01/2023; del 29/01/2023 al 27/02/2023; del 29/02/2023 al 29/03/2023; del 30/03/2023 al 28/04/2023; y del 29/04/2023 al 28/05/2023.
2. El Juzgado de primera instancia concedió el amparo. Ordenó a Colpensiones realizar el pago de las incapacidades solicitadas por la accionante.

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido en primera instancia fue impugnado por Colpensiones. Adujo lo siguiente:

La tutela es improcedente, es un mecanismo residual que no puede ser elegido al arbitrio por los ciudadanos. Solo debe ser procedente cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, y excepcionalmente a pesar de existir, cuando sea utilizada para evitar un perjuicio irremediable.

Tutela segunda instancia

Accionante: Daniela Gómez Ciro
Accionado: Junta Regional de Calificación de Invalidez de
Antioquia y Junta Nacional de
Calificación de Invalidez
Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00086
N.I TSA 2023-1575-5

Solicita se revoque la orden.

La Sala estableció comunicación con la parte accionante quien informó haber recibido el pago de las incapacidades solicitadas.¹

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación presentada.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará en esta oportunidad si se ha configurado un hecho superado en relación con la pretensión de amparo constitucional.

3. Solución del problema jurídico.

La presente acción tenía por objeto que Colpensiones pagara las incapacidades adeudadas a Daniela Gómez Ciro.

¹ “Constancia Auxiliar Judicial tutela 2023-1575-5”

Tutela segunda instancia

Accionante: Daniela Gómez Ciro

Accionado: Junta Regional de Calificación de Invalidez de
Antioquia y Junta Nacional de

Calificación de Invalidez

Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00086

N.I TSA 2023-1575-5

Sin embargo, según información allegada por la parte accionante, ya se resolvió el amparo solicitado.

Durante el trámite constitucional Colpensiones realizó el pago de las incapacidades adeudadas a la afectada. La Sala estableció comunicación con la parte accionante quien informó haber recibido el pago de las incapacidades solicitadas.

Colpensiones cumplió con la orden emitida en primera instancia. De esta manera, es claro que se ha configurado un hecho superado por carencia actual de objeto respecto de la pretensión constitucional.²

Siendo así, se **REVOCARÁ** el fallo impugnado por carencia actual del objeto por hecho superado.

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

² “La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío.(...)Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado”. Corte Constitucional, sentencia T-038, del 1º de febrero de 2019.

Tutela segunda instancia

Accionante: Daniela Gómez Ciro
Accionado: Junta Regional de Calificación de Invalidez de
Antioquia y Junta Nacional de
Calificación de Invalidez
Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00086
N.I TSA 2023-1575-5

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **cc34f5bcc1b3dcd6e5c1373be3ffc40dd8c15ef56bf180b642e9a5f50bbb6428**

Documento generado en 22/09/2023 03:30:01 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 95

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionado	Colpensiones
Radicado	05 686 31 89 001 2023 00124 N.I TSA 2023-1565-5
Decisión	Revoca por carencia actual de objeto por hecho superado

ASUNTO

La Sala decide la impugnación presentada por Colpensiones en contra de la decisión proferida el 2 de agosto de 2023 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos Antioquia que concedió la protección de amparo solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Expone la accionante que el 2 de junio de 2021 fue diagnosticado con COVID19. Estuvo hospitalizado del 1° de junio al 7 de julio de 2021. Desde el 7 de julio de 2021 ha estado incapacitado de manera ininterrumpida debido a sus complicaciones de salud. Actualmente padece de "*depresión severa, fibromialgia severa y diabetes*", sin que se le haya podido determinar qué diagnóstico o secuela le causa dolor severo en todo su cuerpo, por lo cual tiene movilidad reducida y depende de un cuidador constante.

Indicó que, hasta la fecha han transcurrido 781 días de incapacidad, de los cuales aduce que ha recibido por concepto de incapacidad la suma de \$14.000.000, debiendo ser la suma de \$25.960.000.

Solicitó ordenar el pago del dinero que se le adeuda por concepto de incapacidades, garantizando sus derechos fundamentales al mínimo vital y al debido proceso.

2. El Juzgado de primera instancia concedió el amparo. Ordenó a Colpensiones que: "*a través del área que corresponda y dentro de las cuarenta y ocho horas (48) posteriores a la notificación de la presente decisión RECONOZCA y PAGUE al accionante las incapacidades que están a su cargo. De existir más incapacidades posteriores al término de 540 días deberá informar de esta situación a EPS SURAMERICA para que proceda conforme a la ley al pago de incapacidades desde el día 541. realizar el pago de las incapacidades solicitadas por el accionante.*"

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido en primera instancia fue impugnado por Colpensiones. Adujo lo siguiente:

La tutela es improcedente, es un mecanismo residual que no puede ser elegido al arbitrio por los ciudadanos. Solo debe ser procedente cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, y excepcionalmente a pesar de existir, cuando sea utilizada para evitar un perjuicio irremediable.

Solicita se revoque la orden.

Posterior a la presentación de la impugnación Colpensiones allegó constancia de cumplimiento de la orden. Solicitó se revoque el fallo por hecho superado.

La Sala estableció comunicación con Jaime Zarate Bernal quien informó haber recibido el pago de las incapacidades adeudadas.¹

¹ “Constancia Auxiliar Judicial tutela 2023-1565-5”

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación presentada.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará en esta oportunidad si se ha configurado un hecho superado en relación con la pretensión de amparo constitucional.

3. Solución del problema jurídico.

La presente acción tenía por objeto que Colpensiones pagara las incapacidades adeudadas a Jaime Zárate Bernal.

Sin embargo, según información allegada por el accionante, ya se resolvió el amparo solicitado.

Durante el trámite constitucional Colpensiones realizó el pago de las incapacidades adeudadas al afectado. La Sala estableció comunicación con Jaime Zárate Bernal quien informó haber recibido el pago de las incapacidades solicitadas.

Colpensiones cumplió con la orden emitida en primera instancia. De esta manera, es claro que se ha configurado un hecho superado por carencia actual de objeto respecto de la pretensión constitucional.²

Siendo así, se **REVOCARÁ** el fallo impugnado por carencia actual del objeto por hecho superado.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos Antioquia según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia.

² “La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío.(...)Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado”. Corte Constitucional, sentencia T-038, del 1º de febrero de 2019.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **81d36792815fb5c673791031755443472a77efa06c8ed5e38d643339919e920c**

Documento generado en 22/09/2023 03:29:52 PM

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

Radicado: 05-000-22-04-000-2023-00497 (N.I.: 2023-1561-5)

Accionante: Abner Alejandro Urrego Cano

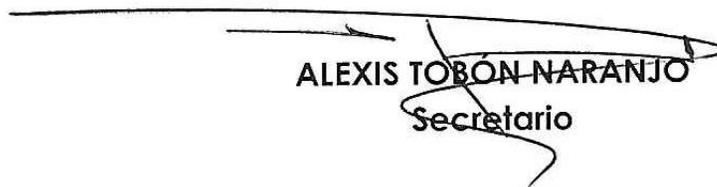
Accionado: Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado RENÉ MOLINA CÁRDENAS expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Es de anotar que dentro del trámite de notificación hubo de tenerse notificados para el día 11 de septiembre de 2023, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 a los accionados Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y al Juzgado 3° Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bogotá, a quienes se les remitió vía correo electrónico la respectiva notificación del fallo de tutela, sin que acusaren recibido del mismo, siendo efectivo el envío el día 07 septiembre de 2023²

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día doce (12) de septiembre de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día catorce (14) de septiembre de 2023.

Medellín, septiembre diecinueve (19) de 2023.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ PDF 16-17

² PDF 14

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Radicado: 05-000-22-04-000-2023-00497 (N.I.: 2023-1561-5)
Accionante: Abner Alejandro Urrego Cano
Accionado: Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otros

Medellín, septiembre veinte (20) de dos mil veintitrés

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante Abner Alejandro Urrego Cano, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO

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

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

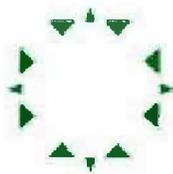
Código de verificación: **3ac27011163b4e5204d1543f26245d91202466a009f8081f054a5d6b6fbf144a**

Documento generado en 22/09/2023 04:50:43 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Erik Antony Pimienta Velásquez
Accionado: Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Medellín Antioquia
Radicado 05000-22-04-000-2023-00523
(N.I.: 2023-1636-5)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 94

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionantes	Erik Antony Pimienta Velásquez
Accionado	Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín Antioquia
Tema	Debido proceso
Radicado	05000-22-04-000-2023-00523 (N.I.: 2023-1636-5)
Decisión	Declara carencia de objeto por hecho superado y niega

ASUNTO

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela presentada por Erik Antony Pimienta Velásquez en contra del Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín Antioquia al considerar vulnerado su derecho al debido proceso.

Se vinculó al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Jericó Antioquia, al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de

Tutela primera instancia

Accionante: Erik Antony Pimienta Velásquez
Accionado: Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Medellín Antioquia
Radicado 05000-22-04-000-2023-00523
(N.I.: 2023-1636-5)

Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia, a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y al Juzgado Décimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín para que ejercieran sus derechos de contradicción y defensa.

HECHOS

Afirma el accionante que su proceso no ha sido remitido a los Juzgados que le corresponde la competencia, pues actualmente se encuentra detenido en la Cárcel de Jericó Antioquia y el proceso aparece a cargo del Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín.

Advierte que en razón de lo anterior no ha podido ser resuelta la solicitud de prisión domiciliaria presentada el pasado 31 de mayo de 2023.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Que se realicen las gestiones administrativas necesarias para la vigilancia de la pena por parte del Juez de ejecución de penas de Antioquia y se resuelva su solicitud de prisión domiciliaria amparando su derecho al debido proceso.

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

Los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia informaron no contar la carpeta del condenado.

Por parte el **Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín** se indicó que el expediente se encuentra a

Tutela primera instancia

Accionante: Erik Antony Pimienta Velásquez
Accionado: Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Medellín Antioquia
Radicado 05000-22-04-000-2023-00523
(N.I.: 2023-1636-5)

cargo del Juzgado Décimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín.

El Juez Décimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín informó que cuenta con la vigilancia de varias personas dentro de ese expediente, sin embargo, desde el 26 de agosto de 2023 remitió el expediente respecto a Erik Anthony Pimienta Velásquez para que fuera repartido entre los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Por parte del **Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia** se informó que el 11 de septiembre de 2023 las diligencias del señor PIMIENTA fueron remitidas a los Juzgados de EPMS de Antioquia en cumplimiento a lo ordenado, correspondiendo la vigilancia de la pena al **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia bajo el radicado interno 02023 A1-1850.**

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 5° del artículo 1° del decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, le corresponde a esta Sala conocer la acción de tutela objeto de estudio.

De los hechos expuestos en el escrito y la información brindada por las accionadas se desprende que la presente tenía por objeto que el proceso de Erik Antony Pimienta Velásquez fuera remitido a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, debido a que actualmente se encuentra detenido en la Cárcel de Jericó Antioquia.

Tutela primera instancia

Accionante: Erik Antony Pimienta Velásquez
Accionado: Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Medellín Antioquia
Radicado 05000-22-04-000-2023-00523
(N.I.: 2023-1636-5)

Según la respuesta dada por el Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia se estableció que el proceso fue repartido el 11 de septiembre de 2023 correspondiendo el conocimiento al **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** bajo el radicado interno **02023 A1-1850**.

La Sala constató que efectivamente el proceso del accionante no había sido remitido a los Juzgados de Ejecución de Penas de Antioquia, lo que quedó subsanado en el transcurso del presente trámite, correspondiendo por reparto el conocimiento al **Juzgado Primero de Ejecución Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**. Por tanto, podrá el condenado en cualquier momento elevar las solicitudes respectivas al juez que vigila su pena para obtener la información que desee de su proceso.

De esta manera, es claro que se ha configurado un hecho superado respecto de su pretensión principal.¹

Ahora, si bien la solicitud de prisión domiciliaria fue presentada desde 31 de mayo de 2023, no es posible atribuir este tiempo al Despacho encargado de resolver, se itera, el expediente solo fue repartido al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de

¹ *“La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío.*

(...)

Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que, como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado”. Corte Constitucional, sentencia T-038, del 1º de febrero de 2019.

Tutela primera instancia

Accionante: Erik Antony Pimienta Velásquez
Accionado: Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Medellín Antioquia
Radicado 05000-22-04-000-2023-00523
(N.I.: 2023-1636-5)

Antioquia el pasado 11 de septiembre de 2023, por tanto, cuenta con el término de 10 días hábiles para atender la petición.²

En consecuencia, se declarará la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado frente a la pretensión principal, en lo demás se niega según lo advertido en este proveído.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Sala de Decisión Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado frente a la pretensión principal presentada por Erik Antony Pimienta Velásquez en lo demás se niega según lo expuesto.

SEGUNDO: La presente decisión admite el recurso de Impugnación que deberá ser interpuesto dentro del término de ley. Para el efecto, dese cumplimiento a los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del reglamentario 306 de 1992. De no ser impugnada la misma, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



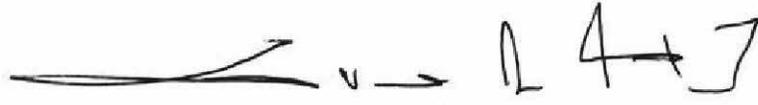
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

² "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.

Tutela primera instancia

Accionante: Erik Antony Pimienta Velásquez
Accionado: Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Medellín Antioquia
Radicado 05000-22-04-000-2023-00523
(N.I.: 2023-1636-5)



GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado



EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado