

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 046

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 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
2024-0423-1	Tutela 1º instancia	Juan Gabriel Espinosa Ospina	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia	Niega	Marzo 13 de 2024
2024-0407-1	Tutela 1º instancia	Jhoan Steven Cordoba Guerra	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia	Niega	Marzo 13 de 2024
2024-0302-1	Tutela 2º instancia	Luz Dary Padilla Guerra	Nueva EPS	Confirma	Marzo 13 de 2024
2024-0462-1	Decision de Plano	Trafico, fabricacion o porte de estupefacientes y fabricacion, trafico y porte de armas de fuego	Maria Fernanda Muriel y Otros	Declara infundado impedimento	Marzo 13 de 2024
2024-0242-1	Tutela 1º instancia	Daimer Andres Jaramillo Landeta	Juzgado Promiscuo Municipal de Briceño Antioquia y otros	Concede recurso de casación	Marzo 06 de 2024
2024-0489-2	Tutela 1º instancia	Jorge Luis Oliveros Rondano Maikol Emilio Sanchez Gonzalez	Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caucaasia	Declara falta de competencia	Marzo 13 de 2024
2024-0281-3	Tutela 2º instancia	Yolis Nelly Mora Sanchez	Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio –FOMAG Fiduprevisora S.A. Distrito de Turbo, Antioquia	Confirma y Modifica los numerales 2º y 3º	Marzo 13 de 2024
2024-0301-3	Tutela 2º instancia	Luz Dary Zuluaga Rios	Fiduprevisora S.A.	Confirma	Marzo 13 de 2024
2024-0392-3	Tutela 1º instancia	Jhon May Pabon Congote	Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y otros.	Declara improcedente por hecho superado Declara improcedente la peticion de traslado de Establecimiento Penitenciario	Marzo 13 de 2024

2024-0459-3	Consulta a desacato	Luz dary Guisao Puerta	Nueva Eps	Confirma	Marzo 13 de 2024
2024-0199-3	Tutela 1ª instancia	Juan Fernando Gomez Estrada	Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros Antioquia y otros	Concede recurso de casación	Marzo 11 de 2024
2024-0249-3	Tutela 1ª instancia	Dagoberto Manuel Almanza Gil	Juzgado 1° de E.P.M.S. de Antioquia y otros	Concede recurso de casación	Marzo 11 de 2024
2024-0380-4	Tutela 2ª instancia	Carlina Maria San Julian Florez	Colpensiones	Revoca y ampara	Marzo 08 de 2024
2024-0359-4	Tutela 2ª instancia	Dianelis Andrea Mayo Morelos José Leonel Mayo	Nueva EPS	Confirma	Marzo 08 de 2024
2020-0782-4	Auto ley 906	Fabricación, tráfico, porte o de estupefacientes	Luz Adriana Grajales Gallego	Declara desierto	Marzo 06 de 2024
20194-0206-4	auto ley 906	Actos sexuales con menor de 14 años	Hector Alfonso Buitrago Quintero	Fija fecha de publicidad de providencia	marzo 13 de 2024
2024-0263-5	Tutela 2ª instancia	Edwin Norbey Posada Castaño	Sanidad Militar EPS	Decreta nulidad	Marzo 08 de 2024
2024-0215-5	Auto ley 906	Concierto para delinquir agravado	Juan David Martinez Vallejo	Abstiene de resolver	Marzo 08 de 2024
2024-0466-5	Auto ley 906	Concierto para delinquir agravado	Felipe Garcia Arrubla	Declarar infundado	marzo 13 de 2024
2024-0263-5	Tutela 2ª instancia	Edwin Norbey Posada Castaño	Sanidad Militar EPS	Decreta nulidad	Marzo 08 de 2024
2024-0386-5	Auto ley 906	Trafico de Sustancia para el Procesamiento de Narcoticos	Jorge Ivan Sanchez Solano	Confirma	marzo 11 de 2024
2024-0024-2	Auto ley 906	Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo y otros	Jhon Stiven Hernández Rivera y otros	Confirma	marzo 06 de 2024
2024-0283-5	sentencia 2ª Instancia	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones	James Murillo Machuca	Confirma	Marzo 14 de 2024
2024-0082-5	sentencia 2ª Instancia	Lesiones personales culposas	Juan Esteban Moncada Guerra	Modifica	Marzo 14 de 2024
2023-1781-5	sentencia 2ª Instancia	Trafico o porte de estupefacientes	Maicol Stiven Ruiz Ramirez	Revoca	Marzo 14 de 2024
2023-0817-5	sentencia 2ª Instancia	Uso de menores, extorsion agravada y otro	Porfirio de Jesus Rueda Correa	Confirma	Marzo 14 de 2024
2024-0152-6	sentencia 2ª Instancia	Acto sexual abusivo	Juan Diego del Rio Arias	Confirma	Marzo 11 de 2024

2024-0413-2	sentencia 2° Instancia	Acceso carnal violento	Wilmar Andres Rojas Castro	Confirma	Marzo 12 de 2024
2024-0340-4	Auto ley 906	Desaparicion forzada	Manuel Antonio Torres Ramos y otros	Decreta nulidad	marzo 01 de 2024
2017-1862-4	sentencia 2° Instancia	Acto sexual con menor de 14 años	Jorge Eliecer Molina Granado	Confirma	Marzo 01 de 2024

FIJADO, HOY 15 DE MARZO DE 2024, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 050

PROCESO : 05000-22-04-000-2024-00131 (2024-0423-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JUAN GABRIEL ESPINOSA OSPINA
ACCIONADO : JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ,
ANTIOQUIA
PROVIDENCIA : FALLO PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor JUAN GABRIEL ESPINOSA OSPINA en contra del JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, por considerar vulnerado el derecho fundamental de petición.

Se vinculó de manera oficiosa al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE APARTADÓ, ANTIOQUIA.

LA DEMANDA

Manifestó el accionante que SE ENCUENTRA RECLUIDO EN EL Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Apartadó, donde descuenta la condena impuesta por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Apartadó por el delito de violencia intrafamiliar a una pena de 36 meses y 15 días y se encuentra detenido desde el 01/01/2022.

Firmó que el 13 de octubre de 2023 envió solicitud de prisión domiciliaria y redención de penas por medio del Centro Penitenciario, sin haber recibido ninguna respuesta a la petición, dicho beneficios lo necesita porque su familia está padeciendo múltiples necesidades y adicionalmente cumple con los requisitos exigidos en la norma.

Mencionó que ya ha pagado el 90% de la condena, por lo que también se puede hacer un análisis sobre el beneficio de la libertad condicional, ya que ha tenido un buen proceso resocializador y progresivo como lo ratifica el INPEC con la cartilla biográfica actualizada, la resolución favorable, cómputos completos y actualizados.

Solicitó que se ordene a la entidad accionada que tome sus documentos y le de un mejor estudio para que así se le conceda uno de los dos beneficios implorados.

LAS RESPUESTAS

1.- El Establecimiento Penitenciario de Apartadó, Antioquia, indicó que el señor Juan Gabriel Espinosa Ospina se encuentra a cargo de ellos y que la oficina jurídica envió el 13 de octubre de 2023 solicitud de prisión domiciliaria ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Antioquia, es el competente resolver la solicitud del subrogado penal.

Solicitó que se desvincule de la acción de tutela, ya que no son actores directos de la presente violación de derecho de la petición del PPL que está solicitando.

2.- El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, expresó que el señor Juan Gabriel Espinosa Ospina fue condenado por el Juzgado 3 Promiscuo Municipal de Apartadó – Antioquia, a la pena principal de 36 meses y 15 días de prisión, tras ser declarado penalmente responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada; donde le negaron los subrogados penales.

Manifestó que con auto interlocutorio 419 del 16 de junio de 2023, esa Judicatura avocó conocimiento del proceso, con autos interlocutorios 420 y 421 de la misma fecha, concedió redención de pena y aclaró la situación jurídica a Espinosa Ospina.

Informó que el 11 de julio de 2023 negó la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia mediante la providencia 585, con auto 586 de la misma fecha negó la prisión domiciliaria de que trata el Art. 38G del C.P. y con autos 587 y 588 concedió redención de pena y aclaró el

estado actual del proceso a Espinosa Ospina.

Señaló que el 04 de octubre de 2023 concedió redención de pena e informó su situación jurídica y el CPMS Apartadó remitió documentación para prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G del C.P. a Juan Gabriel Espinosa Ospina, adicionalmente, observó un escrito petitorio del sentenciado donde solicitaba la libertad condicional; sin embargo, no fue remitido el concepto favorable; por lo que, mediante providencias 2558, 2559, 2560 y 2561 del 18/12/2023 concedió redención de pena e informó el estado actual de su proceso.

Afirmó que el 05 de marzo de 2024 ese Despacho se estuvo a lo resuelto por la decisión 586 emitida el 11 de julio de 2023 mediante la cual se le negó la prisión domiciliaria que trata el Art. 38G del C.P, debido a que la norma prohíbe conceder el beneficio a los procesados que pertenezcan al grupo familiar de la víctima, y en el presente caso afectó directamente a un miembro de su grupo familiar, su compañera permanente, por lo cual se cuenta entre los delitos excluidos, por la norma citada, de su concesión.

Aseveró que mediante providencia 473 del 05/03/2024 negó la libertad condicional a Juan Gabriel Espinosa Ospina por la gravedad de la conducta punible y porque no allegó la resolución favorable que emite el director del CPMS Apartadó, ello de conformidad con lo regulado en los artículos en los artículos 471 del Código de Procedimiento Penal y 64 del Código Penal.

Solicitó se declare por hecho superado la acción constitucional, pues como indicó ya fueron resueltas las solicitudes de prisión domiciliaria y libertad condicional remitidas a esa Judicatura por el CPMS Apartadó.

LAS PRUEBAS

El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, adjuntó el link del expediente electrónico.

CONSIDERACIONES

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales.

En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras

jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución ‘está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.’”¹

Ahora, es claro que la presente demanda no se está cuestionando la vulneración al derecho fundamental de petición, eventualmente una solicitud realizada por el accionante sería de aquellas que se hacen por ser parte dentro de un proceso y debido al mismo, lo cual implica analizaría la vulneración del debido proceso en su manifestación específica del derecho de postulación, tal como lo ha destacado la H. Corte Suprema de Justicia cuando al respecto expresó:

*Es preciso señalar, que de cara a las actuaciones regladas, no es la protección del derecho de petición la que debe invocarse, sino, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades esta Corte, el derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación concreta del derecho de **postulación**, como bien lo destacó el tribunal.*

Ha definido la jurisprudencia constitucional, que el derecho de petición no puede demandarse para solicitar a un funcionario judicial que haga o deje de hacer algo dentro de su función, pues él está regulado por los principios, términos y normas del proceso. En otras palabras, su gestión está gobernada por el debido proceso, en concreto se trata del derecho de “postulación”².

En el presente caso, el accionante considera que se le viene vulnerando su derecho fundamental por cuanto el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, no ha emitido pronunciamiento ante la solicitud de prisión domiciliaria, redención de pena y libertad condicional.

¹ Sentencia T-625 de 2000.

² Sala de Casación Penal en sede de tutela, Sentencia T-57796 del 17 de enero de 2012. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Por su parte, el ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE APARTADÓ indicó que el 23 de octubre de 2023 remitió la solicitud de prisión domiciliaria ante el Juzgado de Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para su respectivo trámite.

Por otro lado, el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, indicó que el 11 de julio de 2023 mediante el auto No. 586 se le negó la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia y la que trata el art. 38G del C. P., adicionalmente indicó mediante auto 473 del 05 de marzo de 2024 le negó la libertad condicional al accionante por la gravedad de la conducta punible y porque no allegó la resolución favorable que emite el director del CPMS Apartadó y mediante auto de sustanciación 139 de la misma fecha se estuvo a lo resuelto mediante providencia N° 586 del 11 de julio de 2023, el cual fue enviado para su respectiva notificación al correo electrónico jurídica.epcapartado@inpec.gov.co entidad donde se encuentra privado de la libertad el accionante; además, de aportar la constancia de notificación personal al accionante con fecha del 08 de marzo de 2024.

Como bien puede observarse, frente a la petición que estaba pendiente ante el Juzgado Ejecutor que reclama el accionante, el Juzgado se pronunció que mediante el auto interlocutorio N° 473 y auto de sustanciación 139 del 05 de marzo de 2024 donde niega la libertad condicional y se está a lo resuelto en el auto interlocutorio 586 del 11 de julio de 2023 que negó la prisión domiciliaria, decisiones que fueron enviadas al correo electrónico jurídica.epcapartado@inpec.gov.co entidad en la cual se encuentra privado de la libertad; adicionalmente, se evidencia en la carpeta digital que dicha notificación fue entregada de manera personal al

sentenciado el 08 de marzo de 2024, por lo que hoy en día la entidad accionada ha resuelto lo peticionado, por lo que no se podría decir que la entidad accionada esté vulnerando algún derecho fundamental del accionante.

Es claro y la propia jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la petición de amparo ha desaparecido, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir objeto jurídico sobre el cual proveer. Es decir, la decisión que hubiera podido proferir el juez constitucional, en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto.

En este orden de ideas, en sentencia T-352 de 2006, la Corte Constitucional recordó que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.

Así las cosas, al observar la Sala que las entidades accionadas ya emitieron la respuesta a las solicitudes requeridas por el actor, no le queda más remedio que declarar que se está ante un hecho superado, y en tal sentido, negar las pretensiones de éste por carencia de objeto actual.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia,

Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la pretensión de tutela elevada por el señor JUAN GABRIEL ESPINOSA OSPINA en contra de las ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADA, **pues se está ante un hecho superado**, acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso de no presentarse ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **d6251cc7a768cb74fa86a265b4d766762daf23b4264760943f1b4bc365f1dced**

Documento generado en 13/03/2024 03:44:14 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 050

PROCESO : 05000-22-04-000-2024-00127 (2024-0407-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JHOAN STEVEN CÓRDOBA GUERRA
ACCIONADO : JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ,
ANTIOQUIA
PROVIDENCIA : FALLO PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor JHOAN STEVEN CÓRDOBA GUERRA en contra del JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, por considerar vulnerado el derecho fundamental de petición.

Se vinculó de manera oficiosa al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, al JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, a la SECRETARIA DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, al CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA y a la SECRETARIA DE LOS JUZGADOS PENALES DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA.

LA DEMANDA

Manifestó el accionante que se encuentra recluido en el Centro Penitenciario de Apartadó descontando la pena impuesta por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por el delito de concierto para delinquir a una pena de 48 meses y se encuentra detenido desde el 14 de julio de 2020.

Indicó que en el mes de diciembre de 2023 solicitó al Juzgado ejecutor el beneficio de la libertad condicional, pero no ha recibido respuesta a su solicitud, la cual fue enviada por intermedio del área jurídica del Centro Penitenciario.

Afirmó que es un PPL que cumple con todos los requisitos exigidos tanto en su parte objetiva y subjetiva, además ha descontado el 94,5% de su condena y con un buen proceso resocializador.

Solicitó se ordene a la entidad accionada que revise sus documentos para que le conceda el beneficio de libertad condicional.

LAS RESPUESTAS

1.- El Establecimiento Penitenciario de Apartadó, Antioquia, indicó que el señor Jhoan Estiven Córdoba Guerra se encuentra a cargo de ellos y el 21 de diciembre de 2023 enviaron la solicitud de libertad condicional al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Antioquia, quien es el competente resolver la solicitud del subrogado penal.

Solicitó que se desvincule de la acción de tutela, ya que no son

actores directos de la presente violación de derecho de la petición del PPL que está solicitando.

2.- El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, expresó que ese Despacho no vigila la pena que le fue impuesta a Jhoan Stiven Córdoba Guerra.

Indicó que, el 21 de diciembre pasado recibió en el correo electrónico del Despacho una solicitud de libertad condicional radicada por el Centro Penitenciario y Carcelario de Media Seguridad de Apartadó en favor de Córdoba Guerra; no obstante, la misma fue devuelta al remitente porque no se encontró registro alguno correspondiente a ese ciudadano, cómo tampoco pudo establecer el Juzgado que lo tenía a cargo.

Afirmó que esa dependencia judicial no le ha vulnerado ningún derecho fundamental al accionante, por lo que, solicitó deniegue el amparo invocado.

3.- El Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia expresó que en audiencia del 15 de junio de 2022, presentaron preacuerdo debidamente suscrito por la Fiscalía y el procesado Jhoan Stiven Córdoba Guerra, asistido por su defensor, a través del cual, el señor Córdoba Guerra, aceptó su responsabilidad penal por el delito de Concierto para Delinquir Agravado, tipificado en el artículo 340 inciso 2 del C.P., a cambio de que el Delegado de la Fiscalía, solo para efectos de la punibilidad eliminara la agravante contenida en el inciso 2 del artículo 340 del C.P., pactándose igualmente una pena definitiva a imponer de 48 meses de prisión.

Informó que, en audiencia del 11 de octubre de 2022, ese Despacho impartió aprobación al preacuerdo presentado con el señor Jhoan Stiven Córdoba Guerra; decisión frente a la cual, no se interpuso recurso alguno; procediendo a realizar la audiencia de individualización de la pena y la lectura al fallo correspondiente, en consecuencia, condenó al señor Jhoan Stiven Córdoba Guerra, a la pena principal de 48 meses de prisión y accesoriamente, inhabilitó para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal; negándole tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria; sentencia que fue recurrida por la defensa del procesado, concediéndose el recurso de apelación mediante auto del 27 de octubre de 2022.

Afirmó que a la fecha el expediente se encuentra en la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Antioquia y el mismo, le correspondió al Magistrado Rene Molina Cárdenas, aclarando que a través de apoderado judicial el señor Jhoan Stiven Córdoba Guerra, el 15 de diciembre de 2023, interpuso habeas corpus, tramitado ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Apartadó y durante el decurso del mismo, conoció esa Agencia Judicial, que para dicha fecha el expediente se encontraba ante la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, judicatura que inadmitió el recurso extraordinario de casación; encontrándose dentro del término para interponer el mecanismo de insistencia; sin que a la fecha, conozca esa Judicatura la suerte del mencionado trámite.

Reiteró que, por parte de esa Judicatura, que el proceso en contra del señor Córdoba Guerra, no ha sido devuelto por el H. Tribunal Superior de Antioquia, con el fin de darle el trámite correspondiente.

Posteriormente, allego adición a la respuesta inicial mencionando que siendo las 15:57 del 06 de marzo de 2024 recibió por parte del Centro de Servicios Administrativos para los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, el expediente bajo el CUI 050045 60 99151 2020 00010, adelantado en contra del señor Jhoan Stiven Córdoba Guerra.

Procedió esa judicatura de manera inmediata a enviar el expediente referido ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, para su respectivo trámite.

4.- El Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad de Antioquia indicó que una vez revisado el sistema de gestión Siglo XXI, al señor Jhoan Estiven Córdoba Guerra no le aparece que le estén vigilando la pena en el proceso con CUI 05045 60 99151 2020 00010.

Manifestó que, revisada la página de la Rama Judicial, aparece que el proceso con el CUI. 05045 60 99151 2020 00010, estuvo en etapa de conocimiento con el Juzgado 5 Penal del Circuito Especializado de Antioquia, y tiene como última actuación, la registrada el 27 de octubre de 2022, donde se envía recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria del 11 de octubre de 2022, al Honorable Tribunal Superior de Antioquia, sin que informe más novedades en el proceso.

Mencionó que, se avizora, que ese Centro de Servicios, ha actuado apegado a sus funciones y no ha violentado ningún derecho al señor Jhoan Estiven Córdoba Guerra, por lo que, solicitó ser desvinculados de la acción constitucional.

5.- La Secretaria de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia manifestó que en lo referente al estado del proceso, una vez auscultado el sistema, encontró que esa Magistratura conoció del proceso identificado con CUI 05045 60 99151 2020 00010 (N.I. 2022-1675-5) adelantado frente al señor Jhoan Estiven Córdoba Guerra, mismo que fue asignado al Despacho del H. Magistrado René Molina Cárdenas mediante acta 1588 del 27 de octubre de 2022, dentro del cual profirió decisión de fondo el 25 de noviembre de 2022 confirmando el fallo recurrido; decisión frente a la cual se interpuso recurso extraordinario de casación, remitiéndose el expediente para lo pertinente, el 28 de febrero de 2023.

Indicó que el alto tribunal mediante auto de fecha 27 de octubre de 2023, inadmitió la demanda de casación y remitió el respectivo expediente a esa dependencia judicial, mismo que arribó el 19 de enero de 2024, ordenándose en la misma fecha la devolución al Juzgado de origen.

Afirmó que, en lo atinente a la remisión del proceso al respectivo Juzgado a fin de que procediera con las diligencias pertinentes para el envío de la actuación a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, es del caso indicar que, al conocer sobre la presente vinculación, requirió al empleado que ejecuta esa función, quien en informe indicó su error involuntario.

Resaltó que el 06 de marzo de 2024 recibió memorial suscrito por el apoderado del sentenciado, precisamente solicitando la remisión del expediente a los Juzgados de ejecución y al verificarse que el mismo no se había remitido, procedió a corregir el yerro y realizó de forma inmediata el envío del expediente digital a la secretaria de los

Juzgados Penales del Circuito Especializados de Antioquia a fin de que procedan de conformidad.

6.- Las demás entidades accionadas vencido el término concedido por el despacho para ejercer el derecho de contradicción, además de encontrarse debidamente notificado, no allegó respuesta alguna.

LAS PRUEBAS

1.- El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, anexó copia del envío de la solicitud de libertad condicional con fecha 21/12/2023, copia de la devolución de la solicitud informando que no cuenta con proceso para vigilar pena de fecha 22/12/2023 al correo jurídica.epcapartado@inpec.gov.co,

2.- El Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia copia envío del expediente al correo electrónico j01epmsapdo@cendoj.ramajudicial.gov.co de fecha 06/03/2024

3.- El Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad de Antioquia copia consulta proceso página Rama Judicial con fecha 06/03/2024.

5.- La Secretaria de la Sala penal del Tribunal Superior de Antioquia copia de la consulta del sistema de gestión Siglo XXI, copia del oficio de devolución de la Corte Suprema de Justicia de fecha 18 de enero de 2024, copia de auto ordena devolución al Juzgado de Origen de fecha 19 de enero de 2024, copia de la constancia de la devolución del expediente con fecha 06/03/2024, copia del informe realizado por el señor Nicanor Santiago Restrepo Loaiza.

CONSIDERACIONES

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales.

En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución ‘está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.’”¹

Ahora, es claro que la presente demanda no se está cuestionando la vulneración al derecho fundamental de petición, eventualmente una solicitud realizada por el accionante sería de aquellas que se hacen por ser parte dentro de un proceso y debido al mismo, lo cual implica

¹ Sentencia T-625 de 2000.

analizaría la vulneración del debido proceso en su manifestación específica del derecho de postulación, tal como lo ha destacado la H. Corte Suprema de Justicia cuando al respecto expresó:

*Es preciso señalar, que de cara a las actuaciones regladas, no es la protección del derecho de petición la que debe invocarse, sino, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades esta Corte, el derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación concreta del derecho de **postulación**, como bien lo destacó el tribunal.*

Ha definido la jurisprudencia constitucional, que el derecho de petición no puede demandarse para solicitar a un funcionario judicial que haga o deje de hacer algo dentro de su función, pues él está regulado por los principios, términos y normas del proceso. En otras palabras, su gestión está gobernada por el debido proceso, en concreto se trata del derecho de “postulación”².

En el presente caso, el accionante considera que se le viene vulnerando su derecho fundamental por cuanto el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, no ha emitido pronunciamiento ante la solicitud de libertad condicional.

Por su parte, el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, indicó que si bien el 21 de diciembre de 2023 ingresó una solicitud de libertad condicional, la misma fue devuelta el 22 de diciembre de 2023 indicándole que en dicho Despacho no figura ningún proceso a nombre del accionante para la vigilancia de pena y que no se puede indicar a que Juzgado le correspondió, enviado al correo electrónico jurídica.epcapartado@inpec.gov.co entidad donde se encuentra privado de la libertad el accionante.

² Sala de Casación Penal en sede de tutela, Sentencia T-57796 del 17 de enero de 2012. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Adicionalmente, las otras entidades confirman que solo hasta el 06 de marzo de 2024 fue enviado el expediente ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, para el respectivo trámite de la ejecución de la pena.

Como bien puede observarse, frente a la petición que estaba pendiente ante el Juzgado Ejecutor que reclama el accionante, el Juzgado se pronunció en su momento indicando que no contaba con ningún expediente para la vigilancia de la pena del señor Córdoba Guerra, respuesta que fue enviada al correo electrónico jurídica.epcapartado@inpec.gov.co entidad en la cual se encuentra privado de la libertad, por lo que hoy en día las entidades accionadas han resuelto lo peticionado, por lo que no se podría decir que las entidades accionadas estén vulnerando algún derecho fundamental del accionante.

Es claro y la propia jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la petición de amparo ha desaparecido, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir objeto jurídico sobre el cual proveer. Es decir, la decisión que hubiera podido proferir el juez constitucional, en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto.

En este orden de ideas, en sentencia T-352 de 2006, la Corte Constitucional recordó que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que

pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.

Así las cosas, al observar la Sala que las entidades accionadas ya emitieron la respuesta a la solicitud requerida por el actor, no le queda más remedio que declarar que se está ante un hecho superado, y en tal sentido, negar las pretensiones de éste por carencia de objeto actual.

Instar al accionante para que presente nuevamente la solicitud de libertad condicional ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, ya que, según lo manifestado por las entidades vinculadas, solo hasta el 06 de marzo de 2024 fue remitido el expediente ante el juzgado Ejecutor.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la pretensión de tutela elevada por el señor CLEVER MERCADO ROMAÑA en contra de las ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADA, **pues se está ante un hecho superado**, acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: INSTAR al accionante para que presente nuevamente la solicitud de libertad condicional ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, ya que desde el 06 de

marzo de 2024 fue remitido el expediente ante dicho Juzgado para la vigilancia de la pena.

TERCERO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso de no presentarse ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **a1fa544fa2ada983f552305ff741688ed1812cdf437443ab64cdb4b05c9e95c9**

Documento generado en 13/03/2024 03:44:20 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 050

PROCESO	: 05736 31 89 001 2024 00025 (2024-0302-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: LUZ DARY PADILLA GUERRA
ACCIONADO	: NUEVA EPS
PROVIDENCIA	: FALLO TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Apoderada Especial de la NUEVA EPS contra la sentencia del 31 de enero de 2024, a través de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia, decidió conceder el tratamiento integral a la señora LUZ DARY PADILLA GUERRA.

LA DEMANDA

Manifestó la accionante que se encuentra afiliada en salud a la Nueva EPS régimen contributivo; que fue diagnosticada con antecedentes de HTA, hipertiroidismo, dislipidemia, trastorno afectivo bipolar, cefalea occipital persistente, parestias de hemicuerpo izquierdo, disartria, entre otras, por lo que debe estar en tratamiento y seguimiento constante por la gravedad y complejidad.

Indicó que al no obtener la atención que requiere, sus condiciones de salud se están deteriorando con el paso del tiempo, requiriendo actualmente atención para determinar los procedimientos y

tratamientos que requiere, por lo que el médico tratante en el mes de noviembre de 2023 le ordenó consulta de primera vez por especialista en neurología, la cual ha solicitado vía correo electrónico, llamadas telefónicas y no le han brindado el servicio.

Afirmó que la actitud de la EPS accionada ha sido negligente e incumple con sus funciones básicas al momento de agendar y ejecutar la consulta y procedimientos, considerando vulnerados los derechos fundamentales enunciados en el escrito tutelar.

Solicitó le tutelen los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social ordenando a la entidad accionada la asignación y ejecución del servicio de consulta de primera vez por especialista en neurología, y se le brinde el tratamiento integral por las patologías que padece trastornos de las meninges, no clasificado en otra parte.

LAS RESPUESTAS

1.- La IPS Fundación Clínica del Norte expresó que el servicio requerido de consulta de neurología fue programado para el 25 de enero del presente año a las 3:30 p.m., a realizarse en dicha institución con el especialista Omar Buriticá, lo cual fue confirmado con la accionante.

Solicitó se declare la carencia actual de objeto por hecho superado por haberse desplegado las conductas necesarias para satisfacer las pretensiones contenidas en la acción de tutela.

2.- La Nueva EPS informó que se encuentran en revisión del caso para determinar las presuntas demoras en el trámite de validación de solicitud anterior ante dicha entidad, aclarando que los documentos y/u órdenes de acuerdo con la pertinencia médica allegados al presente trámite, también están siendo revisados a fin de que cumplan las políticas para su procesamiento, y una vez se emita el concepto lo estarán remitiendo al juzgado por medio de respuesta complementaria con los respectivos soportes, en ser del caso.

Manifestó que a través de evaluación del caso conocerá a profundidad las necesidades de la paciente y la pertinencia de la acción de tutela, de lo cual tendrá la accionante conocimiento; indicando además, que según las funciones propias de las EPS, los servicios solicitados deben ser sometidos a procesos de validación por pertinencia médica y que la conducta de la Nueva EPS está guiada por el principio constitucional de la buena fe, ya que sus actuaciones se han ajustado al marco de la normatividad vigente, procediendo a adelantar las acciones positivas necesarias para atender la patología del usuario, por lo que no han vulnerado los derechos constitucionales de carácter fundamental de la paciente que los ponga en peligro.

Precisó que la Nueva EPS no presta un servicio de salud directamente, sino a través de sus IPS contratadas, las cuales programan las citas, cirugías y demás procedimientos que requiere el usuario de acuerdo con la disponibilidad de sus agendas.

Afirmó que frente al tratamiento integral, no se deben proteger hechos futuros e inciertos respecto a las conductas a seguir con el paciente, ya que hacerlo desbordaría el alcance de la acción de tutela y además una condena en esos términos incurre en el error de obligar a brindar

prestaciones que aún no existen, puesto que la obligación de un servicio de la EPS solo iniciar una vez la dolencia en salud ocurre y por ello un fallo concreto no genera violación de derecho fundamental alguno; así mismo, expresó que la persona encargada del cumplimiento de los fallos judiciales en acciones de tutela es la doctora Adriana Patricia Jaramillo Herrera, en su condición de Gerente Regional Noroccidente (encargada) en el departamento de Antioquia de la EPS accionada.

Solicitó se declare improcedente la acción de tutela toda vez que no se ha demostrado vulneración por parte de la EPS a los derechos fundamentales del usuario; no se puede endilgar incumplimiento por parte de la EPS ya su política es acatar y cumplir fielmente las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Plan Obligatorio de Salud; que no se tutele lo referente al tratamiento integral ya que no se pueden tutelar hechos futuros e inciertos; y, en caso de emitir alguna orden, autorice a la Nueva EPS efectuar el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) por los valores pagados en exceso de sus obligaciones legales.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de primera instancia concedió el tratamiento integral solicitado por la accionante, con los siguientes argumentos:

“...Con la documentación allegada con el escrito tutelar se acredita que Luz Dary Padilla Guerra se encuentra afiliada en salud a la NUEVA EPS en el régimen contributivo. Es decir, no se controvierte en este caso la legitimación por activa de la tutelante al pertenecer al régimen contributivo en seguridad social en salud al estar inscrita en la citada EPS; tampoco merece ningún

reparo la afección a la salud de la paciente, quien de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente, como es la historia clínica de fecha 16 de noviembre de 2023, presenta un cuadro clínico con la patología de trastornos de las meninges, no clasificados en otra parte; siendo ordenado por el médico tratante varios procedimientos y consulta de primera vez por especialista en neurología, tal y como se observa en la historia clínica y autorización de servicios ordenada por la EPS para el servicio solicitado en el escrito de tutela¹.

En la respuesta entregada por la IPS Fundación Clínica del Norte por se informa al despacho que el servicio requerido de consulta de neurología fue programado para el día 25 de enero del presente año a las 3:30 p.m., a realizarse en dicha institución con el especialista Omar Buriticá, lo cual se confirmó con la accionante, solicitando se declare la carencia actual de objeto por hecho superado por haberse desplegado las conductas necesarias para satisfacer las pretensiones contenidas en la acción de tutela

Por su parte, el vocero de la NUEVA EPS manifestó en su respuesta que se encuentran en revisión del caso para determinar las presuntas demoras en el trámite de validación de solicitud anterior ante dicha entidad, aclarando que los documentos y/u órdenes de acuerdo con la pertinencia médica allegados al presente trámite, también están siendo revisados a fin de que cumplan las políticas para su procesamiento, y una vez se emita el concepto lo estarán remitiendo al juzgado por medio de respuesta complementaria con los respectivos soportes, en ser del caso.

En comunicación sostenida por un empleado del juzgado con la señora Luz Dary Padilla Guerra, ésta manifestó que en efecto, el día 25 de enero del presente año fue atendida en la IPS Fundación Clínica del Norte por el servicio de neurología, y el médico tratante le dio orden de revisión para dentro de dos meses².

4.1. Concepto de hecho superado

La Corte Constitucional ha reiterado que si durante el trámite de una acción de tutela sobrevienen hechos o circunstancias que neutralicen el riesgo o hagan cesar la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se hubiere reclamado, queda sin materia el amparo y pierde razón cualquier orden que pudiera impartirse, que ningún efecto produciría, al no subsistir conculcación o amenaza alguna que requiriere protección inmediata, configurándose así el fenómeno de carencia actual de objeto, para lo cual ha identificado tres hipótesis en la que se encuentra la existencia de un hecho superado.

(...)

4.2. El tratamiento integral

Se encuentra decantado por la jurisprudencia constitucional que a través de la acción de tutela es posible solicitar el tratamiento integral, porque de esta forma se pretende garantizar la atención integral de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Cuando la atención integral es solicitada mediante una acción de tutela el juez constitucional debe tener en cuenta que esta procede en la medida en que concurran los siguientes supuestos:

(...)

De los anteriores extractos jurisprudenciales se puede concluir que con el

¹ Expediente digital 0573631890012024002500, archivo formato PDF "01AccionTutela", folios 9 a 12 y 6, respectivamente.

² Expediente digital 05736318900120240002500, archivo formato PDF "20InformeSecretarial".

tratamiento integral lo que se pretende es garantizar el acceso efectivo al servicio de salud del usuario y comprende un tratamiento sin fracciones, prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad, que no es otra cosa que la materialización de los principios de continuidad e integralidad en la prestación del servicio público de salud.

Además, la ley y la jurisprudencia constitucional han desarrollado todo un esquema de protección para los usuarios del servicio médico en salud, tanto para aquellos con capacidad económica, como los que carecen de ella. Así, a partir de la Ley 100 de 1993, con sus varias modificaciones ha protegido el derecho de los usuarios a recibir íntegramente todas aquellas asistencias médicas requeridas.

Se concluye que la finalidad del tratamiento integral es garantizar que las personas afectadas por la falta del servicio en salud obtengan continuidad en la prestación del servicio, y de paso, evitar que los afectados se vean en la necesidad de interponer nuevas acciones de tutela por cada servicio que les fue prescrito con ocasión a una misma patología y que les fuera negado.

Acorde con lo anterior, dando aplicación a la citada jurisprudencia, se hace necesario impartir una orden para que la protección al derecho fundamental de la salud sea efectiva, sin desconocerse esos principio regulados en el artículo 6 de la ley 1751 de 2015 correspondientes a la integridad y continuidad al no brindar de manera inmediata, prioritaria y expedita, sin ningún tipo de obstáculo la autorización para el suministro de los medicamentos que son objeto de la pretense acción constitucional, siendo su tratamiento de vital importancia para que el paciente lleve una vida en condiciones dignas más tratándose de una enfermedad del sistema nervioso que está catalogada como ruinosa o catastrófica, como es la meningitis, evidenciándose que la orden del servicio que requiere la accionante fue ordenado por el médico tratante doctora Daniela Puerta Bedoya, Neuróloga, adscrita a la IPS Fundación Clínica del Norte; en consecuencia, habrá de accederse a la pretensión de tratamiento integral frente a esa patología que dio inicio a la presente acción constitucional..."

LA IMPUGNACIÓN

La apoderada especial de la NUEVA EPS manifestó que el Juez de primera instancia decidió declarar la configuración de un hecho superado, por lo tanto, no existió o se superó la presunta vulneración a los derechos fundamentales invocados, razón por la cual no estima procedente la orden frente a un tratamiento integral.

Indicó que la Corte Constitucional ha explicado que la decisión de tutela carece de objeto cuando la protección inmediata cesa la amenaza a los derechos fundamentales de quien invoca su protección,

ya sea porque la situación que propiciaba dicha amenaza desapareció o fue superada.

Señaló que el hecho superado “se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela”³. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por la parte accionada y cuando se presenta el fenómeno del hecho superado, en términos de decisiones judiciales, la obligación del juez de tutela no es la de pronunciarse de fondo sino cuando estime necesario, “hacer observaciones sobre los hechos que originaron la acción de tutela, con el propósito de resaltar su falta de conformidad constitucional, condenar su ocurrencia y conminar a que se adopten las medidas necesarias para evitar su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”⁴, motivo por el cual resulta inconstitucional otorgar una orden de tratamiento integral cuando el objeto que motivó la acción de tutela se satisfizo al presunto afectado.

Consideró que, si el a quo declara el hecho superado, tal decisión implica la declaración de improcedencia de la acción, ya que no puede ser acompañada por la orden de tratamiento integral, pues ello en sí mismo es contradictorio; en tal sentido debe revocarse la orden del mencionado tratamiento integral.

Expresó que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter

³ Sentencia SU-540 de 2007.

⁴ Sentencia T-890 de 2013.

excepcional breve y sumario que permite la protección constitucional de derechos fundamentales, cuando quiera que esos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, y cuando no disponga para el efecto de otros medios de defensa judicial, ésta resultara viable siempre que se origine en hechos ciertos y reconocidos de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales; por lo que, la tutela será procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado, de lo cual se sigue que el juez de tutela no debe esperar la vulneración del derecho fundamental, para conceder la protección solicitada, sino que debe también acudir a la defensa de los derechos fundamentales invocados cuando estos se encuentran amenazados

Afirmó que, con relación a la integralidad que es ordenada en el fallo de tutela, es preciso tener en cuenta la Sentencia T-531 de 2009, MP Humberto Antonio Sierra Porto, en la que se afirma:

“El principio de integralidad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a) ; con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional.

(...) En los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.”

Aseveró que el reconocer el tratamiento integral a través de una sentencia de tutela es tanto como desconocer que existe una Ley que garantiza el acceso a un plan de beneficios en salud y el fallo de tutela está diseñado para proteger derechos cuando esos estén siendo vulnerados y amenazados y no puede presumir que ante un eventual atraso ocurrido una vez, en lo sucesivo la conducta será repetitiva y, por lo tanto, adelantarse a ello, adicionalmente, los servicios de salud que son ordenados al usuario por parte de los Médicos de la Red de Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de que habla la Resolución No 2366 de 2023, de acuerdo con lo establecido en el mismo acerca de los procedimientos y requisitos para ello.

Refirió que el asunto no se observa ningún soporte probatorio donde 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 indetermina el alcance del fallo de tutela. Paralelo a ello, los recursos del Sistema de Salud son finitos, tal como lo define la Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008, recursos que deben ser destinados exclusivamente a la prestación de tales servicios debidamente determinados y señalados por el médico tratante del paciente, por lo tanto, se reitera, no puede ordenarse la autorización de servicios eventuales, lo que puede generar una demanda desmedida por parte del actor.

Solicitó revocar la orden del suministro de un tratamiento integral, toda vez que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes

futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares y determinarlo de esa manera es presumir la mala actuación de esa institución por adelantado, no puede presumir el fallador que en el momento en que la usuaria requiera servicios no le serán autorizados.

Pidió que en caso de que, confirme los derechos invocados, solicitó adicionar, en la parte resolutive del fallo en el sentido de facultar a la Nueva EPS S.A. y en virtud de la Resolución 205 de 2020 (por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC), el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), de todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento al fallo de tutela

CONSIDERACIONES

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

alcanzar el nivel más alto de salud posible.

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto al principio de integralidad, la Honorable Corte Constitucional precisó⁵:

5.3. En ese sentido, la Corte ha dicho que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que se tenga que acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”*⁶. Así mismo, el denominado derecho obliga a las EPS a no entorpecer la prestación de los servicios con procesos o trámites administrativos que generen limitaciones para que los pacientes reciban la asistencia necesaria para garantizar de forma plena el derecho a la salud⁷.

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

Ahora, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene por objeto regular el servicio público

⁵ Ver Sentencia T-289 de 2013

⁶ Ver sentencia T-970 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), cuya posición es reiterada en la sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁷ Ver sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Así, el legislador creó dos regímenes de salud: el contributivo y el subsidiado.

Al régimen contributivo pertenecen las personas con un contrato de trabajo, los pensionados y jubilados, los trabajadores independientes y los servidores públicos con capacidad de pago. Quienes se afilian a este régimen deben cancelar una cotización mensual que se define de forma proporcional a sus ingresos y en contraprestación reciben la atención médica que se deriva del Plan Obligatorio de Salud.

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

“En esta perspectiva el Sistema General de Seguridad Social en Salud creado en la ley 100 de 1993 estableció las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Beneficios (el POS) para todos los habitantes del territorio nacional (art. 162 L. 100 de 1993).⁸ Dicho Plan constituye un conjunto de prestaciones, que deben satisfacer y garantizar las entidades promotoras del servicio, en armonía con la definición del plan obligatorio hecha por la autoridad competente, que para el efecto es la Comisión de Regulación en Salud (CRES). Actualmente, el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES establece la definición, aclaración y actualización integral del POS, para lo que es pertinente precisar que respecto al acceso a la prestación de los servicios, el Acuerdo 032 de 2012 del ente regulador mencionado, determinó que es el mismo para los dos regímenes existentes el contributivo y el subsidiado⁹.

3.2 La jurisprudencia constitucional, con base en la normatividad internacional, ha señalado que el derecho a la salud tiene cuatro dimensiones *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*¹⁰, de las cuales se deriva que toda persona tiene derecho al acceso a los servicios que se requieran incluidos o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.¹¹ Respecto a los servicios establecidos en el POS, la Corte ha señalado que *toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud.*

⁸ Sentencia T-730 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹ Sentencia T-020 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ Al respecto consultar la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la Observación General No 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, E/C.12/2000/4, CESCR.

¹¹ T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

De manera que, *'no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.'*¹²

Por su parte, ha señalado que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando se cumplen las siguientes condiciones: *"(i) que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente; (iii) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y. iv) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garante de la prestación está autorizada a cobrar."*¹³

(...)

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

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

¹² Corte Constitucional, sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

¹³ Sentencia T-355 de 2012 M.P. Luis Ernesto Varga Silva. Igualmente Cfr. T-834 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1022 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa se determinó que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (es decir que reúna los requisitos i, ii y iii) con necesidad (condición iv).

Para el caso concreto, se tiene que el Juez de primera instancia le ordenó a la NUEVA EPS brindar el TRATAMIENTO INTEGRAL que requiera la señora LUZ DARY PADILLA GUERRA, para la patología “TRASTORNOS DE LAS MENINGES, NO CLASIFICADOS EN OTRA PARTE”.

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

Observa la Sala que el Juez de instancia hizo un análisis indicando que la EPS era la entidad obligada a prestar los servicios requeridos por la señora LUZ DARY PADILLA GUERRA y dispuso la prestación del tratamiento integral que debe ser suministrado por la NUEVA EPS, con el fin de proteger cualquier situación de desventaja o que ponga en riesgo innecesario a la afectada, buscando con ello una integralidad en el tratamiento que requiere.

Es de anotar que, frente al tratamiento integral, no es verdad que la orden sea para hechos futuros e inciertos, pues está claro que la accionante padece actualmente “TRASTORNOS DE LAS MENINGES, NO CLASIFICADOS EN OTRA PARTE”, que es una paciente que requiere de atención y no puede estar supeditada a tener que interponer una acción de tutela cada vez que un servicio médico le sea negado, es claro que el tratamiento integral se refiere a lo que devenga de la patología “TRASTORNOS DE LAS MENINGES, NO CLASIFICADOS EN OTRA PARTE” y no sobre otras patologías.

De lo expuesto, puede verse fácilmente que el A quo acertó en su decisión con relación a la prestación de los servicios y el tratamiento integral, que dispone que en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud y de evitar una interrupción en la prestación del servicio, la paciente debe recibir todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico tratante, ordenándole a la EPS asumir la prestación del servicio que requiere, sin importar si trata de atenciones PBS o NO PBS, observe que si bien la entidad accionada autorizó la orden impartida por el médico tratante tardó más de dos meses para su autorización, ya que la cita fue el 16/11/2023 y solo hasta el 25/11/2023 fue autorizada más no efectiva, solo se logró hacer efectiva cuando se interpuso la acción de tutela, situación que complica y alarga el tratamiento requerido por la usuaria y a su vez perjudicando su estado de salud, es por ello que es primordial la orden de tratamiento integral para poder brindarle continuidad al tratamiento ordenado a la señora Padilla Guerra y así evitar futuras demoras o negaciones por trámites administrativos o económicos.

En cuanto al recobro solicitado, es claro que es un asunto estrictamente administrativo que desborda la facultad del Juez Constitucional al amparar los derechos fundamentales invocados por el accionante, por lo cual, la EPS deberá acudir ante la entidad competente y con el procedimiento señalado en el orden jurídico para tal fin.

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

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de

naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **97975ed15ff68d6a85e21caebd23360be30dfecd0aba8affeadd0fd9619693682**

Documento generado en 13/03/2024 03:44:29 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 050

RADICADO : 05 697 60 00000 2022 00001 (2024-0462-1)
PROCESADO : MARIA FERNANDA MURIEL GALEANO Y OTROS
DELITO : TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE
ESTUPEFACIENTES Y FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE
DE ARMAS DE FUEGO
ASUNTO : IMPEDIMENTO

VISTOS

Procede la Sala a resolver de plano, conforme las previsiones del artículo 57 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 82 de la Ley 1395 de 2010, el impedimento deprecado por el Juez Penal del Circuito de El Santuario, para conocer de las diligencias tramitadas en contra de la señora MARIA FERNANDA MURIEL GALEANO, VALENTINA ROJAS PÉREZ, BRAYAN ALEXANDER VARGAS, JOSÉ CARLOS GUTIÉRREZ y MIGUEL ÁNGEL DELGADO por los punibles de fabricación, tráfico, porte y tenencia de armas de fuego o municiones y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

LO SUCEDIDO

El Juez Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, mediante auto del 28 de febrero de 2024 se declaró impedido para conocer del proceso que se tramita en contra de MARÍA FERNANDA MURIEL GALEANO, VALENTINA ROJAS PÉREZ, BRAYAN ALEXANDER VARGAS, JOSÉ CARLOS GUTIÉRREZ y MIGUEL ÁNGEL DELGADO, afirmando que se encuentra inmerso en la causal de impedimento de que trata el artículo 56 Nral. 13 de la Ley 906 de 2004.

Al respecto indicó que dentro del proceso con CUI. 05 697 60 00000 2022 00001 el día 14 de julio de 2022, avocó conocimiento del escrito de acusación en relación con unos hechos imputados, sin embargo, en dichas diligencias se declaró impedido y dispuso la remisión al Juzgado Penal del Circuito de Marinilla (Ant) la cual se hizo efectiva el 26 de agosto de 2022.

Lo anterior, en virtud a que el 24 de mayo de 2022 conoció del recurso de apelación interpuesto contra la decisión que le impuso medida de detención preventiva en establecimiento Carcelario a María Fernanda Muriel Galeano y Valentina Rojas Pérez, decisión que fue confirmada en su integridad. Adicionalmente expuso que conoció en segunda instancia en función de garantías con auto del 1° de diciembre de 2022 recurso de alzada respecto de la negativa de solicitud de la señora María Fernanda Muriel Galeano de revocatoria de detención intramural, decisión que fue confirmada por el Despacho.

En consecuencia, al haber asumido control de garantías en segunda instancia en dos oportunidades, afirmó el Titular de ese Despacho Judicial, estar inmerso en la causal impeditiva para continuar con el conocimiento del proceso, de que trata el artículo 250 Constitucional en su numeral 1°, Inc., 2°, desarrollado en el artículo 56 Nral. 13 de la Ley 906 de 2004, lo que conlleva a que bajo los parámetros del artículo 57 Ibídem, reformado por la Ley 1395 del 12 de julio de 2010 en su artículo 82, remitiera la actuación al Juez Penal del Circuito de Marinilla (Ant), para que se pronunciara al respecto.

Una vez recibido el asunto por parte del Juez Penal del Circuito de Marinilla, mediante auto del 06 de marzo de 2024, decidió no aceptar el impedimento invocado por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, en primer lugar, porque en el auto de impedimento no se explicaron las razones por las cuales el Juez adujo que perdía imparcialidad en el caso concreto y en segundo lugar, en virtud a que frente a las nuevas imputaciones celebradas en contra de los procesados, el Juez que se declara impedido no ha actuado como Juez de control de Garantías, en tanto, si bien emitió decisión en segunda instancia en sede de control de garantías el 24 de mayo de 2022 y el 01 de diciembre de 2022 y eso llevó a que se hubiese declarado impedido con anterioridad y las diligencias fueran asignadas al Despacho Penal del Circuito de Marinilla, dicha oficina judicial en audiencia del 24 de mayo de 2023 decretó la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de Imputación realizada el día 03 de mayo del año 2022 a los procesados.

De conformidad con lo anterior, al haberse presentado nuevas imputaciones y radicado nuevamente el escrito de acusación, después de la declaratoria de nulidad, el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, no ha actuado en dichas diligencias pues no ha actuado como Juez de control de garantías y no brindó explicaciones de los motivos de pérdida de ecuanimidad para no conocer de la actuación.

CONSIDERACIONES

Como en otras ocasiones ha sido explicado por parte del Tribunal, para que la manifestación de impedimento por parte del juzgador o la recusación que le formule alguna de las partes alcance su cometido, esto es, la separación del conocimiento de un determinado asunto, es imprescindible que la causal invocada esté fundamentada en aspectos que demuestren en el funcionario un interés particular que lo afecte directa o indirectamente y, por lo mismo, que puedan socavar la imparcialidad y la ponderación en el juicio que debe realizar, es decir, que la causal se orienta a salvaguardar la absoluta independencia con que los jueces deben resolver los casos sometidos a su conocimiento.

Para el presente caso, el Juez Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, consideró que se encuentra inmerso en la causal de impedimento prevista en el numeral 13 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal por lo que se encuentra impedido para asumir en sede de conocimiento la investigación penal que se adelanta por la Fiscalía General de la Nación, en contra de MARIA FERNANDA

MURIEL GALEANO, VALENTINA ROJAS PÉREZ, BRAYAN ALEXANDER VARGAS, JOSÉ CARLOS GUTIÉRREZ y MIGUEL ÁNGEL DELGADO, por los punibles de fabricación, tráfico, porte y tenencia de armas de fuego o municiones y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por haber emitido en sede de control de garantías en segunda instancia decisiones proferidas el 24 de mayo de 2022 y el 01 de diciembre de 2022, que confirmó imposición de medida de aseguramiento en establecimiento carcelario a María Fernanda Muriel Galeano y Valentina Rojas Pérez y confirmó negativa de solicitud de revocatoria de detención intramural a María Fernanda Muriel Galeano, respectivamente.

Por lo anterior, se deduce que la causal que se pretende invocar es la prevista en el numeral 13 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 dispone:

“13. Que el juez haya ejercido el control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo..”.

Al respecto, revisadas las diligencias se pudo constatar que el Juez Penal del Circuito de El Santuario con auto del 24 de mayo de 2022, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la defensa, frente a la decisión proferida por la Jueza de Control de Garantías del municipio de El Santuario que impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario ante la gravedad del hecho, por la protección a la comunidad y ante la posibilidad de no comparecencia al proceso a

las imputadas María Fernanda Muriel Galeano y Valentina Rojas Pérez, confirmando la decisión en su integridad. Así mismo, se vislumbró en la actuación que el titular de dicha oficina Judicial actuó también como Juez de control de garantías de segunda instancia, respecto del recurso interpuesto por la defensa de la señora María Fernanda Muriel Galeano, frente a la negativa de solicitud de revocatoria de detención intramural por ser madre cabeza de familia, decisión que fue confirmada mediante auto del 01 de diciembre de 2022.

En consecuencia, remitida la actuación ante el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, y al instalar la audiencia preparatoria el 24 de mayo de 2023, ante la solicitud de nulidad de la actuación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 457 del C.P.P. por violación a garantías fundamentales en concordancia con el 29 el C.P.; el funcionario judicial luego de hacer referencia a las causales de nulidad, a los momentos procesales para invocar la nulidad, al derecho procesal y a la prevalencia del derecho sustancial, resuelve acceder a la solicitud y ordena decretar la nulidad desde la audiencia de formulación de imputación realizada el 03 de mayo de 2022 y dispuso la libertad inmediata de los procesados. Contra la decisión no se interpuso recurso alguno.

Conforme lo reseñado, el Juez Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, consideró que no podía continuar conociendo del juicio que se adelanta por la Fiscalía General de la Nación, en contra de MARIA FERNANDA MURIEL GALEANO, VALENTINA ROJAS PEREZ, BRAYAN ALEXANDER VARGAS PONTIEL, JOSE CARLOS GUTIERREZ LYON Y MIGUEL ANGEL DELGADO

NIETO, por haber conocido el despacho de sendas decisiones en sede de control de garantías.

Sin embargo, para la Sala es claro que la causa de inhabilidad esgrimida, no se estructura, porque no se advierte dentro de los argumentos expuestos que el funcionario judicial en decisión del 24 de mayo de 2022 y el 01 de diciembre de 2022, haya emitido algún juicio de valor frente a la conducta endilgada, ni mucho menos frente a la responsabilidad penal de los procesados con respecto a los hechos por los cuales se tramita la actuación. Y tampoco puede afirmarse que hubo valoración de pruebas, pues éstas solo tienen ese carácter después de su práctica en el juicio oral contradictorio y no para la mera verificación de solicitud de revocatoria y sustitución de medidas de aseguramiento, donde solo se establece un mínimo probatorio que lo soporte.

Lo anterior, sumado a que como lo indicó el Juez Penal del Circuito de Marinilla, dicho despacho en decisión del 24 de mayo de 2023 decretó la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, ante lo cual se advierte en consecuencia que el Juez Penal del Circuito de El Santuario, no ha actuado en sede de control de garantías en las presentes diligencias.

Consecuente con lo anterior, es claro entonces que la situación que puso de presente el Juez no altera la imparcialidad para el trámite del presente asunto.

Ya la Sala en diversas oportunidades ha expresado que el instituto de los impedimentos y las recusaciones tiene una clara fuente constitucional, pues, de un lado, el artículo 228 de la Carta Política

dispone que la administración de justicia es función pública y que sus decisiones son independientes, y, de otro, el artículo 230 de la misma prevé que en sus providencias los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley.

En desarrollo del principio de imparcialidad que debe presidir las actuaciones judiciales, la legislación procesal ha previsto una serie de causales de orden objetivo y subjetivo por virtud de las cuales el juez debe declararse impedido para decidir, garantizando a las partes, terceros, demás intervinientes e incluso a la comunidad en general, la transparencia y rigor que deben presidir la tarea de administrar justicia.

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

Para el asunto que ocupa la atención de la Sala, revisadas las decisiones del 24 de mayo de 2022 y 01 de diciembre de 2022, no se observó ningún juicio de valor sobre la responsabilidad penal de

los enjuiciados, frente a la conducta punible enrostrada, ni tampoco puede decirse que hubo valoración alguna de los elementos materiales probatorios sobre la referida conducta, máxime que lo que se analizó fue una solicitud de revocatoria y sustitución de medida de aseguramiento, respectivamente.

Es que frente a la presunta valoración de los elementos materiales probatorios, los mismos no fueron analizados en torno a la responsabilidad de las procesadas, sino que el análisis se centró en la procedencia o no del cambio de medida de aseguramiento intramural.

Se vislumbró que el análisis de las peticiones de revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento no implicaron la realización de juicios de responsabilidad, análisis de culpabilidad o presencia de causales excluyentes de responsabilidad, es decir, no requirió de un examen jurídico, ni de valoración probatoria. Ello sumado, a como se dejó claro, que en decisión del 24 de mayo de 2023 el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla decretó la nulidad de la actuación desde la audiencia de formulación de imputación, por lo que el Juez Penal del Circuito de El Santuario, no ha conocido en sede de control de garantías. Esto es, ante la declaratoria de nulidad, toda la actuación se tiene como no surtida y, por tanto, no puede afirmarse que ante el nuevo proceso que inició con nueva formulación de imputación, el Juez Penal del Circuito de El Santuario haya actuado en función de control de garantías.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

Declarar infundado el **IMPEDIMENTO** aducido por la Juez Penal del Circuito de El Santuario (Ant.), para declinar el conocimiento del asunto que por *los punibles de fabricación, tráfico, porte y tenencia de armas de fuego o municiones y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, se sigue en contra de *MARÍA FERNANDA MURIEL GALEANO, VALENTINA ROJAS PÉREZ, BRAYAN ALEXANDER VARGAS, JOSÉ CARLOS GUTIÉRREZ y MIGUEL ÁNGEL DELGADO.*

Consecuencia de ello se ordena retornar la actuación a dicho despacho judicial para que continúe con la actuación, acorde con lo ya explicado.

COMUNÍQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **593f170e6c5adf851781ba3cf3be1b3c4b769be0c211f98d9456dad74be2ea16**

Documento generado en 13/03/2024 03:44:08 PM

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

Radicado: 0 5000-22-04-000-2024-00083 (N.I. 2024-0242-1)

Accionante: Daimer Andrés Jaramillo Landeta

Accionado: Juzgado Promiscuo Municipal de Briceño Antioquia y otros.

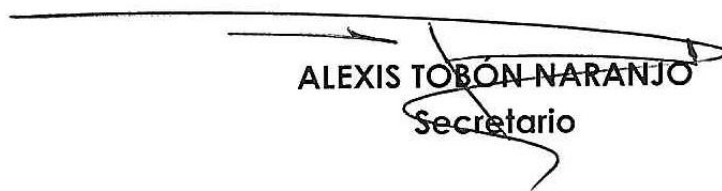
CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado EDILBERTO ANTONIOP ARENAS CORREA expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Se indica H. Magistrado que el accionante se encuentra privado de la libertad y en aras de realizar la notificación personal al mismo, se libró el respectivo exhorto al área jurídica del CPMSAPD (Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Apartadó), diligencia que fue realizada el día 23 de febrero pasado²; ahora bien, es de anotar que para la fecha (26-02-2024), se recibió desde el centro de servicios de los Juzgados de E.P.M. de Antioquia escrito de impugnación el cual fue allegado desde el correo cabadiamarcos676@gmail.com (Marcos Cabadia) siendo este el mismo correo desde el cual se remitió la acción tutelar a la oficina judicial para su reparto³ pese a que el accionante como se indicó se encuentra detenido.

Es de anotar que dentro del trámite de notificación hubo de tenerse notificado para el día 26 de febrero de 2024, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 al accionado Juzgado Promiscuo Municipal de Briceño Antioquia, a quien se le remitió la respectiva notificación del fallo de tutela a su correo electrónico institucional el día 22 de febrero, sin que acusare recibido del mismo⁴.

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 27 de febrero de 2024 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 29 de febrero de 2024.

A Despacho hoy, 06 de marzo de 2024.


ALEXIS TOBON NARANJO
Secretario

¹ PDF 18-19

² PDF 17

³ PDF 01 y 18

⁴ PDF 20

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 0 5000-22-04-000-2024-00083 (N.I. 2024-0242-1)
Accionante: Daimer Andrés Jaramillo Landeta
Accionado: Juzgado Promiscuo Municipal de Briceño Antioquia y otros.

Medellín, seis (06) de marzo de dos mil veinticuatro

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 Daimer Andrés Jaramillo Landeta, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
MAGISTRADO**

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: **2dd5ff95eb09b38a9c1ce51073f3f5bf32391c9f9cf8513c8b5fc88e2f7c8209**

Documento generado en 07/03/2024 04:25:55 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado	0500022040002024-00154
R.I.	2024-0489-2
Actuación	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
Accionante	JORGE LUIS OLIVEROS RONDANO
Accionado	MAIKOL EMILIO SÁNCHEZ GONZÁLEZ
Decisión	DEVUELVE TRÁMITE

Correspondió a la suscrita por reparto en la fecha, la acción constitucional bajo número interno 2024-0489-2, promovida por el doctor Jorge Luis Oliveros Rondano, como agente oficioso del ciudadano **MAIKOL EMILIO SÁNCHEZ GONZÁLEZ** en contra del **JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE CAUCASIA**.

No obstante, una vez se disponía la suscrita avocar conocimiento se percata de un indebido planteamiento por el **Juez Promiscuo del Circuito de Caucasia – Antioquia**, al amparo de la causal 6° del artículo 56 del C.P.P, conforme lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 2594 de 1991.

Los motivos fundantes del desacierto, es cuando se argumenta por el Servidor Primigenio que, ante el impedimento era del caso remitir la acción constitucional al Despacho que por especialidad le seguía en turno para conocer de la actuación, esto es, el Juzgado Penal del Circuito de El Bagre-Antioquia, pero en su sentir ese Juzgado también podría verse involucrado por pasiva para pronunciarse sobre los hechos, pretensiones y procedibilidad de la acción constitucional.

Bajo este panorama, no tiene eco de prosperidad, la remisión que perpetró del mecanismo tuitivo de manera directa el A - quo al Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal, ello por cuanto, en primera medida a todas luces va en contravía de las reglas de reparto de este mecanismo de protección decantadas en los Decreto 2594 de 1991, Decreto 1983 de 2017 y el más reciente Decreto 333 de 2021, que dispone:

“...ARTÍCULO 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

5. Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada...”

Aunado a lo anterior, no se agotó el procedimiento que debía surtir ante el Juzgado Penal del Circuito de El Bagre-Antioquia, para que su titular se pronunciará del impedimento planteado, como quiera que este tipo de figuras que inhiben de seguir conociendo de un proceso por concurrir algún obstáculo legal, son de carácter personal e intransferible, debiéndose trabar la controversia entre los jueces para poder resolver o asumir la diligencia objeto de discusión; máxime cuando este imperativo de clara solidez constitucional, no obedece a la simple voluntad o capricho del funcionario, ni mucho menos

corresponde a quien lo proclama seleccionar a su antojo el funcionario a quien se le consigna la causa.

Al respecto debe aludirse a la la Ley 1395 de 2010, “por la cual se adoptan medidas de descongestión judicial”, cuyo artículo 82 modificó el 57 original del C.P.P., referido al trámite del impedimento, señalando textualmente lo siguiente:

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

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

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

En este sentido, no es admisible que el Juez postulante salte el debido trámite basándose en simples suposiciones o hipótesis de carácter abstracto, siendo esencial que el funcionario que le sigue en turno, o él del lugar más cercano, sea directamente quien en su juicio interno proclame su imposibilidad de conocer del trámite que se le está poniendo a consideración.

A este tenor, la suscrita encuentra que la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, carece de competencia para conocer de la presente acción tuitiva, disponiéndose la remisión **INMEDIATA** del expediente electrónico, con el fin de que este mecanismo sea sometido con prioridad al **JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL**

DE CAUCASIA - ANTIOQUIA, para que el titular imprima el trámite pertinente.

De igual forma, desde ya se planteará el respectivo conflicto negativo de competencia, de no ser admitido lo expuesto en preminencia.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la falta de competencia para conocer de la presente acción constitucional.

SEGUNDO: ORDENA la remisión de manera **INMEDIATA** del expediente electrónico, al **JUZGADO PRIMERO PROMISCO MUNICIPAL DE CAUCASIA -ANTIOQUIA**, de conformidad con lo expuesto en el aparte considerativo.

TERCERO: SE PLANTEA el conflicto negativo de competencia a que haya lugar, de no ser admitido lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

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

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

Código de verificación: **ff0ab6e4d42bef6a2fbe2430f8db3e3feaa1f32662316a7895414665db60ef0c**

Documento generado en 14/03/2024 08:38:36 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación: 05837-31-04-002-2024-00008-01 (2024-0281-3)
Accionante: **YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ**
Accionados: Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio -FOMAG
Fiduprevisora S.A.
Distrito de Turbo, Antioquia
Procedente: Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo.
Motivo: Impugnación fallo tutela.
Decisión: Modifica
Aprobado: Acta No. 091 del 13 de marzo de 2024

Medellín, Antioquia, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

I. ASUNTO

El propósito de esta providencia es decidir la impugnación interpuesta por las accionadas contra el fallo proferido el 7 de febrero de 2024, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, mediante el cual amparó los derechos fundamentales de petición, debido proceso y seguridad social en cabeza de YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ, dentro de la acción de tutela que esta interpuso, por medio de apoderada, en contra de la Secretaría de Educación de Turbo, Antioquia, Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y la Fiduprevisora S.A.

II. HECHOS Y SOLICITUD

La accionante, Diana Carolina Álzate Quintero, quien actúa en representación judicial de YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ, afirmó que el 27 de abril de 2023

a través de la plataforma SAC (sistema de atención al ciudadano) radicó ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitud para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de su representada, siendo asignado el No. TUR2023ER001468.

Agregó, la Secretaría de Educación del municipio de Turbo, Antioquia, emitió respuesta el 8 de septiembre de 2023, notificándole sobre la constancia de envío del proyecto de acto administrativo que reconoce el derecho a la prestación solicitada por su representada con destino a la Fiduprevisora S.A., entidad que administra el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

Sostuvo que al 4 de enero de 2024, es decir, transcurridos cuatro meses de enviado el proyecto, no se ha notificado por parte de la Secretaría de Educación de Turbo, Antioquia, el acto administrativo que conceda el derecho a la pensión por jubilación de su poderdante, excediendo así el plazo máximo legal establecido en el Decreto 1272 de 2018.

Por lo anterior, demanda se protejan los derechos fundamentales de la señora YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ, ordenando a las accionadas dar trámite a la solicitud elevada y emitir decisión de fondo.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Correspondió, por reparto, al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, conocer en primera instancia esta acción constitucional, autoridad que, mediante auto del 25 de enero de 2024, avocó su conocimiento y corrió traslado a las demandadas.

Al contestar la demanda el Secretario de Educación y Cultura del Municipio de Turbo, Antioquia, manifestó es cierto que la accionante radicó petición y que esa

entidad emitió contestación, documentación que fue enviada junto con el proyecto de acto administrativo de reconocimiento al FOMAG- Fiduprevisora S.A., a través del correo institucional, pues para la fecha de la solicitud el módulo “Humano en Línea” (Módulo de Pensiones y Otros Trámites) no se encontraba funcionando.

Por lo tanto, se encuentra a la espera de que la Fiduprevisora S.A. envíe la respuesta para continuar la gestión desde esa Secretaría, razón por la cual ha dado cumplimiento y se opone a las pretensiones que incumben con esa entidad.

A su turno, la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, informó que actualmente se encuentra vigente un aplicativo creado para el recibo, envío y trámites de las prestaciones sociales entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y los entes territoriales (Secretarías de Educación) conforme lo dispuesto por el Decreto 1272 de 2018.

Una vez validada la petición de la accionante no se encontró que la Secretaría de Educación haya radicado la prestación objeto de la acción constitucional, indicando los pasos que deben seguirse para adelantar la solicitud de prestación económica.

Por último, señaló, la entidad fiduciaria no puede realizar reconocimientos, modificaciones, correcciones, adiciones, ni realizar algún pago sin que exista acto administrativo que así lo determine y que sus únicas dos funciones a esa entidad atribuidas son: *“ESTUDIAR los proyectos de acto administrativo (Resolución) que remiten las Secretarías de Educación a nivel nacional, devolviendo el resultado, en calidad de negado o aprobado y PAGAR las prestaciones sociales reconocidas a través de una Resolución (Acto administrativo) que única y exclusivamente pueden promulgar las Secretarías de Educación a nivel nacional, una vez dicho ente territorial nos remita toda la documentación legalmente necesaria para*

proceder con el pago, es decir, copia de la resolución con constancia de ejecutoria y orden de pago sin errores.”

En consecuencia, peticionó declarar improcedente la acción de tutela e instar a la Secretaría de Educación con el fin de que proceda a realizar la remisión del acto administrativo que resuelve la solicitud de la parte actora.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El *a quo*, mediante fallo de 7 de febrero de 2024, tuteló los derechos de petición, debido proceso y seguridad social incoados por YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ, tras considerar que con los elementos de juicio aportados a la actuación se logró establecer que la solicitud fue radicada el 27 de abril de 2023 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya respuesta fue comunicada el 8 de septiembre de la pasada anualidad a la accionante, informando que conforme al régimen aplicable no tiene derecho a la pensión de jubilación, y debe radicar la solicitud de pensión de vejez, remitiendo a su vez a la Fiduprevisora S.A. la solicitud mediante archivo PDF y no por el aplicativo Humano en Línea.

Luego de citar el contenido del artículo 2.4.4.2.3.2.2. del Decreto 1272 de 2018, que prevé los pasos para las solicitudes relacionadas con las prestaciones económicas que reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, expuso que el Distrito de Turbo no realizó el trámite correspondiente para la radicación de la solicitud de reconocimiento de prestaciones económicas, pues admitió, haberla efectuada mediante archivo PDF y no por el aplicativo dispuesto.

Con base en lo antes mencionado concluyó debe brindarse una efectiva protección a los derechos fundamentales de la accionante, en consecuencia, dispuso:

“SEGUNDO: ORDENAR al DISTRITO DE TURBO ANTIOQUIA para que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, remira al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG –FIDUPREVISORA S.A. a través del aplicativo para ello dispuesto, esto es HUMANO, la solicitud del reconocimiento de la pensión de la señora YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ.

TERCERO: ORDENAR al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – FIDUPREVISORA S.A. para que, en el término de 48 horas contados a partir de la radicación de la solicitud del reconocimiento de la prestación económica de la señora YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ, por parte del DISTRITO DE TURBO ANTIOQUIA, imparta el trámite correspondiente y se le notifique a la misma.”

V. DISENSO

Inconformes con la decisión, las accionadas con escritos del 8 y 12 de febrero de 2024, impugnaron el fallo de primera instancia.

El Secretario de Educación y Cultura del Distrito de Turbo, Antioquia, manifestó, no se tuvo en cuenta el acervo probatorio acopiado, pues esa entidad dio respuesta a la señora YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ, emitió el proyecto de acto administrativo¹ el cual remitió junto con toda la documentación a la Fiduprevisora S.A., siendo asignado a la señora Carol Andrea Albarracín Espinosa bajo el radicado No. 20231012064442 del 8 de septiembre de 2023, el cual al ser consultado aparece como reasignado.

Aclaró que, el régimen prestacional de la accionante se adecuaba al previsto en el Decreto 1278 de 2002, cuyo procedimiento años anteriores se hacía por la

¹ PDF012, folios 82 a 84 expediente digital

plataforma ONBASE, en donde se radicaban las prestaciones económicas solicitadas por el personal docente oficial hasta el año 2022, sistema en el cual se cargaban los documentos por los funcionarios de las Secretarías una vez se revisaba el lleno de los requisitos y se mandaban para la Fiduprevisora S.A., para su aprobación o en su defecto para que negara la solicitud.

Sin embargo, dicha herramienta tecnología fue cerrada definitivamente por la Fiduprevisora S.A. y para el año 2023 se habilitó el nuevo sistema denominado “Humano en Línea” (Modulo de Pensiones y Otros Trámites), el cual no funcionaba de manera óptima para la fecha en que se elevó la solicitud de la señora YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ, motivo por el cual esa Secretaría dispuso remitir el expediente junto con el proyecto de acto administrativo de reconocimiento en archivo PDF por el plan alternativo a los correos institucionales aun cuando no se había indicado.

En el caso puntual, no se ha podido finalizar esta clase de pensión, dado que la plataforma está diseñada para recibir las prestaciones que cumplan con los requisitos que la normatividad señala para cada proceso, y en este asunto se trata de un caso atípico ya que se emitió un acto administrativo desfavorable en donde los apoderados pueden presentar demandas de nulidad y restablecimiento del derecho y la Fiduprevisora S.A. no tiene parametrizada la herramienta para que los docentes o sus apoderados puedan cargar los documentos de esta clase de prestación social que están invocando.

Así las cosas, solicita se revoque la decisión confutada en aras de darle agilidad a la solicitud de la peticionaria y sea tomado en cuenta el envío realizado por esa Secretaría ya que en el tiempo que se hizo el trámite la herramienta tecnológica dispuesta por la Fiduprevisora S.A. no funcionaba para que la población docente, las secretarías de educación y los apoderados cargaran los documentos en la herramienta tecnológica.

De manera subsidiaria solicita de no ser acogida su pretensión, se inste a la Fiduprevisora S.A. aclarar de manera pormenorizada el procedimiento a seguir para que ese tipo de documentación pueda ser cargada a la herramienta tecnológica dispuesta y no vulnerar los derechos de los peticionarios.

La Jefe de Gerencia Jurídica de Negocios Especiales (FOMAG) – Fiduprevisora S.A. indicó que la persona responsable de dar cumplimiento a providencias judiciales derivadas de procesos de tutela es la doctora Magda Lorena Giraldo Parra, en calidad de Directora de Prestaciones Económicas, Encargada, siendo su superior jerárquico el Doctor Edwin Alfredo González Rangel, en su calidad de Vicepresidente Fondo de Prestaciones del Magisterio, Encargado.

Luego de traer a colación la naturaleza jurídica de dicha entidad, el procedimiento establecido para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y la improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento definir derechos litigiosos, expuso, se encuentra imposibilitada para dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela, teniendo en cuenta que de conformidad con el Decreto 1272 de 2018 la Secretaría de Educación es la responsable de remitir el proyecto de acto administrativo para el estudio, lo cual no se ha surtido.

Igualmente, señaló, el Juzgado de instancia en la sentencia ordenó a esa entidad atender la solicitud de la accionante en un término que no se encuentra previsto en la Ley, aun cuando todas las actuaciones las ha surtido ante la Secretaría de Educación de Turbo.

Por consiguiente, la tutela debe ser declarada improcedente en lo que se relaciona con Fiduprevisora S.A., pues no ha vulnerado derecho alguno de la parte accionante. Del mismo modo, peticiona se requiera a la Secretaría de

Educación como responsable de emitir el acto administrativo que reconoce la prestación de la actora.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Sala para pronunciarse, en trámite de segunda instancia, de la presente acción de tutela de conformidad con lo previsto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991².

¿La Secretaría de Educación Turbo, Antioquia, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y la Fiduprevisora S.A., desconocieron el derecho fundamental de petición de la actora por haber tenido como no radicada la solicitud efectuada a través de una cuenta de un aplicativo distinto al dispuesto para tal fin?

Desde ya se indica que la Sala modificará la decisión de primera instancia, pues de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, toda persona podrá hacer uso de cualquier medio tecnológico o electrónico dispuesto por los organismos de la administración pública para presentar peticiones, quejas o reclamos, razón por la cual la Secretaría de Educación de Turbo, Antioquia, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y la Fiduprevisora S.A., no podían negar la existencia de la petición, así como tampoco sustraerse al deber de dar respuesta de manera oportuna, de fondo, congruente con lo solicitado y haberla puesta en conocimiento de la solicitante.

Conforme al artículo 86 de la Constitución Política, toda persona que considere soslayados sus derechos fundamentales, a causa de la acción u omisión de cualquier autoridad pública o privada, cuenta con la vía preferente de la tutela para

²Decreto 2591 de 1991. Artículo 32. Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al **superior jerárquico** correspondiente.

conjurar su situación de riesgo, mecanismo para cuya interposición se exigen mínimos requisitos.

A su vez, el artículo 23 de la Carta Política dispone que *«toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. Igualmente, señala la norma que el legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales»*.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el derecho fundamental de petición carece de mecanismos diferentes a la acción de tutela para su protección, por lo cual esta se constituye en la mejor herramienta para su efectivización.

Sobre la facultad de formular la petición, la jurisprudencia constitucional tiene dicho que a través de él se busca la posibilidad efectiva y real para las personas de presentar solicitudes respetuosas ante las autoridades o particulares sin que pudieran abstenerse de recibirlas y por ende de tramitarlas.

Las autoridades públicas y los particulares, en los casos definidos por la ley, tienen el deber de resolver de fondo las peticiones interpuestas, es decir, una respuesta clara, precisa y congruente con lo solicitado, es decir, resolver materialmente la petición.

También que una respuesta de fondo deber ser: *“(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas ; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una*

petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”⁹

En cuanto a la respuesta se presentan dos exigencias, la primera que debe ser resuelta dentro del término legal y la segunda, la notificación, esto es, que el interesado pueda conocer la decisión que la entidad o el particular profirió frente a su solicitud.

La Ley Estatutaria 1755 de junio 30 de 2015 definió el objeto, las modalidades y los términos con los que contaban las autoridades para dar respuesta al derecho de petición. Por regla general, toda petición debe resolverse dentro de los 15 días siguientes a su recepción. Las de documentos y de información deberían resolverse dentro de los 10 días siguientes a su recepción. Las de consulta en el término de 30 días y en caso de que la petición no se pudiera resolver en dichos términos, la entidad debía informar esa circunstancia antes del vencimiento señalando un plazo razonable para dar respuesta.

Ahora bien, la Corte abordó también los términos inherentes a las diferentes modalidades del derecho de petición, tras comprender que, en ocasiones, la complejidad de lo pedido requiere que la autoridad disponga de un plazo razonable para evacuarla. Así las cosas, en tratándose de solicitudes de índole pensional, la Corte consideró lo siguiente:

“Respecto de las solicitudes relacionadas con los derechos pensionales, la sentencia SU-975 de 2003 al analizar un proceso acumulado de 14 expedientes, entre los que se encontraba un grupo de personas que elevaron peticiones a Cajanal para solicitar diferentes reconocimientos sobre su pensión de vejez, sin que al momento de interponer la tutela hubiesen obtenido una respuesta, la Corte hizo una interpretación de los artículos 19 del Decreto 656 de 1994, 4 de la Ley 700 de 2001, 6 y 33 del Código Contencioso Administrativo y señaló que las autoridades deben tener en cuenta tres términos que corren transversalmente, para responder las peticiones pensionales, pues su incumplimiento acarrea una transgresión al derecho de petición.

(i) 15 días hábiles para todas las solicitudes en materia pensional –incluidas las de reajuste– en cualquiera de las siguientes hipótesis: a) que el interesado haya solicitado información sobre el trámite o los procedimientos relativos a la pensión; b) que la autoridad pública requiera para resolver sobre una petición de reconocimiento, reliquidación o reajuste un término mayor a los 15 días, situación de la cual deberá informar al interesado señalándole lo que necesita para resolver, en qué momento responderá de fondo a la petición y por qué no le es posible contestar antes; c) que se haya interpuesto un recurso contra la decisión dentro del trámite administrativo.

(ii) 4 meses calendario para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición, con fundamento en la aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994 a los casos de peticiones elevadas a Cajanal;

(iii) 6 meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales, ello a partir de la vigencia de la Ley 700 de 2001.

Cualquier desconocimiento injustificado de dichos plazos legales, en cualquiera de las hipótesis señaladas, acarrea la vulneración del derecho fundamental de petición. Además, el incumplimiento de los plazos de 4 y 6 meses respectivamente amenaza la vulneración del derecho a la seguridad social. Todos los mencionados plazos se aplican en materia de reajuste especial de pensiones como los pedidos en el presente proceso". (Negrilla fuera del texto)

Ahora, en cuanto a la forma de elevar el derecho de petición debe decirse que puede ser radicado de manera física o a través de medios tecnológicos. Respecto de estos últimos, ha dicho la Corte Constitucional que son herramientas a través de las cuales se permite la transmisión digitalizada de documentos, datos e informaciones, lo que supone un diálogo entre al menos un emisor y un receptor. Dichas herramientas hacen parte de lo que se ha denominado las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones dentro del cual se halla la informática y en el que se ubica la internet.

Ahora, el artículo 5º del C.P.A.C.A., prevé como derechos de las personas ante las autoridades, que las peticiones pueden presentarse en cualquiera de sus modalidades y por cualquier medio idóneo. Por su parte, el artículo 7 de la misma codificación enseña como deberes de las entidades tramitar las petitorias que fueran remitidas por medios electrónicos y adoptar los medios tecnológicos

para el trámite y resolución de peticiones, y permitir el uso de medios alternativos para quienes no dispusieron de aquellos.

La Ley 527 de 1999, autorizó el uso de medios tecnológicos para las actuaciones electrónicas de la administración, con lo cual dio plenas facultades probatorias a la información y al contenido que se encontrara en un mensaje de datos, en la medida que los documentos electrónicos tenían la capacidad de brindar iguales niveles de seguridad que el documento físico (papel). Por lo anterior, la sentencia T - 230 de 2020, señaló que *“las peticiones formuladas a través de mensajes de datos en los diferentes medios electrónicos habilitados por la autoridad pública – siempre que permitan la comunicación–, deberán ser recibidos y tramitados tal como si se tratara de un medio físico.”*

Por su parte, la Ley 527 de 1999, autorizó el uso de medios tecnológicos para las actuaciones electrónicas de la administración, con lo cual dio plenas facultades probatorias a la información y al contenido que se encontrara en un mensaje de datos, en la medida que los documentos electrónicos tenían la capacidad de brindar iguales niveles de seguridad que el documento físico (papel). Sobre la materia, la sentencia T-230 de 2020, señaló que *“las peticiones formuladas a través de mensajes de datos en los diferentes medios electrónicos habilitados por la autoridad pública – siempre que permitan la comunicación–, deberán ser recibidos y tramitados tal como si se tratara de un medio físico.”*

Agregó, como características del mensaje de datos que se usen bajo el ejercicio del derecho fundamental de petición, la citada ley estableció que se debía determinar: quién era el solicitante, la persona quien lo recibió o aprobó y el medio electrónico utilizado, el cual debe contar con las condiciones de integridad y confiabilidad.

La Ley 962 de 2005 se propuso facilitar las relaciones entre los particulares y la administración. En efecto, el artículo 6º dispuso que las entidades podrían

atender los trámites y procedimientos que fueran de su competencia, a partir de cualquier medio tecnológico o documento electrónico, con miras a materializar los principios constitucionales que debían guiar la función administrativa: "*Toda persona podrá presentar peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la Administración Pública*".

Por último, el Decreto 019 de 2012 indicó que las autoridades debían estimular el uso de Tics para que los procesos administrativos "*se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas*"

Descendiendo al caso en particular tenemos que YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ, mediante apoderada, presentó ante la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, derecho de petición registrado bajo el radicado N° TUR2023ER001468 del 27 de abril de 2023 en la plataforma SAC (Sistema de Atención al Ciudadano) solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Admitió la actora que el 8 de septiembre de 2023 la Secretaría de Educación de Turbo Antioquia, en respuesta, le remitió constancia de envío del proyecto del acto administrativo que se pronuncia sobre su pedimento, con destino a la FIDUPREVISORA SA.

Es así que el trámite quedó radicado bajo el No. 2023101206442, conforme el siguiente pantallazo de constancia:

NOTIFICACIÓN DE RADICACIÓN		
{fiduprevisora}	Radicado: 20231012064442	
	Fecha radicación: 8/9/2023 3:24:39 PM	
	Id radicado: f7e7ee48-ad59-4426-bd3a-857278de0229	
Datos del remitente y documento		
Remitente: DISTRITO DE TURBO Ana Gabriela Cedeño Baron	Tipo de persona: Persona Jurídica	
Dirección: Calle 104 No. 22-53	Ciudad: TURBO	
Correo electrónico: aprestacioneseducativa@turboeducado.edu.co	Departamento: ANTIOQUIA	
Asunto: Solicitud pension de jubilacion de la docente YOLIS NELLY MORA SANCHEZ C.C. 43543781	País: COLOMBIA	
No. de anexos: 3	Folios: 0	Canal: Internet
Descripción anexos: N/A		
Datos de radicación y trámite		
Trámite:	FOMAG - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / PENSION	
Compañía:	Fiduprevisora S.A.	
Dependencia responsable:	DIRECCIÓN DE PRESTACIONES ECONÓMICAS	
Funcionario responsable:	CAROL ANDREA ALBARRACIN ESPINOSA	
Usuario radicador:	CIUDADANOWEB	

De otro lado, la Secretaría de Educación de Turbo, Antioquia, en la contestación del presente amparo explicó que optó por remitir los expedientes prestacionales junto con el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, al FOMAG – FIDUPREVISORA S.A., en archivo PDF por los correos electrónicos institucionales para que procedieran con la radicación y estudio de la misma, en tanto, el aplicativo Humano en Línea, para ese momento, presentaba fallas, y por cuanto dicha herramienta no prevé la opción de radicación para los actos administrativos no favorables.

Fue claro en indicar que, verificado el sistema de radicación, el asunto aún se encuentra en “ESTUDIO” del FOMAG - Fiduprevisora S.A., como se ve:

(fiduprevisora) CONSULTA DE RADICADOS

Filtros

Radicado

Datos del radicado

Fecha de radicado	Número de radicado	Estado	Asunto	Remitente
	20231012064442	Reasignado		

Documentos del radicado

Nombre	Opción
Sin datos	

Los trámites que son radicados ante FIDUPREVISORA son asignados a la secuencia de numeración del sistema de radicación de documentos de la entidad. Dependiendo de su contenido son asignados a la dependencia adecuada donde son debidamente atendidos por un funcionario.

Para acceder a información de trámites, se debe suministrar una información mínima por requisitos de seguridad y confidencialidad. Estos datos consisten en el número de radicado entregado durante el proceso de radicación que consta de los componentes: AñoDependenciaconsecutivoOrigen.

Por su parte, Fiduprevisora S.A. en la contestación del amparo se limitó en señalar que la Secretaría de Educación no ha radicado la prestación objeto de la acción constitucional, el cual debe gestionarse a través del aplicativo Humano en Línea.

Para la Sala, las entidades accionadas vulneraron el derecho fundamental de petición de la señora YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ, pues la respuesta del 8 de septiembre de 2023 no resuelve de fondo lo solicitado, porque no se le ha informado si se accede o no a lo pretendido, y en razón de que.

Si bien la Secretaría de Educación de Turbo, Antioquia, ha realizado la gestión pertinente para dar solución al asunto, esta se encuentra pendiente de la correspondiente revisión por parte de la Fiduprevisora S.A para la expedición del acto administrativo definitivo, y su respectiva notificación a la accionante.

La señora YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ no tiene por qué soportar cargas administrativas que no le son imputables, las gestiones administrativas internas deben ser resultas por las mismas entidades.

Considera esta Corporación, que exigir, como lo hizo la demandada Fiduprevisora S.A., a la Secretaría de Educación de Turbo, Antioquia, de acudir a la plataforma Humano en Línea con el fin de remitir la documentación y el acto administrativo que resuelve la solicitud de la accionante, es una exigencia que va en contravía a ese deber de dar respuesta al derecho de petición presentado, pues en todo caso, se generó la radicación de la petición ante dicha entidad, por tanto, surgía para la accionada Fiduprevisora S.A. la obligación de tramitarla, aun cuando no fuera por el aplicativo dispuesto.

En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, pero MODIFICANDO los numerales segundo y tercero de dicha providencia.

De tal forma, se ordenará a los doctores Magda Lorena Giraldo Parra, en calidad de Directora de Prestaciones Económicas, o a quien sus veces, y al doctor Edwin Alfredo González Rangel, como Vicepresidente, ambos del Fondo de Prestaciones del Magisterio - FOMAG-, o a quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas hábiles, siguientes a la notificación de la presente providencia, realice la revisión del caso de la señora YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ con relación al radicado No. 2023101206442.

Una vez hecho lo anterior y dentro del mismo término deberá informar a la Secretaría de Educación de Turbo, Antioquia, el resultado de su revisión, a efecto de que esta, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su enteramiento, resuelva de fondo y completa la petición del 27 de abril de 2023 a la señora YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ y de lo cual habrá de enterarla.

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

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, pero MODIFICANDO los numerales segundo y tercero de dicha providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a los doctores Magda Lorena Giraldo Parra, en calidad de Directora de Prestaciones Económicas, o a quien sus veces, y al doctor Edwin Alfredo González Rangel, como Vicepresidente, ambos del Fondo de Prestaciones del Magisterio - FOMAG-, o a quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas hábiles, siguientes a la notificación de la presente providencia, realice la revisión del caso de la señora YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ con relación al radicado No. 2023101206442.

Una vez hecho lo anterior y dentro del mismo término deberá informar a la Secretaría de Educación de Turbo, Antioquia, el resultado de su revisión, a efecto de que esta, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su enteramiento, resuelva de fondo y completa la petición del 27 de abril de 2023 a la señora YOLIS NELLY MORA SÁNCHEZ y de lo cual habrá de enterarla.

TERCERO. - REMITIR copia de este fallo al juzgado de primera instancia.

CUARTO. - NOTIFICAR este fallo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

(firma electrónica)

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez

Magistrada

Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

John Jairo Ortiz Alzate

Magistrado

Sala Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **f63817944124895478df4bd53e89098148cb77c86abf670a68ecd3e2a5b90ab2**

Documento generado en 14/03/2024 05:47:10 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 05 440 31 04 001 2024 00009 (2024-0301-3)
Accionante Luz Dary Zuluaga Ríos
Accionado Fiduprevisora S.A.
Asunto Impugnación fallo de tutela
Decisión Confirma
Acta: N° 092 de marzo 13 de 2024

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada Fiduprevisora S.A., contra el fallo de tutela del siete de febrero de 2024¹, emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla - Antioquia.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

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

Expone la accionante que en la actualidad tiene cincuenta y tres (53) años de edad, se encuentra afiliada FIDUPREVISORA S.A - MAGISTERIO, fue diagnosticada con HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA), FIBRILACION Y ALETEO AURICULAR.

El 11 de septiembre de 2023, la atendieron en la Clínica Victoriana, donde el medico tratante ordeno MONITOREO ELECTROCARDIOGRAFICO CONTINUO (HOLTER).

¹ PDF N° 006, cuaderno 01 del expediente digital

Manifiesta que el día 30 de noviembre de 2023 radico derecho de petición, donde le dieron respuesta el 02 de enero de 2024 informándole que la contactaban para asignar el examen.

Al día de hoy no ha recibido respuesta, por lo anterior, solicita se tutelen sus derechos fundamentales, ordenándole a FIDUPREVISORA, REDVITAL-SUMIMEDICAL, la materialización de lo ordenado por su médico tratante.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Penal del Circuito de Marinilla - Antioquia, mediante decisión adoptada el siete de febrero de 2024², amparó los derechos fundamentales de la señora LUZ DARY ZULUAGA RIOS, y en consecuencia, ordenó a la FIDUPREVISORA, REDVITAL - SUMIMEDICAL y/o a quien corresponda que dentro de las 48 siguientes a la notificación del fallo, procediera a materializar en lo que corresponde al examen médico denominado MONITOREO ELECTROCARDIOGRAFICO CONTINUO (HOLTER) a favor de la accionante.

Atendiendo que la entidad accionada no brindó respuesta a la acción de amparo, el despacho dio aplicación al Art 20 del decreto 2591 de 2021 que señala: *“Presunción de veracidad. si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”*

DE LA IMPUGNACIÓN

La accionada FIDUPREVISORA S.A. inconforme con la decisión adoptada manifestó que, dentro del giro ordinario de sus negocios, y como Administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud, o administrar planes de beneficios.

² PDF N° 006, cuaderno 01 del expediente digital.

No tiene la estructura financiera, organizacional, técnica y administrativa para realizar actividades propias de la prestación de servicios de salud y/o como entidad promotora de servicios de salud, debido a que no cuenta con la habilitación expedida por la Secretaria de Salud de los correspondientes Departamentos, para la prestación de dicho servicio o simplemente no tiene el aval para ejercer actividades como Entidad Promotora de Salud, pues su objetivo, no es otro que atender negocios propios de las sociedades fiduciarias que se encuentran regidos por las normas del Estatuto Orgánico Financiero.

En desarrollo de sus obligaciones contractuales y en virtud de la existencia del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y por instrucciones del Consejo Directivo del Fondo, suscribe la contratación de la prestación de los servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país, conformadas por varias entidades territoriales, para que le sean prestados dichos servicios a los educadores afiliados.

La accionante se encuentra activa como beneficiaria en el régimen de excepción de asistencia en salud.

Actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Considera que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva frente a Fiduprevisora S.A., pues actúa como vocera y administradora de Patrimonio Autónomo - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es una administradora de recursos públicos encargada de atender negocios propios de las sociedades fiduciarias.

Aunque en virtud de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989 suscribieron contratos para la prestación de servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país con el objeto de garantizar la prestación del servicio de salud de los docentes,

ello no implica la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones médicas, pues para ello existe la unión temporal designada para cada región.

Solicita se revoque el fallo confutado, y se requiera a la UT RED VITAL como legitimados para prestar los servicios de salud requeridos por la accionante.

CONSIDERACIONES

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991³, 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.

De conformidad con lo anotado en precedencia, le corresponde a esta Sala determinar si acertó el A quo en conceder el amparo deprecado por la señora LUZ DARY ZULUAGA RIOS y en contra, de la FIDUPREVISORA S.A.

Para ello, se hará un estudio de los siguientes tópicos: (i) Régimen exceptuado de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y, (ii) caso concreto.

(i) Régimen exceptuado de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-042-20 expuso:

“17. El Sistema Integral de Seguridad Social se rige por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones; no obstante, conforme al artículo 279 de aquella normatividad, no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quienes se encuentran cobijados por un régimen exceptuado.

³ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

18. Es preciso indicar que el régimen de los cotizantes y beneficiarios al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, el cual tiene entre sus objetivos el de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales a sus afiliados. Los recursos del Fondo son manejados por la Fiduprevisora S.A., quien debe contratar a distintas IPS para la prestación de los servicios de salud.

19. El Fomag cuenta con un Consejo Directivo^[47], que se encarga de determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, por lo tanto, es el responsable de establecer las coberturas, las condiciones en que se presta el servicio y los beneficiarios de ese régimen especial.

20. Ahora, si bien el Fondo tiene la facultad de establecer las políticas en materia de salud para sus miembros, eso no implica que éstas puedan desconocer los principios y garantías contenidos en los artículos 48^[48] y 49^[49] de la Constitución^[50].

21. Sobre este particular la Corte ha sostenido, que la existencia de los regímenes exceptuados, como lo es, el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no desconoce los principios constitucionales, en especial al de igualdad, siempre y cuando las normas que rigen a este mejoren las condiciones de sus miembros y no le sean desfavorables en relación con el régimen general^[51].

22. Lo anterior, toda vez que esa regulación debe estar acorde con los parámetros legales y constitucionales vigentes, tal como lo ha señalado esta Corporación. Así, en sentencia T-515A de 2006 la Corte puntualizó que, si bien en materia de seguridad social en salud, los afiliados al Fomag no se rigen por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, si no por las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, “la excepcionalidad del régimen propio de los docentes no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”^[52].

Igualmente, en providencia T-1028 de 2006 al reiterar la sentencia T-515A de 2006 señaló que “el carácter excepcional del régimen de seguridad social indicado, no implica en manera alguna -ha dicho la Corte-, que los principios generales de la seguridad social queden por fuera de su regulación”.

(ii) Caso concreto. En el asunto LUZ DARY ZULUAGA RÍOS de 53 años de edad, presenta como diagnósticos “hipertensión esencial (primaria)” y “fibrilación y aleteo auricular”. Con el presente mecanismo, pretende el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas, en tanto, la FIDUPREVISORA S.A. se ha rehusado en prestar el servicio de “monitoreo electrocardiográfico continuo (holter)” prescrito por su médico tratante.

El A quo concedió la tutela, y, en consecuencia, ordenó a la FIDUPREVISORA, REDVITAL – SUMIMEDICAL, que dentro de las 48 horas hábiles siguientes a la notificación de la sentencia practicaran a la usuaria el examen médico denominado monitoreo electrocardiográfico continuo (holter).

Sin embargo, FIDUPREVISORA S.A. se encuentra inconforme con el fallo de tutela emitido en su contra, pues aduce que no tiene la estructura financiera, organizacional, técnica y administrativa para realizar actividades propias de la prestación de servicios de salud.

Ahora, el *“contrato para la prestación de servicios de salud del plan de atención integral y la atención médica derivada de los riesgos laborales para los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio en la región 8 conformada por los departamentos de Antioquia y Chocó No. 12076-010-2017 celebrado entre FIDUPREVISORA S.A., obrando como vocera y administradora del patrimonio autónomo fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio y Redvital UT con NIT. 901.126.938-3”*⁴, prevé en su clausulado:

“SEGUNDA. -OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete con EL CONTRATANTE, con autonomía técnica y administrativa, a prestar los servicios de salud del Plan de Atención Integral y la Atención Médica Derivada de los riesgos laborales para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la región No. 8, conformada por los departamentos de Antioquia y Chocó, asumiendo y gestionando el riesgo en salud, operativo y financiero que del contrato se derive.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., actuando como administradora de los recursos de la Cuenta Especial FNPSM por su parte adquiere los servicios, de conformidad a las especificaciones técnicas contenidas en los anexos No. 1, 2, 3 y 20 del documento de selección de contratistas, y la oferta, que hacen parte integral del presente contrato.

(...)

QUINTA. -OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Sin perjuicio de las demás obligaciones que correspondan a la naturaleza del contrato a celebrar, de aquellas contenidas en la Invitación Pública No. 002 de 2017 y de las consignadas

⁴ Anexo con la impugnación.

específicamente en el contenido del presente contrato, el Contratista contraerá, entre otras, las siguientes obligaciones:

-OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA (...)

3. Mantener en forma permanente altos niveles de eficacia para atender sus obligaciones, de acuerdo con la metodología que para el efecto defina la Sociedad FIDUPREVISORA S.A.A, administradora de los recursos y vocera de la cuenta especial de la Nación FNPSM. (...)

5. Colaborar con la sociedad FIDUPREVISORA S.A., administradora de los recursos y vocera de la cuenta especial de la Nación FNPSM para que el objeto de l contrato se cumpla y que los servicios prestados sean de la mejor calidad y se presten con la oportunidad requerida. (...)

7. Acatar las instrucciones y observaciones que durante el desarrollo del contrato le imparta la sociedad FIDUPREVISORA S.A., administradora de los recursos y vocera de la cuenta especial de la Nación FNPSM por conducto del supervisor del contrato o quien este designe.

8. El contratista una vez firmado el contrato deberá garantizar los servicios de salud en todos los municipios de la región según el modelo de administración y prestación de servicio definido en el documento de selección y sus anexos, para garantizar a los afiliados la prestación de la totalidad de los servicios del Plan de salud del Magisterio.

-OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA. -Obligaciones del sistema de salud: (...)

7. El contratista tiene la obligación de prestar todos los servicios establecidos en el Plan de Salud del Magisterio, incluso los que puedan surgir en un futuro por nuevas tecnologías, estén o no contemplados en la red de servicios presentada en la propuesta.

SEXTA. -OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD FIDUPREVISORA S.A., ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS Y VOCERA DE LA CUENTA ESPECIAL DE LA NACIÓN FONDO NACIONAL DE PRETACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. (...)

2. Prestar toda la colaboración al contratista para que el objeto del contrato se desarrollo de conformidad con los términos del presente documento.

3. Tener en cuenta las observaciones y recomendaciones pertinentes que el CONTRATISTA le formule en desarrollo de la ejecución del objeto del contrato. (...)

NOVENA.- LÍMITE DE LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA. LA FIDUCIARIA no estará obligada a asumir financiación alguna derivada del presente CONTRATO, toda vez que obra como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mencionado e individualizado en el encabezamiento.

DÉCIMA.- VIGILANCIA Y SUPERVISIÓN DEL CONTRATO: La coordinación, vigilancia y supervisión del presente CONTRATO será efectuada por el Gerente Nacional de Salud del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Fiduprevisora S.A., quien deberá cumplir con las funciones establecidas en el Manual de Supervisión e Interventoría del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El supervisor tendrá entre otras, las siguientes funciones:

- 1. Impartir lineamientos al CONTRATISTA sobre asuntos de su responsabilidad y exigirle la información que considere necesaria.*
- 2. Adoptar las medidas de control necesarias que garanticen la ejecución del Contrato. (...)*
- 6. Vigilar y supervisar las actividades del CONTRATISTA, verificando el cumplimiento eficaz y oportuno de las mismas.*
- 7. Colaborar con EL CONTRATISTA para la correcta ejecución del contrato, velando porque tenga acceso a la información. (...)*
- 10. Exigir el cumplimiento del contrato en todas y cada una de sus estipulaciones. (...)*

DÉCIMA TERCERA: PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO- Si el servicio que fuera a garantizar el derecho fundamental a la salud no se presta oportunamente por el CONTRATISTA al usuario, conforme a los tiempos de respuesta efectiva dispuestos en el acápite denominado OPORTUNIDAD EN EL ACCESO A LOS SERVICIOS AMBULATORIOS DE SALUD consagrado en el anexo 3 del presente documento de selección de contratista, con la red propia o con la red alterna, la FIDUPREVISORA S.A. administradora de los recursos y vocera de la cuenta especial de la Nación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio autorizará la prestación del servicio de salud no prestado a una entidad de salud previamente determinada por dicha entidad y los costos que se originen por dicho evento se deducirán de las facturas presentadas por el CONTRATISTA para su pago, en el mes siguiente. (...)"

Conforme lo anterior, FIDUPREVISORA S.A. tiene por objeto administrar, invertir y destinar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, los cuales se relacionan con la administración y prestación de seguridad social en favor de los afiliados docentes y sus núcleos familiares.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha encargado el manejo de su patrimonio a la FIDUPREVISORA S.A. para que esta asuma las labores de contratación, supervisión, vigilancia y correcta prestación del servicio de salud a cargo del contratista, que para este caso es la Red Vital Unión Temporal.

La FIDUPREVISORA S.A. goza de la potestad de ordenarle al contratista que corrija rápida y eficazmente los desajustes que llegaren a presentarse durante la realización del contrato o prestación del servicio, así como para que autónomamente adopte las medidas de control necesarias que garanticen la ejecución del contrato.

Por tanto, dentro del ámbito de sus competencias, la atención médica requerida por la accionante LUZ DARY ZULUAGA RIOS debe ser brindada de manera armónica y coordinada por la FIDUPREVISORA S.A., REDVITAL - SUMIMEDICAL, pues aquella al tener bajo su responsabilidad la contratación con las respectivas Uniones Temporales, permite que se garanticen los servicios médico-asistenciales requeridos.

De tal suerte, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla - Antioquia el siete de febrero de 2024.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

(firma electrónica)
JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **a62dd659c431618c3a5cfe61515f5d9a09570528ffedbebc8af12ab00c7b7f7d**

Documento generado en 14/03/2024 05:47:25 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Radicado 05000-22-04-000-2024-00120-00 (2024-0392-3)
Accionante Jhon May Pabón Congote
Accionado Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas
de Seguridad de Medellín y otros.
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Improcedente
Acta: N° 093 marzo 13 de 2024

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por JHON MAY PABÓN CONGOTE, en contra del (i) Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, (ii) Coped Pedregal y la (iii) Regional Noroeste INPEC, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante que desde hace más de tres meses elevó ante el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, solicitud de prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia; sin embargo, no ha recibido respuesta.

Aseveró que dicho Juzgado y el Coped Pedregal permitieron que en el mes de diciembre de 2023 fuera trasladado de dicho establecimiento carcelario a

uno más lejano de su núcleo familiar, interrumpiendo a su vez el avance progresivo de resocialización.

Manifestó que antes de ser trasladado, podía cada mes verse con su familia durante dos horas, situación que no puede efectuarse en el actual establecimiento, en tanto, no poseen los recursos económicos suficientes para que su familia comparezca a ese retirado lugar. A la fecha no ha recibido ni visita familiar, ni conyugal.

Implora que nuevamente sea recibido en el establecimiento penitenciario en el que estaba, pues además de las afectaciones antes referidas, debe también continuar con los trámites de su cirugía de hombro, situación esta, por la que incoó incidente de desacato. Además, tiene 10 kilos menos de peso del que tenía cuando llegó a este centro penitenciario.

Afirma que padece de vitíligo, enfermedad que, si bien no le impide realizar todo lo que hace, desde que llegó al EPC Puerto Triunfo, se le ha ido propagando.

Adujo que en su cartilla biográfica no hay huella indicativa de ser una persona peligrosa que ameritara su traslado.

Por lo tanto, solicitan la protección del derecho fundamental invocado.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el cuatro de marzo de 2024¹, luego de que la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín la remitiera por competencia, se avocó la acción de tutela y se corrió traslado a los despachos demandados y se vinculó al (i) CPMSC Puerto Triunfo, (ii) al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia y a la (iii) Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC), para que dentro del término improrrogable de dos (2) días,

¹ PDF N° 008 Expediente Digital.

se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente. Posteriormente, con auto del ocho de marzo de 2024, se vinculó al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia y al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia.

2. La Dirección General del INPEC manifestó que, no pretende desconocer el derecho constitucional a la unidad familiar, sino que en su función de administrar los Establecimientos de Reclusión ha establecido procedimientos para regular los diferentes aspectos que conllevan el Sistema Penitenciario y Carcelario. Sumado a lo anterior, el Instituto se ve en la disyuntiva entre el acercamiento familiar en el proceso de resocialización de los privados de la libertad o la necesidad de descongestión o de brindar seguridad a la población reclusa o establecimientos. Esto explica que el INPEC deba realizar una ponderación de principios con el fin de cumplir su misión.

La Resolución N° 006076 de 18 diciembre de 2020 suscrita por la Dirección General del INPEC, en el Artículo 12° enumera las causales de improcedencia de los traslados.

El Juez de conocimiento de la causa penal para el caso de los indiciados y el Director General del INPEC para el caso de los condenados, son las autoridades a quien la Ley les atribuyó la función de ordenar traslados de personas privadas de la libertad, así mismo lo referente a la ubicación de los mismos al interior de un centro carcelario. Funciones realizadas por un equipo interdisciplinar teniendo en cuenta diferentes factores.

El Instituto no puede garantizar la permanencia de los internos en los establecimientos donde se encuentran reclusos, teniendo en cuenta las facultades discrecionales y que los traslados obedecen a razones de seguridad, orden de autoridad judicial, orden interno, motivos de salud o descongestión, entre otros, tal como lo señala el Artículo 75 de la Ley 65 de 1993, modificado por el Artículo 53 de la Ley 1709 de 2014. De manera que, el

legislador no incluyó dentro de las causales de traslado el acercamiento familiar.

El personal recluso ya sea por iniciativa propia o por intermedio de familiares, agentes oficiosos o apoderado judicial, utiliza este mecanismo constitucional para la obtención de su traslado con destino a otro centro carcelario, ignorando y desconociendo la autoridad administrativa, los procedimientos que se tiene establecidos y con el que cuenta el INPEC, para acceder a la solicitud de traslado.

Se debe valorar y tener en cuenta el nivel de seguridad del establecimiento, índice de hacinamiento, perfil del recluso, condiciones de seguridad, causales de improcedencia en traslados, que son de vital importancia antes de tomar una decisión frente al traslado del personal recluso y del caso en concreto de la situación particular del privado de la JHON MAY PABÓN CONGOTE.

El actor está condenado por los delitos de fabricación tráfico y porte de armas de fuego o municiones, hurto y concierto para delinquir a la pena de 17 años de prisión, y se encuentra ubicado en un establecimiento del orden nacional, que garantiza las medidas de seguridad necesarias para el cumplimiento de la pena o medida de aseguramiento impuesta, así como de su integridad personal.

Informó que de conformidad con lo establecido en el parágrafo único del artículo 4 de la resolución Nro. 7302 del 23 de noviembre de 2005, las fases de tratamiento penitenciario "1. Observación, Diagnostico y clasificación, (2. Alta seguridad, (3. Mediana seguridad (4. Mínima seguridad 5. Confianza" pueden ejecutarse en el mismo Establecimiento de reclusión, independientemente de su categoría-Alta seguridad o Mediana Seguridad. Por otra parte, se encuentra la categoría de los establecimientos de Reclusión Alta, Mediana y Mínima seguridad y el nivel de clasificación de seguridad penitenciaria y carcelaria de los internos (nivel uno, dos y tres).

Dichas fases de tratamiento Penitenciario no se pueden confundir con la categoría de los Establecimientos de Reclusión, ni con los niveles de seguridad, toda vez que un interno de nivel uno de seguridad (mayor seguridad), puede estar clasificado en cualquiera de las fases de tratamiento.

En el artículo 72 de la ley 65 de 1993 modificado por el art. 51, Ley 1709 de 2014, se prevé que el Director General del INPEC señalará la penitenciaría o establecimiento de rehabilitación donde el condenado deba cumplir la pena o medida de seguridad, que para este caso por su nivel de seguridad se le asignó el CPMS Puerto Triunfo.

Lo que significa que el instituto no puede garantizar la estadía de un interno en un determinado establecimiento, todo basado en las necesidades administrativas y de seguridad que requieran los establecimientos y que corresponden al buen gobierno de la administración penitenciaria y carcelaria.

En atención a lo anterior, trasladar al recluso al centro carcelario solicitado, es quebrantar los protocolos y niveles de seguridad establecidos por el INPEC y los cuales son necesarios para el cumplimiento de su pena privativa de la libertad, así mismo como su detención en centro carcelario, toda vez que el penal en el cual se encuentra es el adecuado para el cumplimiento de la pena, garantizando así mismo su seguridad e integridad personal. Es de resaltar que la asignación de centro carcelario así mismo como de la ubicación interna dentro del mismo es decir su celda y patio, es realizada personal idóneo que conforman un equipo interdisciplinar con funciones específicas para esta actividad (Junta de asignación de patios) ley 65 de 1993 en su artículo 635, valorando diferentes aspectos a tener en cuenta para este proceso, por lo que no es viable acceder al traslado del privado de la libertad por este medio.

La Dirección General del Instituto, emitió la Resolución 1203 de 2012, por medio de la cual reglamentó la “Junta Asesora de Traslados” y fijó pautas administrativas para presentar las solicitudes de traslado y el trámite dado a las mismas. Dicho Acto Administrativo fue expedido ejerciendo las

competencias atribuidas por el artículo 78 de la Ley 65 de 1993, que ordenó al Director General del INPEC, reglamentar una “Junta Asesora de Traslados” para que formule a su Despacho recomendaciones respecto al traslado de las personas privadas de la libertad en el país, teniendo en cuenta todos los aspectos socio-jurídicos y de seguridad.

Explicó que las “visitas virtuales” son encuentros que se hacen entre (2) o más personas, con el fin de entablar una conversación a través de un medio tecnológico audiovisual, permitiendo conectar a un interno desde el centro de reclusión en donde se encuentre, con la familia en otro lugar del país. Esta iniciativa tiene como objetivo coadyuvar con el tratamiento penitenciario de un importante sector de la población reclusa, quienes se encuentran reclusos en lugares cercanos al entorno familiar, están condenados, gozan de buena conducta y no reciben visita.

Los reclusos deben seguir con las siguientes condiciones para participar del programa de “visitas virtuales”: estar condenados, demostrar buena conducta y no haber tenido visita de sus seres queridos por motivos geográficos de ubicación, en donde la familia tiene su domicilio en una ciudad diferente a su lugar de reclusión. Si el interno cumple con los requisitos anteriormente mencionados debe ser postulado por el Director del centro de reclusión. Si el interno accede a participar debe llenar un formato con los datos personales de su familia de acuerdo con lo establecido. Por lo anterior, considera que no es competente ordenar a través de la acción de tutela la solicitud de traslado de internos de los centros penitenciarios.

Expresó que, requirió al área de asuntos penitenciarios, encargada de los traslados a nivel nacional quienes informaron que:

“Revisada la pretensión del accionante, me permito informar que mediante Resolución No. 011654 del 4/12/2023. Se ordenó el traslado del accionante del COPED PEDREGAL con destino a la CPMS PTO TRIUNFO, dicho traslado obedeció a la siguiente motivación:

Que obra oficio 537 –COPED-ARDIR-20231E0242050 del 29 de noviembre de 2023, suscrito por el Director del COPED PEDREGAL, con el cual, sustenta la necesidad del traslado de un grupo de PPL con destino

a la CPMS PUERTO TRIUNFO atendiendo a instrucciones dadas para recibir a un grupo de PPL procedentes de la CPMS PUERTO TRIUNFO que tienen diagnósticos de desnutrición severa y moderada, precisando que la lista de PPL a trasladar fue verificada de acuerdo a la situación jurídica y las novedades de salud con el fin de evitar el desgaste administrativo del INPEC.

Que a su vez, la solicitud de traslado está fundamentada en las instrucciones impartidas por la Procuraduría Judicial 111 de Medellín, respecto al deshacinamiento del ERON, puesto que a la fecha en algunos pabellones de la estructura masculina su ocupación es equivalente al 140%, por lo que con el traslado requerido no solo se habilita el espacio para recibir a los PPL con altos niveles de desnutrición provenientes de la CPMS PUERTO TRIUNFO, sino que además se da cumplimiento al requerimiento del agente del Ministerio Público."

La imposición de la pena de prisión, por su naturaleza implica una separación entre el afectado y su núcleo familiar.

Solicita se declare improcedente la acción constitucional al no satisfacerse el requisito de subsidiariedad.

3. El director del Coped El Pedregal de Medellín, aseveró que de conformidad con el artículo 73 de la Ley 65 de 1993, es facultad única del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, trasladar personas privadas de libertad entre establecimientos del orden Nacional.

Mediante Resolución 011654 del cuatro de diciembre de 2023, el Director General, dispuso el traslado de 132 personas privadas de libertad del Complejo Pedregal Medellín, con destino al establecimiento Penitenciario de Puerto Triunfo Antioquia, que se fundamentó, en primer lugar, en la necesidad que le asiste a la Dirección General de trasladar desde el establecimiento de Puerto Triunfo Antioquia, con destino a otros establecimientos incluido el Complejo Pedregal, personas privadas de libertad que a la fecha padecen grado de desnutrición severa y moderada; en segundo lugar, por razones de descongestión del Complejo Penitenciario, en atención a recomendaciones emitidas por la Procuraduría judicial 111 de Medellín.

Actualmente el Complejo Penitenciario Pedregal de la ciudad de Medellín, no cuenta con acceso a documentación, hoja de vida jurídica o cartilla biográfica del accionante, toda vez que, en el momento en que las personas privadas de libertad son trasladadas a otros centros penitenciarios, toda su documentación es remitida al establecimiento asignado, incluyendo certificados de computo de actividades ocupacionales desarrolladas, clasificaciones en fase de tratamiento y certificados de conducta e historia clínica entre otros.

El Complejo Penitenciario Pedregal no registra petición elevada por el señor JHON MAY PABÓN CONGOTE o por el establecimiento en el cual se encuentra recluso en la actualidad; toda la documentación perteneciente al señor JHON MAY, fue trasladada desde el 13 de diciembre de 2023 al CPMS Puerto Triunfo, siendo competencia de este, remitir o dar respuesta a cualquier requerimiento que realice la autoridad que le vigila la pena al accionante.

Por tanto, solicita ser desvinculados del trámite por falta de legitimación en la causa por pasiva.

4. La Dirección Regional Noroeste del INPEC indicó que son una sede administrativa que no recibe, custodia o traslada personal privado de la libertad, pues no cuenta con los espacios e instrumentos para tal función dado que las instalaciones de la misma son solo oficinas y no tiene celdas o espacios para recluir los privados de la libertad. Tampoco tiene personal de guardia, grupo de remisiones, vehículos y las medidas de seguridad pertinentes.

No son competentes para trasladar a otro Establecimiento de Reclusión del Orden Nacional (ERON) a una Persona Privada de la Libertad (PPL), dicha facultad se encuentra en cabeza del Director General del INPEC, ya sea por decisión motivada, por solicitud del PPL o apoderado o en su defecto de manera oficiosa, tal y como lo establece el artículo 73 de la Ley 65 de 1993.

De lo anexos del escrito de tutela, se desprende que al parecer no se remitió el derecho de petición al CPMS Puerto Triunfo; sin embargo, de haberse remitido, es el Director de tal establecimiento, quien de acuerdo con la Resolución 006076 de 18 de diciembre de 2020, artículo 3, numeral 7, el debe dar respuesta al peticionario dentro del término legal, sobre los motivos por los cuales no será tramitada la solicitud ante la Dirección General del INPEC.

Con el fin de evitar la disgregación de la unidad familiar de los PPL, el INPEC ha creado y facilitado los medios para que quienes se encuentran privados de la libertad vivan en contacto con sus familiares y amigos (visitas virtuales), y corresponde a cada uno acrecentar desde la prisión lazos de afecto y amistad. Esta es una tarea que le corresponde asumir al interno con su familia durante la reclusión.

Por ello, el INPEC mediante Resolución 006349 del 19 de diciembre de 2016 actualizó el reglamento de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON), y estableció varios tipos de comunicaciones, entre ellas las virtuales para internos que se encuentran lejos de su familia, como también los siguientes tipos de comunicaciones:

"1. Comunicaciones escritas, 2. Comunicaciones por vía telefónica, 3. Visitas 4. Comunicaciones con abogados, 5. Visitas a internos extranjeros, 6. Visitas íntimas, 7. Visitas de inspección, 8. Visitas de autoridades judiciales y administrativas, 9. Visitas de colaboradores externos."

El actor se encuentra privado de la libertad por un hecho atribuido y desplegado con conocimiento y voluntad, lo que indica que fue él quien se puso en la situación en que se encuentra, decidiendo apartarse de su núcleo familiar por la comisión de un delito sin que pueda reclamar del Estado el goce de privilegios que por su libre albedrío él mismo conculcó.

Pronunciarse sobre la solicitud de prisión domiciliaria hecha por el accionante no está dentro de nuestras competencias.

Solicita ser desvinculado del trámite.

5. El director del EPC Puerto Triunfo indicó que no se encuentra facultado para trasladar internos; de conformidad con lo establecido por la Ley 1709 de 2014 en su artículo 52 que modifica el artículo 74 de la Ley 65 de 1993, la competencia para trasladar internos radica en el Director General del INPEC. Dentro de las causales de traslado encontramos las del artículo 75 de la ley 1709 de 2014, además de las consagradas en el Código de Procedimiento Penal.

La petición va dirigida al Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y al COPED- Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta y Media Seguridad de Medellín PEDREGAL, de modo que la presunta vulneración no les puede ser atribuida, por cuanto son las autoridades a quienes son elevadas las solicitudes quienes deben responder, o quienes las reciben por traslado en razón de la competencia.

Por lo tanto, solicita ser desvinculado del presente trámite.

6. La titular del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, manifestó que una vez revisado el libro radicador y el libro sistematizado de actuaciones internas del Despacho halló que, al cinco de marzo de los corrientes, dicho despacho no ha conocido proceso alguno adelantado en contra del accionante.

Por la cual le solicito desvincular de la presente acción constitucional.

7. El Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín adujo que consultada la base de datos o sistema de los Juzgados de Ejecución de Penas de Medellín obtuvo que, el proceso en el que se vigila la pena del actor se encontraba asignado al Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas de Medellín, bajo el radicado 2017 E7 03253, despacho judicial que ordenó la remisión del proceso hacia los Juzgados de Ejecución de Penas de El Santuario, Antioquia, por competencia desde el 27

de diciembre de 2023.

Solicita ser desvinculado de este trámite.

8. El Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia manifestó que en el momento no hay ningún proceso en el que se esté vigilando alguna pena al señor PABÓN CONGOTE, por lo tanto, solicita ser desvinculados de la presente acción constitucional.

9. El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, indicó que JOHN MAY PABÓN CONGOTE, descuenta la pena de 17 años de prisión acumulada por el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, por los delitos de tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; hurto calificado y agravado y concurso homogéneo y heterogéneo de hurto calificado y concierto para delinquir agravado.

Las penas objeto de acumulación fueron proferidas por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia el 17 de abril de 2020, donde se impuso la pena de nueve años y 15 días de prisión por los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones y hurto calificado y agravado y, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales Caldas el 25 de agosto de 2020, imponiéndole la pena de 10 años de prisión por los delitos de concurso homogéneo y heterogéneo de hurto calificado, concierto para delinquir simple, fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Expresó que el cinco de marzo de 2024, y en virtud de las solicitudes remitidas a favor del sentenciado JOHN MAY PABÓN CONGOTE, el Despacho mediante autos interlocutorios Nos 510, 511 y 512, resolvió la situación jurídica del sentenciado, negó la prisión domiciliaria del 38G C.P. y, también la domiciliaria por padre cabeza de familia. Decisiones que fueron notificadas al accionante el siete de marzo de 2024.

Por tanto, solicita se desestimen las pretensiones elevadas por el actor en su contra.

10. El titular del Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín manifestó que en ese despacho se adelantó la vigilancia de la pena impuesta al accionante, pero desde 21 de diciembre de 2023, ordenó su envío a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de El Santuario, por lo que solo hasta ese momento tuvo competencia para pronunciarse sobre sus peticiones.

Frente a la petición de traslado expuso que el despacho nada tiene que ver, ya que es una función autónoma y exclusiva del director del INPEC.

Solicita ser desvinculado del trámite.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 333 de 2021, es competente esta Sala para proferir fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

2. Según el artículo 86 de la Constitución Política toda persona puede, mediante este mecanismo, reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad, a condición de que no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, definidos por las vías ordinarias y sólo ante la ausencia de estas o cuando las mismas no son idóneos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta viable acudir a la acción de amparo.

El carácter residual que reviste la acción de tutela determina, en principio, su improcedencia cuando el afectado tiene a su disposición otros recursos de defensa ofrecidos por el ordenamiento jurídico con el fin de lograr la protección de sus derechos.

De manera que, para acudir a este mecanismo excepcional, el quejoso debe haber obrado diligentemente en los referidos procedimientos y procesos, pues la falta injustificada de agotamiento de la vía ordinaria deviene en la improcedencia del amparo.

3. Ahora bien, cabe recordar que cuando un ciudadano acude a la vía tutelar por considerar lesionados sus derechos fundamentales, tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones. Sobre ello ha dicho la Corte Constitucional:

...quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación.”²

4. Con relación a los derechos que pueden ser limitados a las personas privadas de la libertad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional los ha clasificado en tres categorías, a saber.

*“(i) Los derechos que pueden ser **suspendidos** como consecuencia directa de la pena impuesta, lo que se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal. Por ejemplo, el derecho a la libre locomoción o los derechos políticos como el derecho al voto.*

*(ii) Los derechos **restringidos** por la especial sujeción del interno al Estado, con lo cual se pretende contribuir al proceso de resocialización y garantizar la disciplina, la seguridad y la salubridad en las cárceles. Entre estos derechos se encuentran el de la intimidad personal y familiar; la unidad familiar, de reunión, de asociación; el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, a la educación y a la comunicación. Estos derechos no están suspendidos, y por tanto una faceta de ellos debe ser garantizada.*

*(iii) Los derechos **intocables**, esto es, que derivan directamente de la dignidad del ser humano y por lo tanto no son susceptibles de suspensión o limitación, como los derechos a la vida, a la integridad personal, a no ser sometidos a tratos o penas crueles humillantes o degradantes, a la salud, a la igualdad, a la libertad*

² Sentencia CC T-835/00

religiosa, a la personalidad jurídica, de petición, al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.”³

Acorde con las disposiciones contenidas en las leyes 65 de 1993 y 1709 de 2014, y conforme la amplia línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, es claro que el INPEC cuenta con la potestad para decidir sobre los traslados de los internos entre los distintos establecimientos carcelarios; sin embargo, también lo es que dicha potestad es de carácter relativo, en tanto, *“las decisiones de traslado deben guardar proporcionalidad entre el estudio de la solicitud y la decisión”*, por ejemplo en la sentencia T144 de 2023 el Alto Tribunal d lo Constitucional expuso:

“76. De conformidad con el artículo 63 y siguientes de la Ley 65 de 1993, el INPEC tiene la facultad discrecional para decidir sobre la ubicación y el traslado de los internos entre los diferentes establecimientos penitenciarios carcelarios del país, ya sea por decisión propia o por solicitud de los directores de las cárceles, los funcionarios de conocimiento o los mismos internos, pues esta entidad tiene a su cargo la seguridad y orden de los establecimientos penitenciarios.

77. No obstante, esta Corporación ha advertido que esta facultad no es absoluta, sino que debe ser razonablemente justificada y estar fundamentada en una de las causales consagradas en el artículo 75 de la citada ley, esto es: (i) por motivos de salud debidamente comprobados por un médico oficial, (ii) por falta de elementos adecuados para el tratamiento médico del interno, (iii) por motivos de orden interno del establecimiento, (iv) como estímulo de buena conducta -con la aprobación del respectivo consejo de disciplina-, (v) para descongestionar el establecimiento penitenciario, y (vi) cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad.

78. Por otra parte, en el artículo 9 de la Resolución No. 1203 del 16 de abril de 2012,^[61] se fijaron las siguientes causales de improcedencia de la solicitudes de traslado: “(i) cuando la petición de traslado la formule persona o funcionario diferente de los previstos en el artículo 74 de la Ley 65 de 1993;(ii) por hacinamiento del Establecimiento de Reclusión al cual se solicita traslado del interno, conforme con el reporte que presenta la Subdirección de Cuerpo de Custodia a través del Parte Nacional Numérico Contada de Internos; (iii) cuando el interno no haya cumplido un (1) año de permanencia en el Establecimiento de Reclusión donde se encuentra, o cuando el interno dentro de los dos años anteriores a la solicitud de traslado, haya estado recluso en el Establecimiento Penitenciario o Carcelario al cual solicita que se traslade nuevamente; (iv) si el Establecimiento al cual se solicita el traslado no es acorde con el perfil del interno o no le ofrece suficientes condiciones de seguridad y (v) cuando sea para un establecimiento diferente al lugar en donde se encuentra radicado el proceso.”

79. En ese sentido, ha dicho la Corte Constitucional que, “es incuestionable que el INPEC cuenta con la facultad de decidir acerca de los traslados de los internos entre los diferentes establecimientos carcelarios, atendiendo a criterios de seguridad, salubridad y dignidad humana. Sin embargo, dicha facultad es de carácter relativo y, por ende, las decisiones de traslado deben guardar proporcionalidad entre el estudio de la solicitud y la decisión y, bajo ningún

³ Sentencia CC T-144/23

motivo pueden transgredir garantías fundamentales, pues, de lo contrario, es procedente la intervención del juez de tutela en aras de restablecer los derechos conculcados por la autoridad carcelaria.”^[62] En el mismo sentido, de forma más reciente, la Corte ha enfatizado en que, en el marco de su discrecionalidad, el INPEC tiene el deber de estudiar atentamente la situación particular de la persona privada de la libertad al momento de realizar un traslado, con el fin de no acarrear sufrimiento adicional, pues esta función debe obedecer a los objetivos del sistema carcelario, entre los cuales se encuentra la reducción del hacinamiento y la garantía de condiciones dignas de reclusión, de manera que, el juez constitucional solo puede intervenir en asuntos relacionados con el traslado si se constata que la motivación de la entidad es insuficiente e implica una restricción desproporcionada sobre los derechos del recluso y su núcleo familiar.^[63]”

5. En el sub judice, el accionante acude al amparo constitucional con la finalidad de que le sean protegidos sus derechos fundamentales por dos razones: en primer lugar, cuestiona el tiempo que ha tardado el juzgado que vigila su condena en resolver solicitud de prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia; y, por otro lado, considera que la decisión de trasladarlo del Coped Pedregal (Medellín, Antioquia) al CPMS Puerto Triunfo (Puerto Triunfo, Antioquia) no tuvo en cuenta que afectaría la cercanía con su familia, por tanto, solicita se retorne al anterior establecimiento penitenciario.

Frente a la primera pretensión, debe precisarse, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia “*que cuando los sujetos procesales presentan solicitudes ante las autoridades judiciales en el marco de la actuación en la cual están vinculados, y éste no las resuelve, el derecho conculcado no es el de petición sino el debido proceso, en su manifestación del derecho de postulación, pues debe tenerse en cuenta que se está frente actuaciones regladas por la ley procesal.*”⁴

Advierte la Sala que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, es el despacho que actualmente vigila la condena del señor JHON MAY PABÓN CONGOTE.

Durante el trámite de este asunto constitucional el referido Juzgado con auto interlocutorio No. 512 del cinco de marzo de 2024 resolvió la petición de prisión domiciliaria aludida por el actor, determinación que fue debidamente notificada al sentenciado el siete de marzo de los corrientes.

⁴ STP8654-2023

Por tanto, ante la carencia actual de objeto, la Sala declarará la ocurrencia del hecho superado, frente a la referida pretensión.

De otro lado, conforme el material probatorio que obra en el expediente, se verifica que mediante Resolución 011654 del cuatro de diciembre de 2023, la Dirección General del INPEC ordenó el traslado del señor JHON MAY PABÓN CONGOTE del Coped Pedregal al CPMS Puerto Triunfo, con base en las siguientes consideraciones:

Que el artículo 73 de la Ley 65 de 1993, reza: "(...) Corresponde a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario disponer del traslado de los internos condenados de un establecimiento a otro, por decisión propia, motivada o por solicitud formulada ante ella (...)"

Que el artículo 74 numeral 1º de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 1709 de 2014 señala: "El traslado de los internos puede ser solicitado a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) por: (...) 1. El Director del respectivo establecimiento (...)"

Que el artículo 75 numeral 4º de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 53 de la Ley 1709 de 2014, instituye: "(...) Son causales del traslado, además de las consagradas en el Código de Procedimiento Penal, las siguientes: (...) 4. Cuando sea necesario para descongestionar el establecimiento. (...)"

Que obra oficio 537 – COPED – ARDIR – 2023IE0242050 del 29 de noviembre de 2023, suscrito por el Director del **COPEP PEDREGAL**, con el cual, sustenta la necesidad del traslado de un grupo de PPL con destino a la **CPMS PUERTO TRIUNFO** atendiendo a instrucciones dadas para recibir a un grupo de PPL procedentes de la **CPMS PUERTO TRIUNFO** que tienen diagnósticos de desnutrición severa y moderada, precisando que la lista de PPL a trasladar fue verificada de acuerdo a la situación jurídica y las novedades de salud con el fin de evitar el desgaste administrativo del INPEC.

Que a su vez, la solicitud de traslado está fundamentada en las instrucciones impartidas por la Procuraduría Judicial 111 de Medellín, respecto al deshacinamiento del ERON, puesto que a la fecha en algunos pabellones de la estructura masculina su ocupación es equivalente al 140%, por lo que con el traslado requerido no solo se habilita el espacio para recibir a los PPL con altos niveles de desnutrición provenientes de la **CPMS PUERTO TRIUNFO**, sino que además se da cumplimiento al requerimiento del agente del Ministerio Público.

Que luego de verificar el entorno socio familiar de los privados de la libertad antes mencionados, en las cartillas biográficas se observa que sus arraigos se circunscriben en los municipios de Turbo, Apartadó, Jericó, Bello, Rionegro, Amagá Valdivia, Puerto Berrio, Necoclí, Segovia, Marinilla, Bolívar, Tarazá, Betulia, Cáceres, Mutata, Itagüí, Carepa, Amalfi, Andes, Buriticá, Cauca, Uramita, El Bagre, Barbosa, Remedios, Belmira, Cocorná, Sonsón, San Jerónimo, Santa Fe de Antioquia, Girardota, Nechi – Antioquia, Guaranda – Sucre, Tierra Alta, Montería, Montelíbano, Puerto Boyacá – Boyacá, Sabanalarga -Atlántico, y las ciudad de Bogotá D.C, Ibagué, Santiago de Calí y Cartagena, no obstante, en aras de descongestionar el ERON y poder brindar el seguimiento médico requerido por los PPL a recibir provenientes de la **CPMS PUERTO TRIUNFO**, se ordenará el traslado de las PPL relacionadas a la **CPMS PUERTO TRIUNFO**.

Que, en Mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO 1º. TRASLADO. Ordenar el traslado de las personas privadas de la libertad que a continuación se relacionan, de conformidad con lo preceptuado en el acápite considerativo del presente acto administrativo. De conformidad con las cartillas biográficas, las PPL registran las siguientes situaciones jurídicas:

Citando en la posición número 49 al actor:

49	COPEL PEDREGAL	JOHN MAY PABON CONGOTE	749148	CAPTURA: 18/04/2019. CONDENADO: 17 AÑOS. DELITOS: FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES, HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO Y CONCIERTO PARA DELINQUIR. AUTORIDAD: JUZGADO 7 EJECUCIÓN DE PENAS DE MEDELLIN (ANTIOQUIA - COLOMBIA. REQUERIMIENTOS: NO REGISTRA.	CPMS PUERTO TRIUNFO
----	-------------------	---------------------------	--------	---	------------------------

De lo anterior, advierte la Sala que el INPEC argumentó el traslado del señor JHON MAY PABÓN CONGOTE en un objetivo legítimo incluido dentro de las causales que trae el Código Penitenciario⁵, tornándose necesaria su reubicación.

Ahora, frente la pretensión exclusiva del actor de que se ordene a través de este medio constitucional su traslado al Coped Pedregal ubicado en la ciudad de Medellín, dada la cercanía con su núcleo familiar, la presente acción deviene improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, pues de los medios de convicción obrantes en el expediente no se acreditó siquiera de manera sumaria que el interesado haya elevado petición ante el director del CPMS Puerto Triunfo (*donde se encuentra recluso a la fecha*), por lo que al hacerlo de manera directa mediante esta vía, desconoce los mecanismos idóneos con los que cuenta a fin de lograr su cometido.

Por consiguiente, el amparo frente a este tópico no está llamada a prosperar, pues el actor debió acudir al trámite administrativo descrito en el Código Penitenciario y Carcelario, en procura del traslado, antes de comparecer a la acción de tutela.

El INPEC es la entidad competente para pronunciarse frente a la viabilidad de traslado por la cuenta de la unidad familiar, causal que, si bien no está contenida en el artículo 75 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 53 de la Ley 1709 de 2014, es de creación jurisprudencial⁶.

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

⁵ Ley 65 de 1993, artículo 75, numeral 4.

⁶ CC- T -319 de 2011, T-669 de 2012, T-154 de 2017, T-044 de 2019, T-137 de 2021 y T-144 de 2023.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la carencia de objeto por hecho superado con relación al debido proceso, en su componente de postulación.

SEGUNDO: DECLARAR improcedente el amparo propuesto por JHON MAY PABÓN CONGOTE respecto a la petición de traslado de establecimiento penitenciario.

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

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

(Firma electrónica)

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada

Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **f1efbbbd30c943aaae86604852e9cd64f77caa474adf2882ceaafac52803614a**

Documento generado en 14/03/2024 05:47:34 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 052343189001202300176 (2024-0459-3)
Accionante Luz Dary Guisao Puerta
Accionado Nueva EPS
Asunto Consulta desacato
Decisión Confirma
Acta: N° 094 marzo 13 de 2024

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver, el grado jurisdiccional de consulta del incidente de desacato, conforme lo prevé el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, contra la NUEVA EPS, debido a la sanción que le fuera impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba - Antioquia, mediante auto interlocutorio adiado el 29 de febrero hogaño.

ANTECEDENTES

Con sentencia del 19 de octubre de 2023 se ampararon los derechos fundamentales de Fernanda Sepúlveda Guisao, en consecuencia, se dispuso:

SEGUNDO: ORDENAR a LA NUEVA EPS, por intermedio de su gerente general o quien haga sus veces al momento de la notificación del fallo, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a autorizar, si aún no lo han hecho, y garantizar a favor de la joven FERNANDA SEPULVEDA GUISAO, la prestación del servicio de salud de AZATIOPRINA TABLETA 50 MG VÍA ORAL, CONSULTA POR PRIMERA VEZ CON ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA Y CITA DE COTROL CON REUMATOLOGÍA, de acuerdo con la orden emitida por su médico tratante. Del cumplimiento de lo anterior, deberán aportar prueba a este Despacho, dentro de los tres días siguientes una vez fenecido el término concedido para el efecto.

TERCERO: ORDENAR a LA NUEVA EPS por intermedio de su gerente general o quien haga sus veces al momento de la notificación del fallo, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del enteramiento del mismo, proceda a autorizar y garantizar el transporte a favor de la paciente FERNANDA SEPULVEDA GUISAO incluido el transporte del acompañante para que la agenciada pueda acudir a las citas ordenas por su galeno tratante, dentro de su tratamiento por diagnóstico de Lupus Eritematoso Sistémico con anemia hemolítica severa, siempre que sean autorizados en un municipio distinto al domicilio de la paciente. Del cumplimiento de lo anterior, deberán aportar prueba a este Despacho, dentro de los tres días siguientes una vez fenecido el término para el efecto.”

El 15 de febrero de 2024¹, la parte promotora presentó incidente de desacato alegando el incumplimiento de la NUEVA EPS, frente a lo ordenado en el fallo de tutela exponiendo que *“hizo una entrega parcial del medicamento, pero en estos momentos, no se ha entregado la AZATIOPRINA TABLETA 50 MG VÍA ORAL asimismo manifiesto que NUEVA EPS nunca ha cubierto los pasajes para las citas de LUISA FERNANDA SEPULVEDA GUISAO”*.

Con auto adiado 16 de febrero de 2024², se requirió al Dr. Aldo Enrique Cadena, en calidad de presidente de NUEVA EPS, para que informara la situación por la cual no se había dado cumplimiento al fallo de tutela.

La apoderada judicial de la NUEVA EPS S.A. indicó que³, dicha entidad estaba desplegando las acciones positivas necesarias, validando con la farmacia encargada con el fin de dar continuidad al cumplimiento de la sentencia de tutela. Igualmente aclaró que la persona encargada de ejecutar las órdenes emanadas por los despachos jurisdiccionales en la región noroccidente es la Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera.

El 22 de febrero de 2024⁴ se dio apertura formal al trámite incidental de desacato, ordenando la notificación del mismo a la Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera, Gerente Regional Noroccidente de la NUEVA E.P.S. y al Dr. Aldo Enrique

1PDF N° 002 del expediente digital.

2PDF N° 005 del expediente digital.

3PDF N° 005 del expediente digital.

4PDF N° 008 del expediente digital.

Cadena, Presidente de esa EPS, para que en el término de tres días acreditaran el cumplimiento de la sentencia y ejercieran su derecho de defensa.

El 28 de febrero de 2024, la Apoderada Judicial allegó respuesta señalando que esa entidad siempre ha tenido la voluntad de satisfacer lo solicitado por los usuarios, de acuerdo con las prescripciones médicas y lo regulado en el sistema de salud. En el caso que ocupa la atención, se encuentra en análisis y gestión lo cual implica la revisión de los documentos y órdenes aportadas al trámite, una vez el área encargada emita el concepto informará al Despacho junto con los respectivos soportes. Finalmente, propugnó desvincular al Dr. Aldo Enrique Cadena Ríos.

Mediante auto del 29 de febrero de 2024⁵, se declaró el incumplimiento de la tutela por parte de la Gerente Regional y Representante Legal de la sucursal Regional Noroccidente de la NUEVA EPS, Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera, y se ordenó su arresto por dos (2) días y el pago de multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes equivalentes a 49.32 Unidad de Valor Tributario (UVT).

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

⁵PDF N° 011 del expediente digital.

El incidente de desacato a un fallo de tutela, 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, es un acto ilícito que puede concurrir el mismo con la conducta punible de fraude a resolución judicial.

Por consiguiente, el desacato supone una rebeldía consciente y voluntaria del demandado, encauzada al desobedecimiento y desconocimiento arbitrario de la orden judicial de tutela. La sola verificación objetiva del incumplimiento de una sentencia de tutela no puede conducir a la imposición de la sanción correccional, pues adicionalmente se ha de constatar la responsabilidad subjetiva, esto es, que el desacato ha sido deliberado, lo que se acredita mostrando una voluntad rebelde y remisa, pese a los requerimientos.

En el presente asunto, se tiene que Luz Dary Guisao Puerta, en representación de su hija, LUISA FERNANDA SEPULVEDA GUISAO, interpuso incidente de desacato en contra de la NUEVA EPS, al estimar que no ha dado cumplimiento al fallo de tutela, adiado 19 de octubre de 2023, por medio del cual, se ordenó a la NUEVA EPS-S: *“que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a autorizar, si aún no lo han hecho, y garantizar a favor de la joven FERNANDA SEPULVEDA GUISAO, la prestación del servicio de salud de AZATIOPRINA TABLETA 50 MG VÍA ORAL, CONSULTA POR PRIMERA VEZ CON ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA Y CITA DE COTROL CON REUMATOLOGÍA, de acuerdo con la orden emitida por su médico tratante”*. Igualmente, *“proceda a autorizar y garantizar el transporte a favor de la paciente FERNANDA SEPULVEDA GUISAO incluido el transporte del acompañante para que la agenciada pueda acudir a las citas ordenas por su galeno tratante, dentro de su tratamiento por diagnóstico de Lupus Eritematoso Sistémico con anemia hemolítica*

severa, siempre que sean autorizados en un municipio distinto al domicilio de la paciente.”

Ante el incumplimiento de la orden emitida por el juzgado, la accionante, interpuso incidente de desacato, trámite al que se vinculó a la Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera, Gerente Regional de la NUEVA E.P.S., quien fue sancionada con arresto por dos (2) días y el pago de multa por valor de dos (2) SMLMV.

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha establecido que la salud como servicio público esencial a cargo del Estado, además de regirse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que consagra expresamente el artículo 49 de la Constitución Política, debe dar cumplimiento al principio de continuidad, que conlleva su prestación de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea admisible su paralización sin la debida justificación constitucional.

Lo anterior, por cuanto la materialización del derecho fundamental a la salud exige que todas las entidades que prestan dicho servicio se obliguen a la óptima prestación del mismo, en la búsqueda del goce efectivo de los derechos de sus afiliados conforme al marco normativo señalado, comoquiera que la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, como es el caso del derecho a la vida y a la dignidad humana.

Tratándose de menores de edad, el Alto Tribunal de lo Constitucional expuso:

“Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política[49], en el cual se establecen como derechos fundamentales de estos sujetos “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social”, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Precisa la misma disposición constitucional que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”⁶

Ahora bien, es menester que la entidad accionada entienda que existe una orden de tutela a través de la cual se dispuso que en las 48 horas luego de notificada la sentencia adelantara las gestiones correspondientes tendientes a hacer efectiva la prestación del servicio requerido por la menor, esto es, en el suministro del medicamento *“AZATIOPRINA TABLETA 50 MG VÍA ORAL”*, al igual, que *“autorizar y garantizar el transporte a favor de la paciente FERNANDA SEPULVEDA GUISAO incluido el transporte del acompañante para que la agenciada pueda acudir a las citas ordenas por su galeno tratante, dentro de su tratamiento por diagnóstico de Lupus Eritematoso Sistémico con anemia hemolítica severa, siempre que sean autorizados en un municipio distinto al domicilio de la paciente.”*, pero en todo caso, debiendo acreditar dentro de los tres días siguientes el cumplimiento de ello.

Sobre el particular, la apoderada judicial de la accionada informó que la NUEVA EPS tiene toda la voluntad de dar cumplimiento al fallo y prestar el servicio que requieren sus afiliados para lo cual se encontraba en análisis y gestión del caso que implicaba la revisión de los documentos y órdenes aportadas al trámite, una vez el área encargada emitiera el concepto informaría al Despacho, adjuntando los respectivos soportes, situación que no aconteció.

De ahí que cuando la causa de la vulneración de un derecho está en la renuencia, en la rebeldía del funcionario público o de un particular a cumplir lo dispuesto por el Juez de la República, se presenta allí una grave omisión generante de la acción encaminada a la defensa efectiva del derecho constitucional que se conculca. Y cuando ello ocurre, y el obligado a acatar un fallo no lo hace, no solo viola los derechos protegidos en la providencia, sino que se interpone en el libre acceso a la administración de justicia, frustrando así el anhelo de la justicia como uno de los cometidos del orden jurídico. Y quien a ello contribuye con su acción u omisión se hace responsable debiendo ser sancionado.

Teniendo en cuenta que a la fecha a la joven LUISA FERNANDA SEPULVEDA GUISAO no se le ha suministrado en su totalidad el medicamento *“AZATIOPRINA TABLETA 50 MG VÍA ORAL”* ni autorizado el servicio de

transporte para su desplazamiento y el de su acompañante a las consultas ordenadas fuera del municipio para el tratamiento de la patología que la aqueja, se procederá a confirmar la sanción impuesta por el Juez de primera instancia a la Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera, Gerente Regional de la NUEVA E.P.S.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sanción impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Dabeiba - Antioquia, el 29 de febrero de 2024.

SEGUNDO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de Ley.

TERCERO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

(firma electrónica)

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

Firmado Por:

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

**John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

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

Código de verificación: **bbfd1cd2a3c03aa4733414cf1894d5c0cae5e849b1c9aaa7345326e3fed85c30**

Documento generado en 14/03/2024 05:47:42 AM

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

Radicado: 05-000-22-04-000-2024-0003 (N.I. 2024-0199-3)

Accionante Juan Fernando Gómez Estrada

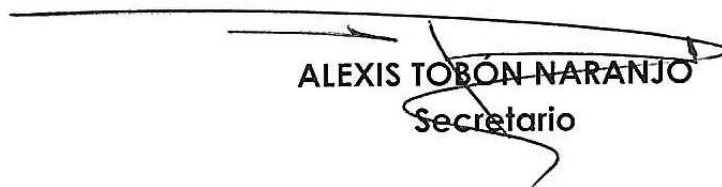
Accionado Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros Antioquia y otros

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento de la H. Magistrada María Stella Jara Gutiérrez expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el vincula (Representante de víctimas) interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Es de anotar que el trámite de notificación culminó el pasado día 26 de febrero, fecha en la que cual hubo de tenerse notificados conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 tato al accionante como a los vinculados Dr. Alirio Mira (Ministerio público), Elizandro Daza (acusado) Dra. María Cecilia Gómez (defensora) a las partes vinculadas al presente trámite, a quien se le remitió vía correo electrónico la respectiva notificación del fallo de tutela, sin que acusaren recibido del mismo, siendo efectivo el envío el día 22 de febrero de 2024².

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 veintisiete (27) de febrero de 2024 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día veintinueve (29) de febrero de 2024.

Medellín, marzo ocho (08) de 2024.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ PDF 16

² PDF 14

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 05-000-22-04-000-2024-0003 (N.I. 2024-0199-3)
Accionante Juan Fernando Gómez Estrada
Accionado Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros Antioquia y otros.

Medellín, marzo once (11) de dos mil veinticuatro

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 vinculado a la presente acción constitucional Dr. Luis Fernando Ramírez Jaramillo, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia de la suscrita Magistrada.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:
Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **bd4456c480e2574cd2ae25578b7b266946013e78df9e10df283e4962b8663357**

Documento generado en 14/03/2024 11:08:40 AM

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

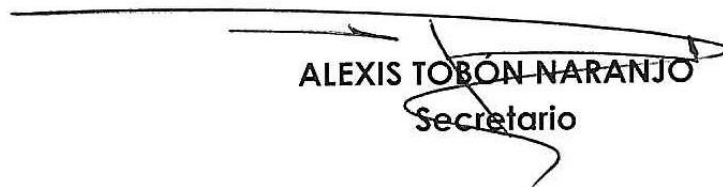
Radicado: 05000-22-04-000-2024-00085 (N.I. 2024-0249-3)
Accionante: Dagoberto Manuel Almanza Gil
Accionados: Juzgado 1° de E.P.M.S. de Antioquia y otros.

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento de la H. Magistrada María Stella Jara Gutiérrez 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 el trámite de notificación culminó el pasado día 27 de febrero, fecha en la que hubo de tenerse notificados conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 tanto al accionante como al accionado Juzgado 1° de ejecución de Penas y medidas de Seguridad de Antioquia, 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 23 de febrero de 2024².

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 veintisiete (27) de febrero de 2024 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día veintinueve (29) de febrero de 2024.

Medellín, marzo ocho (08) de 2024.


ALEXIS TOBON NARANJO
Secretario

¹ PDF 16 -17

² PDF 13

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 05 000-22-04-000-2024-00085 (N.I. 2024-0249-3)
Accionante: Dagoberto Manuel Almanza Gil
Accionados: Juzgado 1° de E.P.M.S. de Antioquia y otros.

Medellín, marzo once (11) de dos mil veinticuatro

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 Dagoberto Manuel Almanza Gil, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia de la suscrita Magistrada.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

Maria Stella Jara Gutierrez

Firmado Por:

Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **a6fe5cb93ea54fb6a1ede4b97ea78ec7c239d5ced7c4ca2e99ca504ece451b7**

Documento generado en 14/03/2024 11:11:48 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, ocho (08) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 099

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionante contra el fallo de tutela del **23 de febrero de 2024**, emitido por el **Juzgado Penal del Circuito de Cauca** mediante el cual negó el amparo constitucional solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron narrados por parte de la primera instancia de la siguiente manera:

“Manifestó la accionante CARLINA MARÍA SAN JULIAN FLÓREZ, que labora hace 3 años como profesora para la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE MADRES COMUNITARIAS (COMACO), es afiliada cotizante de COOSALUD EPS y desde julio de 2022 padece de fibrosis de columna vertebral, razón por la cual el médico tratante la ha incapacitado en reiteradas ocasiones, empero, su EPS COOSALUD se abstiene de efectuar el pago de esas incapacidades a partir del día 181, en tanto advierte que ello corresponde a COLPENSIONES y esta última a su vez se relega a pagar las mismas y a proceder con la calificación de invalidez.”

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

Con fundamento en lo anterior, solicitó la tutela de sus derechos fundamentales, ordenando a COLPENSIONES, COOSALUD EPS y COMACO, realizar los pagos de las incapacidades médicas (265355, 285179, 285188, 287159, 291380, 291391, 296148, 300707, 308725, 313648, 320590, 327020, 334074 y 334076) y ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones iniciar el trámite necesario para la calificación de su pérdida de capacidad laboral...”

DECISIÓN IMPUGNADA

Frente a esa solicitud el **Juzgado de primera**, indicó que, el objeto de la acción de tutela como mecanismo para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la omisión de las entidades e incluso por los particulares con sus diferentes actuaciones, es procedente cuando no existe en el ordenamiento jurídico un trámite ordinario que lo supla o al existir este, no se torna efectivo o inmediato, caso en el cual se concedería de forma transitoria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En el presente asunto no se acreditó la estructuración de ese perjuicio irremediable al que se hace alusión como para proceder a emitir una decisión de manera transitoria, sobre la protección de las garantías presuntamente transgredidas.

En virtud de ello, declaró improcedente la solicitud radicada pues, la sede ordinaria laboral, resulta ser el escenario idóneo para ventilar esta clase de litigios, por manera pues que, perfectamente resulta factible para la parte accionante acudir ante esos despachos, con miras a que se desate la controversia planteada.

DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante inconforme, impugnó la decisión adoptada. Indicó que, en su caso y contrario a lo que se manifiesta por parte de la primera instancia, se encuentran vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

condiciones dignas y al mínimo vital pues se le han generado diversas incapacidades y no ha recibido el respectivo pago salarial.

No cuenta con otra fuente de ingresos para solventar los gastos de su manutención ni las de su grupo familiar pues su hija se encuentra desempleada y tiene a su cargo a un menor de 10 meses de edad.

La omisión en el pago de las incapacidades médicas la ha obligado a realizar créditos en entidades financieras, ha estado al borde de la suspensión de los servicios públicos y ha perdido joyas que fueron empeñadas para poder dar satisfacer sus necesidades básicas como la alimentación.

Indica que, la Corte Constitucional ha determinado que, la acción de tutela procede para el pago de las incapacidades cuando se advierte que, esa es la única fuente de ingresos y, en su caso en concreto se cumplen con esos lineamientos por lo que solicita se revoque el fallo de primer nivel.

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991¹, la 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.

Del caso concreto

Inicialmente se hace necesario precisar que la acción de tutela es un mecanismo legal que tiene la calidad de subsidiario, es decir, que a ella

¹ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

solo habrá lugar cuando no se cuente con mecanismos judiciales alternos, o si bien existiendo, sea acreditado por el interesado la existencia de un perjuicio irremediable que requiera una intervención inmediata. Por tanto, no es procedente la implementación de este mecanismo para pretender el reconocimiento o pago de derechos de índole económico tales como los surgidos dentro de procesos laborales, o auxilios por incapacidad, toda vez que su protección es perseguible a través de procesos laborales ordinarios.

No obstante, la jurisprudencia ha exhortado a los jueces constitucionales a valorar las circunstancias particulares de cada caso, a fin de determinar o no su procedibilidad, toda vez que, frente a la subsidiariedad de la acción de tutela, existen dos excepciones que posibilitan la protección de derechos mediante acción de tutela, a pesar de que existan otros medios de defensa judicial; esto es:

*“(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”²

En lo referente al pago del auxilio por incapacidad, la alta Corte ha sostenido que, si bien existen mecanismos judiciales para el logro de lo pretendido, el tiempo que lleva dirimir un conflicto de esta naturaleza desdibuja la eficacia de esa vía, en razón a que podría atentar

² Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 2017.

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

directamente contra al mínimo vital del accionante, quien adicionalmente se encuentra en condiciones de vulnerabilidad en atención a su salud.

En el presente caso, estima la Sala que, contrario a lo expuesto por la primera instancia, desde el momento en el cual la accionante radicó su solicitud de amparo constitucional ésta manifestó de forma clara que, el pago de su salario constituía el único ingreso para solventar sus necesidades básicas:

“El fondo de pensiones COLPENSIONES, se niega el pago de las incapacidades laborales lo que, ha generado una AFECTACIÓN GRAVISIMA A MI MÍNIMO VITAL, para mí, toda vez y tal como lo demuestro, me ha tocado que soportar una situación precaria mente indescriptible; por cuanto, no puedo laborar y mi único ingreso económico son las incapacidades laborales para alimentar a mi familia y a mis hijos...”

El agravio a su fuente de ingreso está determinado además con la narración detallada de la accionante frente a la situación por la cual ha estado atravesando, pues además de estar afrontado las consecuencias de una enfermedad, no ha logrado definir su situación pensional ni mucho menos retornar a su puesto de trabajo el cual, de acuerdo a su narración constituye su fuente de ingresos.

Y es que, no puede el A quo simplemente indicar que, con esas manifestaciones no logra predicarse la urgencia de la actora en aras de evitar un perjuicio inevitable, pues debe recordarse que, la acción constitucional se impetra bajo la gravedad del juramento y ninguna de las accionadas trajo a colación un elemento que permitiera entrever que, la señora Carlina María estuviera faltando a la verdad cuando adujo que, ese factor económico solventaba sus necesidades básicas.

En ese sentido la ausencia de vivienda, de alimentación, de servicios públicos conllevan a una afectación no solamente al mínimo vital sino también a la vida en condiciones dignas por lo que, en criterio de la Sala

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

se advierte superado el único requisito de procedencia excepcional de la acción de tutela que, le impidió a la primera instancia emitir un pronunciamiento de fondo.

En virtud de ello, se procederá con el estudio del caso en concreto con el fin de determinar si efectivamente obra una afectación a los derechos fundamentales de la accionante ante el no pago de los subsidios de incapacidad, único tópico aludido por la accionante en su escrito de impugnación.

Respecto al pago de las incapacidades adeudadas, el Sistema General de Seguridad Social consagra una serie de figuras que propenden por la protección de los derechos de los trabajadores en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, dentro de las cuales hay que hacer alusión al pago de incapacidades a fin de proceder a dar solución al caso que nos atañe.

En palabras de la H. Corte Constitucional, las incapacidades han sido creadas *“(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”*³

Estas incapacidades, según distinciones realizadas por el mismo órgano colegiado, pueden ser de carácter *“(i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%”*⁴

³ Corte Constitucional, Sentencia T-876 de 2013.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-920 de 2009.

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

Sin embargo, con fin de determinar el ente que procederá el pago de las mismas, es necesario tener claridad respecto del tipo de enfermedad; esto es, si es de origen laboral o común, lo cual será determinable a la luz de sus causas.

En ese sentido, se tiene que las incapacidades concedidas a la accionante, han sido emitidas en atención al diagnóstico de *trastornos no especificados de los discos intervertebrales* que de acuerdo con lo consignado en su historia clínica está calificado como de origen común.

De tal suerte, las incapacidades deberían ser sufragadas en orden de los dos primeros días por el empleador, del día 3 hasta el día 180 por la promotora de salud de su afiliación⁵, del día 181 al 540 por la administradora de fondos pensionales⁶, y finalizado ese tiempo, nuevamente por la promotora de salud⁷.

Ahora, de conformidad los elementos aportados por la accionante y entregados por Coosalud EPS y Colpensiones al trámite constitucional, se tiene que, la señora Carlina María se encuentra incapacitada de forma continua desde el **11 de febrero del año 2022**.

Los primeros 180 días fueron pagados por parte de la Entidad Prestadora de Salud, esto es, hasta el 01 de enero de 2023 y a partir de esa fecha hasta le correspondía asumir los pagos a Colpensiones, obligaciones que no se han asumido por cuanto de los elementos obrantes en el plenario se logra extraer que, está adeudando las siguientes incapacidades:

N° 343229 del 01 de enero de 2023 al 17 de enero de 2023
N° 285179 generada del 18 de enero 2023 al 16 de febrero de 2023
N° 285188 del 17 de febrero de 2023 al 18 de marzo de 2023
N° 287159 del 21 de marzo 2023 al 19 de abril de 2023
N° 291380 del 20 de abril de 2023 al 19 de mayo 2023

⁵ Decreto 2943 de 2013

⁶ Ley 962 de 2005

⁷ Ley 1753 de 2015

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

N° 291391 del 20 de mayo de 2023 al 18 de junio de 2023
N° 296148 del 19 de junio de 2023 al 18 de julio de 2023
N° 300707 del 19 de julio de 2023 al 17 de agosto de 2023
N° 308725 del 18 de agosto de 2023 al 16 de septiembre de 2023
N° 313648 del 17 de septiembre de 2023 al 16 de octubre de 2023
N° 320590 del 17 de octubre de 2023 al 15 de noviembre de 2023
N° 327020 del 16 de noviembre de 2023 al 15 de diciembre 2023
N° 334074 del 16 de diciembre 2023 al 16 de diciembre de 2023
N° 334076 del 17 de diciembre de 2023 al 23 de diciembre de 2023
N° 334077 del 24 de diciembre de 2023 al 22 de enero de 2024.

Frente a este aspecto, la accionada en su informe de tutela únicamente indicó que *“revisado el expediente administrativo de la afiliada, se evidencia que con radicado 2023_70096 de 02/01/2023, la Entidad Promotora de Salud – COODSALUD EPS remitió a /esta Administradora, el concepto médico de rehabilitación con pronóstico Desfavorable lo que impide acceder a la solicitud de reconocimiento del subsidio por incapacidad. Lo procedente, entonces, es solicitar a la mayor brevedad el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, para lo cual deberá aportar la documentación pertinente...”*

De conformidad con ese informe presentado se tiene que, el Fondo de Pensiones pretende sustraerse de sus obligaciones indicando que, al existir un concepto de rehabilitación desfavorable no procede el pago de ese factor económico, sino que, lo que corresponde es adelantar las gestiones para la calificación de pérdida de capacidad laboral, exculpación que no guarda congruencia con los lineamientos legales y jurisprudenciales que obran al respecto.

En virtud del Decreto 2463 de 2001, se han generado controversias referente a si la obligación de la AFP de pagar las incapacidades se encuentra de algún modo condicionada a la emisión de un concepto favorable de rehabilitación, tesis que la Corte Constitucional, en uso de sus funciones como órgano de cierre dentro de la jurisdicción constitucional, ha descartado de plano, para en su lugar postular que *“las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el*

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación”⁸.

En palabras de dicha Corporación:

“...el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso”⁹

Es conforme a este punto, que el Tribunal considera que no es acertada la postura planteada por Colpensiones respecto a su ausencia de responsabilidad en el caso concreto por no existir concepto favorable de rehabilitación, pues las normas citadas, en conjunto con la jurisprudencia relacionada, han sido claras al establecer que la AFP debe asumir el pago

⁸ Corte Constitucional, T-401 de 2017.

⁹ *Ibidem*.

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

de incapacidades y, dentro de esa obligación no fijó ningún tipo de condicionamientos.

Lo anterior significa que, no tiene Colpensiones ninguna justificación para sustraerse de sus deberes y por lo tanto, omitir el pago de los subsidios de incapacidad a los cuales se encontraba obligada, genera una afectación a los derechos fundamentales del afiliado, pues se le imponen barreras administrativas que no se encuentra en el deber de asumir.

Y es que, si bien ya se superaron los 540 incapacidad, las que se sigan generando igualmente deben de ser cubiertas por el fondo de pensión pues, debe recordarse que, dentro del presente asunto la Entidad Prestadora de Salud el 02 de enero de 2023 emitió **concepto desfavorable de recuperación**, lo que significa que, lo procedente es realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral y serán esos resultados los que permitan definir si procede la indemnización por incapacidad parcial permanente o en caso de que se arroje un porcentaje superior al 50% si la accionante adquiere el derecho a la pensión de invalidez.

Frente a este tópico, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018 en el cual se indicó que, las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días *“Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico...”* y, en el presente caso el concepto de recuperación resultó contrario a lo señalado en dicha norma.

En ese sentido ya no resulta procedente ordenar a la EPS asumir el pago de las incapacidades que se llegaren a generar después del día 540 pues lo que corresponde es adelantar el trámite de calificación de pérdida de

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

capacidad laboral y hasta tanto ello ocurra, es Colpensiones quien deba continuar sufragando los pagos respectivos.

En virtud de ello, se procederá a ordenar a COLPENSIONES que, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo de tutela, proceda a efectuar el pago de las incapacidades que, se encuentran pendientes de reconocimiento económico.

Finalmente es importante mencionar que, si bien la señora Carlina María solicitó el pago de las incapacidades que fueron prescritas desde el 19 de noviembre de 2022 hasta el 01 de enero de 2023, Coosalud indicó que, en el marco de la acción constitucional, procedió con el pago de ese periodo y aportó las respectivas constancias, razón por la cual, no se brindará alguna orden al respecto, al haberse configurado una carencia actual de objeto por hecho superado.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia y, su lugar **AMPARAR** el derecho fundamental al mínimo vital de la señora Carlina María San Julián Flórez.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo de tutela, proceda a efectuar el

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

pago de las incapacidades que, se encuentran pendientes de reconocimiento económico:

N° 343229 del 01 de enero de 2023 al 17 de enero de 2023; **N° 285179** generada del 18 de enero 2023 al 16 de febrero de 2023; **N° 285188** del 17 de febrero de 2023 al 18 de marzo de 2023; **N° 287159** del 21 de marzo 2023 al 19 de abril de 2023; **N° 291380** del 20 de abril de 2023 al 19 de mayo 2023; **N° 291391** del 20 de mayo de 2023 al 18 de junio de 2023; **N° 296148** del 19 de junio de 2023 al 18 de julio de 2023; **N° 300707** del 19 de julio de 2023 al 17 de agosto de 2023; **N° 308725** del 18 de agosto de 2023 al 16 de septiembre de 2023; **N° 313648** del 17 de septiembre de 2023 al 16 de octubre de 2023; **N° 320590** del 17 de octubre de 2023 al 15 de noviembre de 2023; **N° 327020** del 16 de noviembre de 2023 al 15 de diciembre 2023; **N° 334074** del 16 de diciembre 2023 al 16 de diciembre de 2023; **N° 334076** del 17 de diciembre de 2023 al 23 de diciembre de 2023; **N° 334077** del 24 de diciembre de 2023 al 22 de enero de 2024.

Adicionalmente, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la providencia, se le insta para que, continúe efectuando el pago de aquellas que se generen hasta tanto se defina la situación pensional de la accionante.

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

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

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

N.I.	2024-0380-4
Radicado	05-154-31-04-001-2024-00020
Accionante	Carlina María San Julián Flórez
Accionado	Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca y ampara

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **9e5c1412920aefe44ac7ef2226424813b97f853e7e593d2e393018437f9d4675**

Documento generado en 12/03/2024 03:00:02 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, ocho (08) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 100

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por Colpensiones, contra el fallo de tutela del 07 de febrero de 2024, emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo mediante el cual amparó los derechos fundamentales del señor José Leonel Mayo ordenando el reconocimiento y pago de los subsidios de incapacidad que se encuentran pendientes.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Indicó la accionante que, su padre José Leonel Mayo se encuentra vinculado laboralmente en la empresa Agrícola El Retiro, afiliado a Nueva Eps y Colpensiones.

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Asegura que, desde hace 255 días, su progenitor se encuentra incapacitado por el diagnóstico de “DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER DE COMIENZO TARDÍA” pero a pesar de su insistencia, no ha logrado que la EPS ni el fondo de pensiones reconozcan y paguen los subsidios de incapacidad, situación que se encuentra en desmedro de su derecho fundamental al mínimo vital.

En virtud de lo anterior, solicitó que, mediante un fallo de tutela se ordene a las accionadas materializar el pago de las incapacidades generadas entre el 20 de abril de 2023 al 24 de enero de la presente anualidad.

DECISIÓN IMPUGNADA

Luego de atender los razonamientos expuestos por las partes, el 07 de febrero de los corrientes, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, profirió sentencia de primera instancia, en la cual decidió amparar el derecho fundamental al mínimo vital del accionante.

Lo anterior, porque considera que las incapacidades laborales constituyen el auxilio económico que se le otorga a un trabajador que sufre una discapacidad laboral a causa de una enfermedad profesional o de origen común, para efectos de salvaguardar su derecho al mínimo vital, puesto que su condición física no le permite ejercer las actividades asignadas en la empresa y por lo cual se le asigna una prestación económica.

Del estudio de la demanda constitucional y, de las respuestas ofrecidas dentro del trámite se puede establecer que, efectivamente el señor José Leonel Mayo se encuentra incapacitado desde el **02 de febrero de 2023** lo

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

que significa que, la Entidad Promotora Salud debía sufragar los pagos hasta el mes de agosto de esa misma anualidad.

Sin embargo, como dicha EPS sólo remitió el concepto de rehabilitación a Colpensiones en el mes de octubre de 2023, es decir, luego de haber transcurrido más de 240 días de incapacidad, es su deber asumir esa mora y proceder con el pago correspondiente a ese periodo.

En consecuencia, ordenó a NUEVA EPS que, en un plazo máximo de 48 horas contadas a partir de la notificación de dicha providencia, debía reconocer y pagar al accionante, las incapacidades médicas expedidas entre el **03 de julio de 2023** (fecha en la cual dejó de recibir el auxilio correspondiente) hasta el día de remisión del concepto de rehabilitación desfavorable al fondo de pensiones.

Adicionalmente ordenó a Colpensiones que, dentro del mismo término debía proceder a pagar las incapacidades emitidas a partir de la recepción del concepto de rehabilitación desfavorable hasta tanto se finalice el estudio de la Pensión de Invalidez conforme el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral en el cual se conceptuó un porcentaje final de 66.70%.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, el mencionado fondo de pensiones presentó **recurso de impugnación** y solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia indicando en primera medida que, no se agotó el recurso de subsidiariedad de la acción de tutela pues no se ha acudido a la jurisdicción ordinaria laboral, la cual se encarga de dirimir los conflictos

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

generado en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras.

Adicionalmente, en su criterio no procede el pago de la incapacidad por cuanto, se evidencia que la EPS aportó, Concepto de Rehabilitación (CRE), con pronóstico DESFAVORABLE, en consecuencia, en su caso no sería jurídicamente procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidades si no la calificación de su pérdida de capacidad laboral.

Finalmente arguyó que, el Juez ordenó el pago hasta en tanto se finalice el estudio de la Pensión de Invalidez, sin tener en cuenta que a partir del día 541 de incapacidad corresponde a la EPS. Por lo tanto, no resulta viable endilgarle esa responsabilidad futura únicamente a la entidad que representa.

Solicita la revocatoria de la decisión adoptada.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991¹, la 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.

¹ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Del caso concreto

Inicialmente se hace necesario precisar que la acción de tutela es un mecanismo legal que tiene la calidad de subsidiario, es decir, que a ella solo habrá lugar cuando no se conste con mecanismos judiciales alternos, o si bien existiendo, sea acreditado por el interesado la existencia de un perjuicio irremediable que requiera una intervención inmediata. Por tanto, no es procedente la implementación de este mecanismo para pretender el reconocimiento o pago de derechos de índole económico tales como los surgidos dentro de procesos laborales, o auxilios por incapacidad, toda vez que su protección es perseguible a través de procesos laborales ordinarios.

No obstante, la jurisprudencia ha exhortado a los jueces constitucionales a valorar las circunstancias particulares de cada caso, a fin de determinar o no su procedibilidad, toda vez que, frente a la subsidiariedad de la acción de tutela, existen dos excepciones que posibilitan la protección de derechos mediante acción de tutela, a pesar de que existan otros medios de defensa judicial; esto es:

*“(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”²

En lo que refiere al pago del auxilio por incapacidad, la alta Corte ha sostenido que, si bien existen mecanismos judiciales para la adquisición de

² Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 2017.

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

lo pretendido, el tiempo que lleva dirimir un conflicto de esta naturaleza desdibuja la eficacia de la vía, en razón a que podría atender directamente frente al mínimo vital del accionante, quien adicionalmente se encuentra en condiciones de vulneración en atención a su salud.

En el presente asunto, la hija del accionante afirmó que, su señor padre no *“tiene más entradas económicas”*, y que su salario es con lo único que cuenta para solventar sus necesidades básicas, indicando además que, en el momento *“tiene muchas deudas y ya no le prestan más”*. Por lo anterior, ante la afirmación de la parte accionante respecto del pago de incapacidades como su único sustento del señor José Leonel para salvaguardar su mínimo vital, misma que no fue desvirtuada por las entidades accionadas, se torna excepcionalmente procedente la acción de tutela.

Ahora bien, el pago de incapacidades y la entidad con obligación legal de reconocerlas y pagarlas, no es un campo desconocido para la normatividad colombiana, pues el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo establece un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral, en el que se determinó que los mismos se ofrecerían *“en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional”* y se estableció tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos.

Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común.

Así, el Decreto 770 de 1975 limitó la órbita de responsabilidad del empleador al pago del precitado concepto, refiriendo en su artículo 9 que el Instituto de

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Seguros Sociales la responsabilidad del pago de *“un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes del salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días”*. Posteriormente, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, plasmó que los afiliados al Régimen Contributivo en Salud tienen derecho al reconocimiento y pago de incapacidades generadas por enfermedad común.

En ese orden, según el párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, se encuentra a cargo de los respectivos empleadores *“las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general”*, asimismo, las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud³, y aquellas que se prolonguen más allá de ese término, deberán ser asumidas por la AFP con la que el trabajador sostenga vínculo de afiliación⁴.

En el caso en concreto, de los elementos aportados al trámite constitucional, se logró determinar que, el señor **José Leonel Mayo** presenta incapacidad continua desde el **02 de febrero de 2023** y cumplió 180 días de incapacidad el **02 de agosto de esa misma anualidad** lo que significa que, a partir de esa fecha los pagos deben ser asumidos por la Administradora de Fondo de Pensiones hasta que, eventualmente llegare a sumar 540 días de incapacidad.

Sin embargo, tal y como lo indicó la primera instancia, al haberse omitido por parte de la EPS emitir el concepto de rehabilitación dentro de los 150

³ Decreto 2943 de 2013, artículo 1, párrafo 1.

⁴ Artículo 142, Decreto 019 de 2012.

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

días de incapacidad, lo procedente es que, como sanción a esa mora, deba asumir la entrega económica hasta que, se cumpliera con esa obligación.

“La Corte ha destacado que esta situación fáctica, como regla general, tiene una excepción consistente en que la EPS debe emitir el concepto de rehabilitación del afiliado antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Así pues, si pasados 180 días iniciales la EPS no ha expedido el concepto de rehabilitación, *“será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto”*⁵. De manera que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya omitido el deber de emisión y envío del concepto de rehabilitación correspondiente...”

En el asunto en concreto, la EPS sólo realizó el dictamen cuando se cumplieron los 210 de incapacidad y, lo remitió al fondo de pensiones ajustados los 240 días. Lo que significa que, sólo a partir de esa fecha es que, COLPENSIONES se encuentra en la obligación de asumir los pagos de las incapacidades.

Ahora bien, de conformidad con la impugnación presentada se tiene que, el Fondo de Pensiones pretende sustraerse de sus obligaciones indicando que, al existir un concepto de rehabilitación desfavorable no procede el pago de ese factor económico, sino que, lo que corresponde es adelantar las gestiones para el reconocimiento de la pensión por invalidez, exculpación que no guarda congruencia con los lineamientos legales y jurisprudenciales que obran al respecto.

En virtud del Decreto 2463 de 2001, se han generado controversias referente a si la obligación de la AFP de pagar las incapacidades se encuentra de algún modo condicionada a la emisión de un concepto favorable de rehabilitación, tesis que la Corte Constitucional, en uso de sus funciones como órgano de cierre dentro de la jurisdicción constitucional, ha descartado de plano, para

⁵ T-161 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger y T-401 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

en su lugar postular que **“las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación”⁶.**

En palabras de dicha Corporación:

“...el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso”⁷

Es conforme a este punto, que el Tribunal considera que no es acertada la postura planteada por el recurrente respecto a su ausencia de

⁶ Corte Constitucional, T-401 de 2017.

⁷ Ibidem.

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

responsabilidad en el caso concreto por no existir concepto favorable de rehabilitación, pues las normas citadas, en conjunto con la jurisprudencia relacionada, han sido claras al establecer que la AFP debe asumir el pago de incapacidades y, dentro de esa obligación no fijó ningún tipo de condicionamientos.

Lo anterior significa que, no tiene Colpensiones ninguna justificación para sustraerse de sus deberes y por lo tanto, omitir el pago de los subsidios de incapacidad a los cuales se encontraba obligada, genera una afectación a los derechos fundamentales del afiliado, pues se le imponen barreras administrativas que no se encuentra en el deber de asumir.

Ahora bien, tampoco se equivocó la primera instancia al indicar que, las incapacidades que se sigan generando después del día 540 deben de ser cubiertas por el fondo de pensión pues, debe recordarse que, dentro del presente asunto obra un dictamen en el cual se determina que, el señor José Leonel presenta una pérdida de capacidad laboral del **66.70%** lo que significa que, adquirió un estatus de invalidez permanente y lo que procede es el reconocimiento del factor pensional.

El Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018 en el cual se indicó que, las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días *“Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico...”* y, en el presente caso además de existir un concepto de recuperación desfavorable también reposa un dictamen de pérdida de capacidad laboral con una asignación superior al 50%.

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

En ese sentido ya no resulta procedente ordenar a la EPS asumir el pago de las incapacidades que se llegaren a generar después del día 540 pues lo que corresponde es adelantar el trámite pensional y hasta tanto ello ocurra, es la impugnante quien deba continuar sufragando las incapacidades que se llegaren a expedir.

Así las cosas, al contar con incapacidades causadas que superan los 180 días continuos, que tanto el accionante como la accionada han reconocido como insolutas, es que la Colegiatura procederá a confirmar la decisión de primer grado, en la cual se concede el amparo constitucional deprecado.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, el 07 de febrero 2024, de conformidad a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

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

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

CÚMPLASE.

N.I.	2024-0359-4
Radicado	05 83731040012024- 000600
Accionante	Dianelis Andrea Mayo Morelos
Afectado	José Leonel Mayo
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate

Magistrado

Sala 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: **a5c2e0231f507d359822e708f41a78fbca3b2bee31e51230f653c468aaeeb28f**

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Nº Interno : 2020-0782-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI : 05 190 60 00270 2019 00037
Acusado : Luz Adriana Grajales Gallego
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes
Decisión : Declara desierto

En Sala de Decisión Penal, presidida por el Magistrado en Descongestión John Jairo Gómez Jiménez del Honorable Tribunal de Medellín, se profirió sentencia de segundo grado, calendada el día 23 de noviembre de 2023 en la cual se resolvió, Revocar la sentencia absolutoria proferida el 21 de agosto de 2020 dentro del proceso de la referencia y, en su lugar se declaró responsable penalmente a la señora Luz Adriana Grajales Gallego como autora del delito de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes” en modalidad de “tentativa de suministro agravado”.

Al respecto, en el término dispuesto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010, la defensa interpuso recurso de doble conformidad frente a la decisión emitida dentro del proceso antes referido.

Nº Interno : 2020-0782-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI : 05 190 60 00270 2019 00037
Acusado : Luz Adriana Grajales Gallego
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes
Decisión : Declara desierto

No obstante, el término subsiguiente de treinta (30) días, previsto en la referida normativa para efectos de la presentación de la respectiva sustentación, venció el día 14 de febrero de 2024, sin que se allegara pronunciamiento alguno por parte del apoderado judicial ni de la procesada.

En tales circunstancias y de conformidad con la anunciada preceptiva, lo pertinente entonces es declarar desierto el recurso interpuesto frente a la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín con funciones de descongestión y en esa medida, disponer que por Secretaría de la Sala se notifique a la parte recurrente la presente providencia, con miras a que una vez la misma surta ejecutoria, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen.

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

RESUELVE.

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de doble conformidad interpuesto por el apoderado judicial de la señora Luz Adriana Grajales Gallego, lo anterior frente a la sentencia de segundo grado, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín con funciones de descongestión dentro del radicado **05 190 60 00270 2019 00037.**

SEGUNDO: SE DISPONE que por Secretaría de la Sala se efectúe notificación de la presente providencia a la parte recurrente y en

Nº Interno : 2020-0782-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI : 05 190 60 00270 2019 00037
Acusado : Luz Adriana Grajales Gallego
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes
Decisión : Declara desierto

cuanto la misma surta ejecutoria, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que se continúe con los trámites de ley.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE



JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE
ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN
ADOLESCENTES

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Nº Interno : 2019-0206-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 642 60 00296 2015 00014
Acusado : Héctor Alfonso Buitrago Quintero
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años
Decisión : Confirma condena

El 13 de marzo de 2024 se aprobó por la Sala decisión de segunda instancia dentro del proceso identificado con el CUI 05 642 60 00296 2015 00014 que se adelanta contra Héctor Alfonso Buitrago Quintero.

Se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **DIECIOCHO (18) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL VEINTICUATRO (2024). A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (09:00 A.M)**

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

CÚMPLASE

John Jairo Ortiz Álzate
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, ocho (8) de marzo de dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 26 de la fecha

Proceso	Auto interlocutorio Ley 906
Instancia	Segunda
Apelante	Fiscalía
Radicado	05-440-61-00000-2017-00016 (N.I. T.S.A. 2024-0215-5)
Decisión	Abstiene de resolver

ASUNTO

Sería del caso resolver el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra el auto del 30 de enero de 2024, mediante el cual se decidió no decretar un testimonio adjunto y dos pruebas refutación en el curso del juicio oral que se viene adelantando ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia en contra de JUAN DAVID MARTÍNEZ VALLEJO y 18 procesados más, de no ser porque la decisión de primera instancia no es susceptible de ese recurso.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Para lo que interesa a esta decisión, según la acusación, entre el año 2016 y julio del año 2017, en el municipio de El Peñol – Antioquia, los procesados se concertaron para conformar la organización criminal denominada *la piedra*, dedicada al tráfico de estupefacientes, extorsiones, homicidios y desplazamientos forzados.

En la sesión de juicio oral del 22 de enero de 2024, se escuchó el interrogatorio directo de Yeison Andrés Ibarra, testigo de cargo. En aquella oportunidad, aquel se mostró reticente para entregar información que comprometiera a los acusados, por lo que la fiscalía utilizó las declaraciones anteriores del 9 y 19 de mayo de 2017, interrogatorio a indiciado y reconocimiento fotográfico, respectivamente, con la finalidad de “*impugnarle credibilidad*”, para el efecto, leyó íntegramente tales versiones, al terminar, el fiscal pidió incorporar tales declaraciones como testimonio adjunto, a lo que la Juez contestó que tal figura tenía requisitos que hasta el momento no se habían cumplido, por lo que el delegado del ente acusador retiró su solicitud. El Juzgado decidió suspender la diligencia porque el testimonio era extenso, la jornada laboral iba a culminar y la mayoría de defensores manifestaron intención de contrainterrogar.¹

El 30 de enero de 2024 se continuó con la práctica de la prueba, iniciando los contrainterrogatorios con la defensa de JONATHAN ESTIVEN MORALES MORALES, a pesar de ello, el testigo aseguró que no respondería las preguntas y aceptaría las consecuencias de tal determinación. Ante la negativa de Yeison Andrés, la Juez intervino señalando que este no estaba disponible, así que la defensa podría solicitar prueba de referencia, de la que no se hizo uso.²

¹ Juicio oral del 22 de enero de 2024, archivo “090GrabacionJuicioOral22Enero2024”, récord 00:44:26 a 02:41:10.

² Juicio oral del 22 de enero de 2024, archivo “090GrabacionJuicioOral22Enero2024”, récord 00:13:35 a 00:24:35.

Por su parte, el fiscal pidió decretar las siguientes pruebas: (i) como testimonio adjunto, las declaraciones anteriores leídas durante el interrogatorio directo, pues el testigo se retractó en juicio y estuvo disponible en la audiencia, y (ii) para efectos de "*impugnación de credibilidad*", los testimonios del abogado Juan Gonzalo Rave Rojas, ya que el testigo refirió que no siempre estuvo acompañado de defensor cuando rindió el interrogatorio a indiciado; y del personero municipal de Marinilla, Fernando González Gómez, quien estuvo presente en el reconocimiento fotográfico junto al citado profesional del derecho. Estos dos darían cuenta de si el declarante estuvo bajo alguna presión indebida, actuó de manera libre e informada y dónde se llevaron a cabo dichas diligencias.³

Varios de los defensores se opusieron a tales pretensiones,⁴ planteando diferentes argumentos, en cuanto al testimonio adjunto, pueden concretarse así: la defensa estaba en desventaja al no completarse la práctica de la prueba, pues no se pudo conainterrogar al testigo, quien no estaba disponible y era analfabeta, lo que limitó la posibilidad de abordar el contenido de las declaraciones previas; la fiscalía utilizó en su momento las versiones anteriores para impugnar credibilidad y no como testimonio adjunto, solicitud que elevó de manera extemporánea; no se pidió el testigo de acreditación de la prueba documental que se intentaba incorporar; se confundieron los conceptos de prueba de referencia, testimonio adjunto e impugnación de credibilidad; y no fue clara la retractación.

En relación a los otros dos testigos: se trataba de prueba sobreviniente que no cumplía con los requisitos para su decreto; la prueba no fue descubierta oportunamente ni solicitada en audiencia preparatoria, pese a que la fiscalía tenía conocimiento de las personas que intervinieron en los actos investigativos y pudo prever que el testigo se retractaría.

³ *Ibíd*em, récord 00:24:36 a 00:28:21.

⁴ *Ibíd*em, récord 00:28:30 a 01:05:12.

La Juez no accedió a dichas solicitudes.⁵ Señaló que las versiones anteriores fueron utilizadas para impugnar credibilidad efectuando una lectura íntegra de ellas, pero no se cumplió con los requisitos jurisprudenciales para su decreto como testimonio adjunto porque en este caso el testigo no estuvo disponible en el interrogatorio cruzado, por lo que las versiones se adecuarían al concepto de prueba de referencia, siendo potestativo para el ente acusador solicitarlas así.

En relación a la otra petición, aseguró que no se trata de prueba sobreviniente, como entendieron los defensores, sino que la fiscalía pidió los dos testimonios como pruebas de refutación, artículo 362 del C.P.P., cuya naturaleza entraña una excepción al descubrimiento probatorio, sin embargo, en este caso la prueba no se practicó en su totalidad por la indisponibilidad del testigo, lo que imposibilita el decreto de este excepcional tipo de prueba.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión el fiscal presentó y sustentó el recurso de apelación⁶ con la finalidad de que se revoque del auto que resolvió sus solicitudes. Sus argumentos pueden sintetizarse así:

Pese a que interpuso reposición, la Juez infundadamente solo dijo que procedía la apelación.

Se limitó la práctica de la prueba testimonial que se pretendió recaudar con Yeison Andrés Ibarra, vulnerando el debido proceso, pues no se culminó con el contrainterrogatorio de la bancada defensiva. El testigo no se ha mostrado renuente, por el contrario, en la sesión de juicio oral del 22 de enero de 2024 expuso las circunstancias por las que se encontraba privado

⁵ *Ibídem*, récord 01:05:22 a 01:15:20.

⁶ *Ibídem*, récord 01:15:21 a 01:21:26.

de la libertad, cómo se dio el comercio de estupefacientes y la operación del grupo delincuencia *la piedra*, no negó la existencia de tal organización, pero sí se mostró hostil y se retractó frente a los sitios donde se ejercía la actividad ilegal y quiénes la ejercían, en cuanto a esos dos aspectos se le impugnó la credibilidad.

Yeison Andrés no se negó a responder el contrainterrogatorio, en su lugar, contestó a una de las defensoras que él era el responsable del comercio de estupefacientes. Aunque tal manifestación no era la esperada por la defensa, ello solo demostraba hostilidad y temor del declarante. Así que debía darse la oportunidad a cada uno de los defensores para que contrainterrogaran y de esa manera permitir el uso del testimonio adjunto.

Adicionalmente, como el testigo aseguró que no fue debidamente asesorado, que en algunas oportunidades no estuvo acompañado del defensor ni del ministerio público y que fue coaccionado para efectuar manifestaciones alejadas de la realidad, era necesario el decreto, como prueba de refutación, de los testimonios de defensor y el personero, los que se enunciaron y descubrieron en audiencia preparatoria, por si eventualmente tenían que solicitarse como testigos de refutación. Además, no podían efectuarse valoraciones de la prueba, como equivocadamente llevó a cabo la Juez.

- **Pronunciamientos de los no recurrentes**

Como no recurrentes, los defensores solicitaron confirmar la decisión al considerar que la Juez acertó en el análisis legal y jurisprudencial que demandaban las pretensiones de la fiscalía. Aparte de esto, dos de los defensores adujeron que debía declararse desierto el recurso por indebida sustentación y una de las defensoras sostuvo que, contrario a lo afirmado por el impugnante, solo procedía la reposición.⁷

⁷ *Ibidem*, récord 01:21:40 a 02:01:07.

CONSIDERACIONES

La Sala se abstendrá de resolver el recurso presentado. La razón esencial es que, en este caso, contra las decisiones de la Juez no procedía el recurso de apelación.

A fin de sustentar debidamente tal anuncio se impone precisar que como fueron dos las solicitudes de la fiscalía, es necesario analizar cómo se resolvió cada una en particular para definir la procedencia de la impugnación.

1. En cuanto a la prueba de refutación

Lo primero que se impone advertir es que no es procedente el recurso de apelación en contra de la providencia que resuelve sobre las pruebas de refutación. Para explicar con suficiencia este punto, es necesario partir de una evaluación serena de lo acontecido en trámite del asunto.

Nótese que el fiscal solicitó los testimonios de Juan Gonzalo Rave Rojas y Fernando González Gómez para llevar a cabo "*impugnación de credibilidad*", pues el testigo dijo que en algunas diligencias no estuvo acompañado de defensor y fue coaccionado para rendir las declaraciones previas.

Si esa fue la petición, no podía olvidarse la impugnación de credibilidad, regulada en el artículo 403 del C.P.P., sirve para facilitar el interrogatorio del testigo, concretamente, para cuestionar su credibilidad en aspectos específicos delimitados en la citada norma.

Para un adecuado ejercicio de tal herramienta, es necesario que la parte interesada presente en la correspondiente audiencia de juicio oral los

argumentos que sustentan su impugnación, además, la base probatoria que acredite el supuesto alegado en las causales del citado artículo 403. De no surtir este trámite, no podrá utilizarse dentro del proceso.⁸

Así que, como la impugnación de credibilidad es una herramienta para facilitar el interrogatorio cruzado del testigo y no una prueba, la determinación que sobre tal herramienta emita la Juez no es susceptible del recurso de apelación. En otras palabras, la decisión de aceptar el uso de la impugnación de credibilidad es una orden de dirección del juicio que, dada esa naturaleza, no admite apelación, de ahí que la Sala no deba decidir sobre el particular.

Conforme a lo anterior, es claro que no hubo solicitud de prueba de refutación alguna. Sin embargo, la Sala no puede desconocer que como los defensores se opusieron a la pretensión de su contraparte aduciendo que se trataba de una prueba sobreviniente que no fue descubierta a tiempo, la Juez resolvió tal punto asegurando que no se estaba ante una prueba sobreviniente sino de refutación, la que consideró que no era procedente.

Se destaca que ninguno de los defensores impugnó esta particular posición de la primera instancia, pero sí lo hizo el fiscal, manifestando que cumplió con los requisitos para el decreto de prueba de refutación, pese a que esa no fue su petición inicial, obviando estratégicamente que la sustentación de la apelación no es el escenario para corregir los errores u omisiones argumentativas en las que se incurriera durante la solicitud probatoria.

Ahora bien, la prueba de refutación está instituida para confrontar la prueba de la contraparte en especiales circunstancias,⁹ pero más allá de esto, para lo que interesa a la presente providencia, debe tenerse en cuenta que, en relación a la decisión sobre esta particular prueba, la Jurisprudencia ha

⁸ Sobre el tema, véase entre otras, SP CSJ radicado 47909 del 13 de mayo de 2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁹ Sobre el tema, véase CSJ SP, Radicado 43749 del 20 de agosto de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

definido de manera explícita que resulta improcedente el recurso de apelación. Veamos:

*“**Recursos.** Las razones con base en las cuales la Sala considera que la providencia que resuelve sobre la prueba de refutación no es recurrible, son las siguientes:*

La ley 906 de 2004 únicamente enunció la prueba de refutación, en consecuencia su desarrollo integral y sistemático le corresponde asumirlo a la jurisprudencia y más en el campo de los recursos respecto de las decisiones de los jueces (singular o plural) en esa materia.

Dado que las pruebas de refutación y refutada tienen un objeto diferente, como ha quedado explicado en esta providencia, la solicitud de la evidencia primeramente citada se resuelve de plano, mediante providencia que no admite recursos. La misma regla aplica para las pruebas de contra refutación.

(...)

La doble instancia para las partes estaría materializada con los recursos contra las sentencias de instancia, oportunidad en que se pueden cuestionar tópicos vinculados con la prueba de refutación y que sean trascendentes en relación con las garantías o derechos fundamentales o la credibilidad de la evidencia que fundamente la decisión.

Los recursos contra las sentencias realizan plenamente la contradicción y el examen por el superior funcional de la situación que se resuelve en esta providencia, pues no necesariamente en el ordenamiento jurídico todas las decisiones admiten inmediatamente recursos, ejemplo de ello es la que decide o no el decreto de la prueba de refutación, pues tratándose de un aspecto relativo al cuestionamiento de un medio probatorio su incidencia en el proceso se advierte con certeza en el fallo al momento de definir la eficacia de los elementos en los que se ha de soportar la absolució n o la condena, de ahí que ese sea el momento procesal idóneo para que las partes censuren o reclamen

lo que tenga trascendencia para su teoría del caso.”¹⁰ (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

En estos términos, es evidente la razón para que esta Sala se abstenga de resolver la apelación concedida por la Juez de primera instancia contra la decisión de no decretar unos testigos a modo de pruebas de refutación, y valga recalcarlo, tampoco procedía el recurso para la inicial solicitud de utilizar “los testimonios” del abogado Juan Gonzalo Rave Rojas y del personero municipal de Marinilla, Fernando González Gómez, para la “impugnación de credibilidad” de Yeison Andrés Ibarra.

2. Procedencia del recurso de apelación contra la decisión de no decretar el testimonio adjunto

Sobre este tipo de pruebas, se impone precisar que se trata de una categoría desarrollada jurisprudencialmente para los casos en que “el testigo concurra al juicio, pero presente una declaración distinta a la ofrecida por fuera de la audiencia”,¹¹ es decir, se retracte. Entre sus requisitos están la solicitud expresa de admisión de la prueba, el traslado de la petición a la contraparte para que ejerza la contradicción y la incorporación si es decretada. A propósito, en la decisión acabada de citar se reiteró que en estos casos “la declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura”.

Véase que, en el presente evento la fiscalía utilizó las versiones anteriores que ahora reclama leyéndolas íntegramente, aunque ciertamente el manejo que se dio no fue el más técnico: en un principio, la fiscalía adujo que se utilizarían para impugnar credibilidad, sin embargo, le dio trámite de

¹⁰ CSJ SP, Radicado 43749 del 20 de agosto de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

¹¹ SP CSJ radicado 62852 del 10 de mayo de 2023, SP170-2023, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Adicionalmente, sobre el tema, véase en entre otras, radicados 52045 del 20 de mayo de 2023, SP934-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizacaya, 62852 del 10 de mayo de 2023, SP170-2023, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, 55465 del 29 de noviembre de 2023, SP512-2023, M.P. Gerson Chaverra Castro, y 56902 SP337-2023 del 16 de agosto de 2023, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa y Diego Eugenio Corredor Beltrán, y 55651 del 4 diciembre de 2019, SP-295-2019, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

testimonio adjunto, sobre este llamativo proceder, en su momento, no hubo oposición sustancial de la defensa ni mayor control por parte de la Juez.

En ese orden, es claro que las declaraciones anteriores ya fueron incorporadas al proceso, por lo que no se advierte objeto en la solicitud presentada por el fiscal.

No puede obviarse que tal información fue escuchada por la Juez y las partes tuvieron oportunidad de controvertirla, así que la actitud del testigo y lo sucedido en el contrainterrogatorio deberá ser objeto de la valoración probatoria propia de la sentencia, la cual estará, obviamente, sometida a la doble instancia. Adicionalmente, las partes e intervinientes podrán efectuar los análisis correspondientes al momento de presentar los alegatos finales.

Ante la carencia de objeto, no tiene sentido pretender que, en este momento la Sala se pronuncie sobre una información que de hecho ya se incorporó y frente a la que, se repite, no queda más que las alegaciones finales de las partes y la valoración correspondiente en la sentencia. Conforme se anotó en precedencia, el Tribunal se debe abstener de resolver el recurso interpuesto.

Por lo anterior, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE DE RESOLVER el recurso de apelación en contra de la decisión de naturaleza y origen conocidos.

SEGUNDO: REMITIR la actuación al Juzgado de origen para que se continúe con el trámite legal.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Ortiz Alzate

Magistrado

Sala 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: **c88c79686c0521162680502fa8263c9b831e6de6f9c7c8c73c11f2c654d4cbf8**

Documento generado en 12/03/2024 02:36:09 p. m.

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, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 28

Proceso	Auto Interlocutorio Ley 906 de 2004 – decisión de plano
Asunto	Impedimento – causales 4 y 6 artículo 56 C.P.P.
Radicado	05-282-61-00000-2024-00001 (N.I. TSA 2024-0466-5)
Decisión	Infundado

ASUNTO

Procede esta Sala, conforme al artículo 57 de la Ley 906 de 2004, a resolver de plano el impedimento propuesto por el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, amparado en en las causales 4 y 6 del artículo 56 *ibídem*, para continuar fungiendo como Juez de conocimiento en el presente asunto.

ANTECEDENTES RELEVANTES

Mediante sentencia de segunda instancia del 23 de octubre del año 2023, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, al resolver la

apelación contra del fallo condenatoria de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia en contra de FELIPE GARCÍA ARRUBLA, revocó la condena por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y declaró la nulidad de la actuación desde la audiencia de acusación para que se presentaran en debida forma los hechos jurídicamente relevantes en relación al delito de concierto para delinquir agravado.¹

El 15 de febrero del año 2024, instalada la audiencia de acusación, el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, conforme al artículo 339 del C.P.P., dio la palabra a las partes e intervinientes, quienes le solicitaron que se declarara impedido con fundamento en los numerales 4 (el fiscal) y el 6 (la defensora y el ministerio público) del artículo 56 *ibídem*, pues ya conoció las pruebas y emitió sentencia condenatoria dentro de este asunto.

El Juez adujo que, más allá de tales peticiones, era su intención declararse impedido para conocer del proceso adelantado en contra de GARCÍA ARRUBLA por el delito de concierto para delinquir agravado. Señaló que podría hacerse una “*amalgama*” de las citadas causales 4 y 6, en relación a la primera, porque su sentencia hacía las veces de una “*opinión sobre el asunto materia del proceso*”, y en cuanto a la segunda, ya que participó “*dentro del proceso*”, pues conoció las pruebas que seguramente se practicarán de nuevo, las que incluso podrían valorarse en caso de que los testigos se retracten, además, debido a que dirigió el caso hasta la emitir una sentencia condenatoria.

En razón de ello, remitió el proceso al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, autoridad que, mediante auto del 26 de febrero del año 2024, no aceptó el referido impedimento. Para

¹ Radicado interno 2022-0550-5, M.P. René Molina Cárdenas, archivo “036DecisionSegundaInstanciaRevocaNulidad”,

fundamentar tal decisión, argumentó esencialmente lo siguiente: la causal invocada no es acertada porque el proceso donde se declaró la nulidad ya no existe. Se asumió de forma equivocada que ya hay prueba y que esta es la misma con la que se debe resolver el asunto. Las manifestaciones sobre las pruebas que se practicaran en juicio, su contenido y trascendencia resultan especulativas. El Tribunal al anular señaló que al no tenerse claros los hechos jurídicamente relevantes se carecía de presupuesto fáctico que permitiera una estricta valoración probatoria. Citó jurisprudencia² donde se ha resuelto que la nulidad declarada lleva a que el caso sea conocido nuevamente por el mismo funcionario. En consecuencia, envió las diligencias a esta Corporación para que se defina la controversia suscitada.

CONSIDERACIONES

Dado que el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia manifestó un impedimento para asumir el conocimiento de esta actuación, el mismo que no fue aceptado por el Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, esta Sala decidirá si efectivamente aquel funcionario se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento previstas en los numerales 4 y 6 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004. Se anuncia desde ya que el impedimento planteado resulta infundado. Para soportar debidamente tal anuncio se analizará primero la causal 4 y luego la 6.

- En cuanto a la causal 4, es decir, cuando el funcionario haya manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso, esta opera cuando la opinión se expone por fuera del caso dentro del cual se

² Radicado 57843 de 2020, AP1860-2020, del 12 de agosto de 2020, M.P. Fabio Ospitia Garzón.

propone el impedimento.³ La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró sobre esta causa:

“Esa opinión anticipada es la expuesta fuera del ejercicio de la labor jurisdiccional o en cumplimiento de esta, pero emitida en un proceso distinto a aquel en el que se manifiesta el impedimento. Referida, en todo caso, al asunto en concreto sometido al conocimiento del juzgador y con suficiente relevancia para comprometer su imparcialidad⁴.”⁵

El Juez Tercero no se detuvo en que la sentencia condenatoria que se vio afectada con la nulidad decretada por este Tribunal se adoptó dentro de este mismo asunto, de ahí que se anulara solo desde la acusación. Así que, al no cumplirse con este requisito de la causal, es evidente que esta resulta infundada, por lo que es innecesario adentrarse en mayores análisis sobre los demás elementos de la causal.

- Sobre la causal 6, que el funcionario *“hubiere participado dentro del proceso”*, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que esta se presenta únicamente al interior del mismo proceso y cuando se trate de una intervención sustancial que tenga la entidad suficiente para comprometer realmente la transparencia, rectitud, objetividad, imparcialidad y ecuanimidad de quien obra como Juez.⁶

La misma alta Corporación ha destacado que cuando el funcionario deba asumir el conocimiento del asunto conforme a sus competencias funcionales y en atención a diferentes actos procesales, como lo es en

³ Sobre el tema, véase entre otras, SP CSJ radicado 57845 de 2020, AP1885-2020, M.P. Jaime Humberto Moreno Acero.

⁴ En ese sentido ver, entre otros, CSJ AP, 13 jul. 2005, rad. 23878, reiterado en CSJ AP6696-2017.

⁵ SP CSJ radicado 62511 del 26 de octubre de 2022, AP4993-2022, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

⁶ Véase entre otras, SP CSJ radicados 55143 del 2 de febrero de 2022, AP228-2022, M.P. Gerson Chaverra Castro, 56889 del 24 de junio de 2021, AP2526-2121 del mismo ponente, 60163 del 6 de octubre de 2021, AP4699-2021, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán, 55631 del 24 de julio de 2019, AP2986-2019, M.P. Guillermo Salazar Otero, y 56609 del 26 de febrero de 2020, AP640-2020 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

este caso una declaratoria de nulidad que se adoptó al resolver la apelación en contra de la sentencia de primera instancia, no necesariamente debe declararse impedido. A propósito, la Corte sostuvo:

“Como lo ha venido precisando la jurisprudencia de la Sala, el conocimiento del asunto que ahora refulge es con ocasión de las competencias funcionales que habilitan a un mismo funcionario a conocer de la actuación en razón de diferentes actos procesales como acaece en el presente evento, donde habiéndose decretado la nulidad a partir del anuncio del fallo, se inició un nuevo escenario.

(...)

Entonces, que en pretérita oportunidad el Juez haya conocido de la actuación, en este caso en concreto, no le impide anunciar el sentido del fallo y emitir la sentencia de primera instancia.”⁷

Nótese que, aun cuando el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia adoptó una sentencia que se vio afectada por la nulidad declarada por este Tribunal, lo cierto es que no se ha llevado a cabo el juicio oral, escenario donde se practicarán e incorporarán las pruebas del proceso, siendo exclusivamente estas las que debe valorar al momento de proferir el fallo que corresponda.

En otras palabras, la nulidad decretada le impone asumir el asunto desde la acusación, de modo que la información que realmente deberá tener en cuenta, al resolver el caso, será la practicada en el debate público, sobre la que cualquier consideración en este estadio procesal resulta especulativa. Siendo así, es claro que su objetividad no se encuentra en entredicho.

⁷ SP CSJ radicado 55433 del 12 de junio de 2019, AP2297-2019, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. A tono con lo dispuesto en el radicado 57843 de 2020, AP1860-2020, del 12 de agosto de 2020, M.P. Fabio Ospitia Garzón

Ahora, su proceder al adoptar la providencia afectada con la nulidad, era el propio de sus funciones sin que ello implicara, en estricto sentido, una participación dentro del proceso que afectara su imparcialidad.

Sin necesidad de más consideraciones, se declarará infundado el impedimento manifestado por el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, quien en consecuencia, no se debe sustraer del conocimiento del asunto.

Finalmente, cabe advertir que la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido de la providencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Por lo anterior, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el impedimento propuesto por el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE la actuación al Juzgado de origen para lo de su competencia.

TERCERO: Se comunicará lo resuelto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Contra esta decisión no proceden recursos.

CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
Magistrado

Firmado Por:

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

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **358a19fbcf15a952b3e43c6580c2295f23a852c5218bd67408a8db5a25780ace**

Documento generado en 13/03/2024 04:56:37 p. m.

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

Tutela segunda instancia

Accionante: Edwin Norbey Posada Castaño

Personero de San Francisco – Antioquia

Accionado: Sanidad Militar EPS

Radicado: 05 697 31 04 001 2024 00005

(N.I.: 2024-0263-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, ocho (8) de marzo de dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 26 de la fecha

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Edwin Norbey Posada Castaño
Accionado	Sanidad Militar EPS
Radicado	05 697 31 04 001 2024 00005 (N.I.: 2024-0263-5)
Decisión	Nulidad por falta de integración a Litis

ASUNTO

Decidir la impugnación presentada por la parte accionada contra la decisión proferida el 29 de enero de 2024 por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario Antioquia que concedió el amparo solicitado.

Tutela segunda instancia

Accionante: Edwin Norbey Posada Castaño

Personero de San Francisco – Antioquia

Accionado: Sanidad Militar EPS

Radicado: 05 697 31 04 001 2024 00005

(N.I.: 2024-0263-5)

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Expone la parte accionante que el menor Fernando Mesa Giraldo requiere de la prestación de los servicios de salud de: *"CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CARDIOLOGIA, CIRUGIA PLASTICA , COLGAJO LOCAL DE PIEL COMPUESTO DE VECINDAD ENTRE CINCO Y DIEZ CENTIMETROS cuadrados (5 y 10 cm²) COLGAJO MUSCULAR MIOCUTANEO Y FASCIOCUTANEO, RECESIÓN DE TUMOR BENINGO O MALIGNO DE PARPADO ESPESOR TOTAL CON CANTO, HEMOGRAMA IV, TIEMPO DE PROTROMBINA TP, TIEMPO DE TROMBOPLASTINA PARCIAL TTP, CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN NUROLOGIA PEDIATRICA"*, sin que hasta la fecha SANIDAD MILITAR EPS le haya dado las citas para la materialización de los servicios.

Solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud y se ordene a la DIRECCION DE SANIDAD MILITAR EJERCITO NACIONAL, realizar las gestiones tendientes a autoriza los servicios ordenados menor Fernando Mesa Giraldo. Igualmente solicita se le brinde el tratamiento integral.

2. El Juzgado de Primera Instancia concedió el amparo solicitado. Ordenó lo siguiente: *"al Representante Legal de SANIDAD MILITAR EPS que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de esta providencia, autorice y haga efectivos los servicios de: CIRUGIA PARA REALIZACION DE BLEFAROPLASTIA SUPERIOR Y CANTOPEXIA Y COLGAJO, CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CARDIOLOGIA, CIRUGIA PLASTICA , COLGAJO LOCAL DE PIEL COMPUESTO DE VECINDAD ENTRE CINCO Y DIEZ CENTIMETROS cuadrados (5 y 10 cm²) COLGAJO MUSCULAR MIOCUTANEO Y FASCIOCUTANEO, RECESIÓN DE TUMOR BENINGO O MALIGNO DE PARPADO ESPESOR TOTAL CON CANTO, HEMOGRAMA IV, TIEMPO DE PROTROMBINA TP, TIEMPO DE TROMBOPLASTINA PARCIAL TTP, CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA*

Tutela segunda instancia

Accionante: Edwin Norbey Posada Castaño

Personero de San Francisco – Antioquia

Accionado: Sanidad Militar EPS

Radicado: 05 697 31 04 001 2024 00005

(N.I.: 2024-0263-5)

EN NUROLOGIA PEDIATRICA. requeridos por el menor FERNANDO MESA GIRALDO. TERCERO. - Se ordena a SANIDAD MILITAR EPS brindarle al menor afectado el TRATAMIENTO INTEGRAL, para el manejo de los diagnósticos NEUROFIBROMATOSIS CON COMPROMISO PALPEBRAL, TUMOR BENIGNO DE LA ORBITA, PARTE NO ESPECIFICADA, CONJUNTIVITIS CRONICA -, objeto de tutela, de ahí que le deben ser suministrados todos y cada uno de los procedimientos, intervenciones, medicamentos y remisiones que requiera para su tratamiento."

DE LA IMPUGNACIÓN

Sanidad Militar EPS indicó lo siguiente:

La Dirección General de Sanidad Militar NO tiene competencia alguna respecto de la prestación de los servicios asistenciales a los usuarios, toda vez que de conformidad con lo establecido en los artículos 9º y 10 de la Ley 352 de 1997, sus funciones son de carácter netamente administrativas y no asistenciales; por lo cual, no tiene competencia para agenciar citas, autorizar exámenes ni procedimientos médicos a los usuarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares. Por otra parte, se encuentra la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional (DISAN), quien de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 16 del Decreto Ley 1795 de 2000, es una dependencia del Comando del Ejército Nacional y es la encargada de la prestación de los servicios asistenciales en salud de los usuarios.

Solicita se revoque el fallo y se ordene en particular y concreto al Dispensario Médico de Medellín, a cargo de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional lo necesario para proteger la salud del menor.

Tutela segunda instancia

Accionante: Edwin Norbey Posada Castaño

Personero de San Francisco – Antioquia

Accionado: Sanidad Militar EPS

Radicado: 05 697 31 04 001 2024 00005

(N.I.: 2024-0263-5)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sería del caso decidir la impugnación interpuesta por la parte accionada contra la decisión proferida dentro del presente asunto, sino fuera porque se observa que durante el trámite y decisión de esta acción se incurrió en una irregularidad sustancial que afecta de nulidad la actuación surtida.

Una vez cotejado el trámite se observa que la entidad llamada atender el amparo solicitado es la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, la cual no fue vinculada al trámite.

Las Direcciones de Sanidad de cada una de las Fuerzas (Ejército, Armada y JEFSA) son las encargadas de prestar los servicios de salud a los usuarios a través de sus Establecimientos de Sanidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 352 de 1997 y 16 del Decreto ley 1795 de 2000. Es la Dirección de Sanidad Ejército Nacional a través de los Establecimientos de Sanidad Militar, quienes tienen la competencia directa de prestar todos los servicios de salud a los afiliados del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares ya sea directamente o a través de la Red Externa contratada para tal fin. Por tanto, la Dirección de Sanidad Ejército Nacional es la entidad a cargo de coordinar sus Establecimientos de Sanidad Militar a través de sus regionales.

Además, como informó la impugnante, según lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Ley 352 de 1997, la Dirección General de Sanidad Militar tiene funciones meramente administrativas y no asistenciales.

Por tanto, era indispensable la vinculación de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y el Dispensario Médico a cargo para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

Tutela segunda instancia

Accionante: Edwin Norbey Posada Castaño

Personero de San Francisco – Antioquia

Accionado: Sanidad Militar EPS

Radicado: 05 697 31 04 001 2024 00005

(N.I.: 2024-0263-5)

Con respecto al tema de la falta de integración en la Litis, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional en Auto No. 132A de 2007, indicó:

“Por ende, puede decirse que la falta u omisión en la notificación de las decisiones proferidas en el trámite de una acción de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo en la misma, surge como una irregularidad que no sólo vulnera el debido proceso, sino que puede llegar a constituirse en una verdadera denegación de justicia, a más de comprometer otros derechos de quienes no pudieron intervenir en el trámite de la misma por desconocimiento de tal actuación judicial. Por ello, cuando la providencia con la cual se admite una acción de tutela y se da inicio al trámite de la misma, deja de notificarse a las partes o terceros con interés legítimo, implica que quienes no fueron notificados, no tienen la posibilidad de intervenir en la misma, desconociéndoseles el debido proceso y de paso, pudiendo afectar otros derechos fundamentales cuya afectación podría suponer una clara violación de los mismos.

“Cuando se presenta la situación anteriormente descrita, se configura una causal de nulidad de lo actuado, con la consecuente necesidad de reiniciar toda la actuación, previa integración del contradictorio por parte del juez, para notificar la actuación a todas las partes, así como a los terceros con interés legítimo en el proceso. Ciertamente, de esta manera se asegura el pleno ejercicio de derecho de defensa por cuenta de todos los intervinientes en el proceso, asegurándose así la posibilidad de proferir una sentencia de fondo con plena capacidad para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante como violados”.

Por ahora entonces, esta Sala no se pronunciará en torno a la impugnación propuesta por el recurrente, pues no hay duda de que el Juez incurrió en la irregularidad prevista en el artículo 133 numeral 8 del Código General del Proceso, por falta de vinculación de partes interesadas como parte esencial del debido proceso y el derecho a la defensa.

Tutela segunda instancia

Accionante: Edwin Norbey Posada Castaño

Personero de San Francisco – Antioquia

Accionado: Sanidad Militar EPS

Radicado: 05 697 31 04 001 2024 00005

(N.I.: 2024-0263-5)

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: DECRETAR LA NULIDAD del trámite realizado por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario Antioquia en la presente acción, por la falta de notificación de partes interesadas, esto es, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y el Dispensario Médico a cargo.

SEGUNDO: Remítase el expediente al Juzgado de origen, para que subsane la irregularidad advertida a partir del auto que admitió la demanda de tutela, dejando a salvo las pruebas practicadas y aportadas a la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Firmado Por:

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

**John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **ebd43f5e32810f9a4ee32a9ecd4eb76ef17ba369362fe72f3f0a36d72733516c**

Documento generado en 12/03/2024 02:36:02 p. m.

**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, once (11) de marzo de dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 28 de la fecha

Proceso	Auto interlocutorio Ley 906
Instancia	Segunda
Apelante	Fiscalía
Radicado	05-172-60-00328-2023-00013 (NI TSA 2024-0386-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto del 29 de febrero de 2024, que decidió sobre el rechazo de pruebas en el curso de la audiencia preparatoria que se viene adelantando por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 34 del C.P.P.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Para lo que interesa, en audiencia del 4 de septiembre de 2023,¹ la fiscalía acusó a Jorge Iván Sánchez Solano como presunto autor del delito de tráfico de sustancia para el procesamiento de narcóticos. La Fiscalía manifestó que adicionaba el escrito de acusación con los siguientes medios de conocimiento:

- (i) Consulta web de la Registraduría del estado civil de Jorge Iván Sánchez.
- (ii) En trámite del resultado de informe de química forense del resultado final de la sustancia incautada. Informe que está en trámite y será descubierto oportunamente junto con el dato del perito encargado de realizar el análisis de esa sustancia.

El 9 de febrero de 2024 se llevó a cabo la audiencia preparatoria. Luego de la solicitud probatoria de la fiscalía, la defensa solicitó la inadmisión y rechazo del testimonio de Luís Guillermo Garcés Pineda, debido a que la Fiscalía no argumentó su pertinencia, y además no fue descubierto en la audiencia de acusación. También, solicitó el rechazo del testimonio José Darío Vega López y Oscar Hernando Gutiérrez López en el mismo sentido.²

El 29 de febrero de 2024,³ previo a decidir, y de acuerdo con el elemento que se adicionó en la audiencia de acusación, el Juez solicitó aclaración a las partes frente al nombre del perito que realizó el informe de química

¹ Audiencia de acusación 4 de septiembre de 2023, "010 05172600032820230001300_L050003107005CSJVirtual_01_20230904_103000_V 09_04_2023 04_05 PM UTC". Record 00:09:30 en adelante.

² Audiencia preparatoria del 9 de febrero de 2024, el registro de la audiencia se encuentra en el archivo "016 05172600032820230001300_L050003107005CSJVirtual_01_20240209_110000_V 02_09_2024 05_13 PM UTC (1)" 00:30:50 en adelante.

³ Audiencia preparatoria del 29 de febrero de 2024, el registro de la audiencia se encuentra en el archivo "018 05172600032820230001300_L050003107005CSJVirtual_01_20240227_090000_V 02_27_2024 02_53 PM UTC" 00:06:00 en adelante.

forense. Al respecto se indicó que el informe fue elaborado por Oscar Hernando Gutiérrez.

El Juez decidió rechazar los testimonios de José Darío Vega López y Luís Guillermo Garcés Pineda, debido a que no fueron descubiertos por la Fiscalía. Advirtió que, tampoco se argumentó mínimamente la razón de la falta de descubrimiento, al menos para aplicar la tesis del descubrimiento flexible que refiere la Corte Suprema de Justicia. No explicó cuál fue la razón que le impidió no hacer enunciación en su escrito de acusación o en la adición.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la fiscalía sustentó el recurso de apelación. Sus argumentos pueden sintetizarse así:

El rechazo del testigo José Darío Vega López no se ajusta al criterio de flexibilidad frente a los momentos para efectuar el descubrimiento probatorio. Hay diferentes momentos para que se realice el descubrimiento, siempre y cuando se garantice el derecho de contradicción.

Advierte que según decisión Rad. 58978 de 2023 de la Sala de Casación Penal reitera el criterio de flexibilidad que ha venido desarrollando en relación a los descubrimientos probatorios, pues la audiencia de acusación no es la única oportunidad para descubrir las pruebas.

Refiere que no ha perdido la facultad de investigar. Fue luego de la presentación de la acusación que se obtuvo noticia de una empresa que presuntamente era la que autorizaba el transporte de los químicos lo que llevó a que la policía emitiera una orden investigativa con el fin de establecer quién era la persona responsable de la empresa y es así como se

llegó al señor José Darío Vega. Elemento que fue descubierto el día 24 de octubre de 2023 por esa razón no se puede alegar un sorprendimiento.

Advierte que la fiscalía tuvo conocimiento de una situación, realizó unas actividades investigativas y luego el descubrimiento de manera oportuna en el interregno que hubo en acusación y la preparatoria ni siquiera podría decirse que fue en el momento de la audiencia preparatoria pues se descubrió desde octubre del 2023. Solicita se revoque la decisión y se decrete como prueba los testimonios de Luís Guillermo Garcés Pineda y José Darío Vega López.

La defensa como no recurrente, solicitó se mantenga la decisión. Frente a Luís Guillermo Garcés Pineda no se realizó análisis alguno de pertinencia. Frente a José Darío Vega López hay un sorprendimineto de la defensa, si lo que quería el fiscal es traer una prueba sobreviniente no se argumentó nada para ello.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación atendiendo el principio de limitación de la segunda instancia y anticipa la conclusión de que la decisión recurrida será confirmada.

El oportuno descubrimiento probatorio es una pieza esencial para la debida construcción de la etapa de juicio oral en el sistema acusatorio. Este se cumple con informar a la contraparte, en el momento procesal oportuno (audiencia de acusación o preparatoria según la parte que tenga la carga), sobre la existencia, naturaleza, y ubicación de las pruebas que pretenda hacer valer en juicio oral, principalmente, de conformidad con los artículos 337, 344 y 356 del C.P.P.

Así lo indica la decisión AP 58978 de 2023 citada por el recurrente. Además, refiere que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento, ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. “Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal.”

Entre los principios reiterados por la Corte Suprema de Justicia⁴ frente al descubrimiento probatorio, se ha advertido una estrecha relación con el principio de lealtad, pues la exposición completa de las pruebas a practicar evita que la contraparte sea sorprendida, ya que la contraparte debe conocer los elementos con antelación para preparar su controversia y contribuir a su formación como pruebas.

A propósito, se recalca que el descubrimiento de un elemento material probatorio no implica necesariamente su entrega física, sino que es suficiente con que se informe acerca de su existencia, naturaleza y ubicación, para que de esta manera se permita a la contraparte acceder a este para su análisis.

Así las cosas, si de forma oportuna y clara, la parte a quien le asiste la carga del descubrimiento, **informa a la contraparte** de la existencia de un determinado elemento de prueba o evidencia física, esta última no puede alegar que ha sido sorprendida, cuando de ellos ha sido debidamente informada acerca de su existencia, ubicación, naturaleza, y se le ha dado la posibilidad de acceder a él para estudiarlo.

⁴ Desde vieja data, como, por ejemplo, CSJ Penal. 7 Dic. 2011, E37596, J.L. Barceló. CSJ Penal. 21 Feb. 2007, E25920, J. Zapata.

En este caso la fiscalía no cumplió con el deber de descubrimiento a la defensa. Se reitera, el descubrimiento se cumple con la información sobre la existencia, naturaleza y ubicación del elemento.

Véase que en la audiencia de acusación la fiscalía no informó de las pruebas que ahora se discuten, a pesar de haber realizado una adición al escrito, los testigos José Darío Vega López y Luís Guillermo Garcés Pineda no fueron expuestos.

Aunque la Fiscalía en el recurso alegó que la información de los testigos la obtuvo luego de presentar la acusación, no informó, previo a la realización de la audiencia preparatoria, que se encontrara esperando otros resultados de actos investigativos.

El debate surge porque la fiscalía asegura haber descubierto a la defensa entrevistas desde el mes de octubre de 2023. Esta situación particular no quedó establecida en la audiencia preparatoria. La fiscalía no informó de qué forma realizó tal descubrimiento y no se observa que informara de la existencia de los testimonios en la audiencia de acusación.

Si bien el descubrimiento es relativamente flexible, esto no quiere decir que pueda omitirse. Como se indicó, la ley asigna a las partes un momento procesal determinado para descubrir pruebas -en la formulación de la acusación o en la audiencia preparatoria, respectivamente-, el carácter progresivo del proceso comporta que, excepcionalmente, haya circunstancias en que se conozcan nuevos elementos de conocimiento, cuya aducción al proceso está condicionada a que a la contraparte se le permita conocerlos para que, en un espacio razonable, pueda ajustar sus actividades de controversia probatoria.⁵

El principio de lealtad comparte una estrecha relación en el descubrimiento probatorio, pues es necesaria la **exposición completa de las pruebas a**

⁵ AP570-2023 Rad. 58978 del 8 de marzo de 2023

practicar para evitar que la contraparte sea sorprendida como se presentó en este caso.

La Fiscalía nunca expuso a los testigos José Darío Vega López y Luís Guillermo Garcés Pineda, solo los ventiló al momento de la solicitud probatoria en la audiencia preparatoria. La defensa no contó con el espacio razonable para ajustar sus actividades de controversia probatoria.

Era necesario que se dieran a conocer todos los elementos de conocimiento ante el Juez, previo a solicitar el decreto probatorio. El trámite no puede quedar supeditado a una simple manifestación de la Fiscalía de haber realizado el acto de descubrimiento, sin informar de la existencia de los elementos, ni constatar su entrega con la contraparte. Lo anterior, respetando los principios de igualdad de armas, lealtad y contradicción.

Sin necesidad de más consideraciones, se confirma la decisión recurrida.

Por lo anterior, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 29 de febrero del 2024, mediante el cual el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia rechazó dos pruebas de la fiscalía.

SEGUNDO: REMITIR la actuación al Juzgado de origen para que se continúe con el trámite legal.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Ortiz Alzate

Magistrado

Sala 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: **99f92cfeca98211a19df2fa4679ee859a63d44826a3dc593f3582f6e4ee62829**

Documento generado en 12/03/2024 02:36:17 p. m.

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

Radicación: 0588761000002019-00003
N.I: 2024-0024-2
Procesado: Jhon Stiven Hernández Rivera y
Otros
Delito: Fabricación, tráfico y porte de
armas, municiones de uso
restringido, de uso privativo y
otros

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



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



1

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

RADICADO	0588761000002019-00003
N.I.	2024-0024-2
PROCESADOS	JHON STIVEN HERNÁNDEZ RIVERA / MEDARDO DE JESÚS CUARTAS ORTEGA/ JHON JAIRO ZAPATA ZAPATA / DANIEL DE JESÚS HERNÁNDEZ /
DELITO	FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS Y OTROS
DECISIÓN	CONFIRMA

Medellín, seis (06) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado según acta Nro. 019

1. ASUNTO

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

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de los procesados **JHON STIVEN HERNÁNDEZ RIVERA, MEDARDO DE JESÚS CUARTAS ORTEGA y JHON JAIRO ZAPATA ZAPATA**, contra el auto proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el 02 de noviembre y 05 de diciembre de 2023, a través de la cual negó el petitum de inadmisión y rechazo de algunas solicitudes probatorias tanto testimoniales como documentales; decretándose su valoración en el juicio oral.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

A voces del escrito de acusación presentado por el Fiscal 42 Especializado:

“...El pasado 21 de enero de 2018, a las 9:10 p.m. de 3 a 4 personas llegaron al establecimiento (estadero bar) de razón social “Las Margaritas” ubicado en la vereda la Estrella del municipio de Yarumal – Antioquia, vistiendo prendas de uso privativo de la fuerza pública (Ejercito), portando armas de fuego de largo y corto alcance (un fusil, una pistola y un revolver), cubriéndose el rostro con capuchas o pasamontañas de color oscuro, y sin mediar palabra (fue un ataque sorpresivo) accionaron sus armas de fuego contra los allí presentes, con los siguientes resultados:

Allí quedaron tendidos – muertos- a consecuencia de las lesiones recibidas, los cuerpos de los menores B. A.V.V. de 17 años de edad; F.S.B.B., Edgar Enrique Ayala Rodríguez, Noraldo Antonio Velásquez Valencia, Jairo de Jesús Cardona López (administrador del establecimiento de comercio), Walter David Ayala Velásquez y Jader de Jesús Barrientos.

(...)

Iniciada la indagación por estos hechos, se estableció que quienes lo habían perpetrado habían sido algunos integrantes de la organización delincinencial "clan del golfo", frente de guerra "Julio Cesar Vargas", también conocido como "los paracos de Yarumal", en los que se encuentran los aquí acusados, así como los señores Víctor de Jesús Areiza Espinosa – Alias solombino-, SAMIR Antonio Quintero Pérez – alias Wilfer, Kevin o el negro-; Julián Sebastián Pérez Arango – alias lolo-, Andrés Julián Ospina Vásquez – alias la grilla- Felipe Ospina Vásquez – alias pipe- hermano de alias la grilla; José Herberto Zapata Arboleda – alias lucio-; Teodoro Manuel Legarda García -alias Teo-; Jorge Hernán Correa Rodríguez – alias Andrés-, Fabian Albeiro Gómez Ayala – alias el tigre (quien según la evidencia campaneó la vuelta).

Igualmente, se estableció a partir de los elementos probatorios que esta masacre tuvo como móvil el hecho de que al establecimiento de razón social en donde ocurrieron los lamentables hechos estaban haciendo presencia otras personas que hacían parte de otra organización delincinencial para comercializar – vender- estupefacientes y este fue el desencadenante de la conocida acción delictual..."

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por tales sucesos, el 16 de enero de 2019 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yarumal – Antioquia, se llevó a cabo audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de los referidos ciudadanos, siéndoles imputados la autoría de los punibles de Homicidio homogéneo Agravado, Porte de Arma de Fuego de Uso Restringido de las Fuerzas Armadas Agravado, Concierto para Delinquir Agravado y utilización

ilegal de uniformes e insignias e imponiéndoseles finalmente medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario.

Se presentó escrito de acusación contra los ciudadanos por los mismos cargos, correspondiéndole la actuación por reparto el 22 de abril de 2019 al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, fijándose fecha para dar trámite a la audiencia de formulación de acusación, misma que se surtió el 14 de enero de 2020, donde además se llevó a cabo la exposición y el aval del preacuerdo al que llegó el ente acusador con el señor Yovany Arley Gómez, para seguidamente continuar con la audiencia preparatoria, que después de varios aplazamientos tuvo su inicio el día 30 de septiembre 2021 y continuo surtiéndose el 28 de julio de 2021.

Posterior a los múltiples aplazamientos de la audiencia preparatoria, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia en aplicación al Acuerdo PCSJA21-11869 del 25 de octubre de 2021, ordenó mediante auto del 04 de marzo de 2022 la remisión de la presente carpeta, en el estado que se encontraba ante su homologó Séptimo de Antioquia para que continuará con el trámite del mismo.

La subsiguiente sesión, se instaló el 29 de junio de 2022, no obstante, ante innumerables prorrogas, el 07 y 14 de diciembre de 2022 y el 01,10,15,16 y 17 de marzo de 2023, se logró dar continuidad al curso de la pluricitada vista pública.

En la data del 11 de noviembre de 2023, se resolvió desfavorablemente las solicitudes de inadmisión y rechazo elevadas por el doctor **Mario Arnulfo Mazo Tapias** y finalmente por parte del Despacho de conocimiento decretó las postulaciones probatorias de los sujetos procesales.

4. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO

En la audiencia preparatoria del 05 de diciembre de 2023, el Representante de la Fiscalía, Interpuso el recurso de reposición en lo atinente a la negación de la declaración del señor Jorge Cardona Torres, toda vez que la Judicatura manifestó que no fue descubierto en el escrito de acusación ni en la formulación de acusación, poniendo en conocimiento que dentro de los elementos materiales probatorios relacionados del folio 10 al 17, cuando empieza la evidencia documental, se visualiza, iterando que, él mismo sí fue descubierto en su oportunidad, por parte de su antecesor.

Por su parte el doctor **Mario Arnulfo Mazo Tapias**, dio apertura a su intervención acotando que se opondría a 3 aspectos dados dentro de las audiencias anteriores, presentando en primera medida oposición al descubrimiento de la Fiscalía, relacionada con los testimonios ubicados en las Casillas N° 5,13 y 14 del escrito, que correspondían concretamente a los señores Gladys Margarita Cardona Cárdenas, Víctor Daniel Espinal Patiño y Bárbara Liceth Espinal Barrientos, frente a esa determinación que adoptó el

Despacho de no declarar el rechazo, interponía recurso de reposición y en subsidio apelación, por cuanto el Juzgado Especializado consideró que tales, testimonios fueron descubiertos completamente.

Dejó claro que, en el escrito de acusación y en la enunciación que a la postre vino a hacerse en las audiencias del 7 y 14 de diciembre de 2022, no era el momento para completar el descubrimiento, por tanto, no podía a esas alturas ocuparse de indagar a esos eventuales testigos sobre las circunstancias para encaminar o enderezar una estrategia defensiva.

En segundo lugar, se opuso a la admisión de los testigos Cindy Alejandra Espinal Barrientos y Juan Andrés Gómez Vázquez, por cuánto consideró que según las declaraciones que rindieron previamente a la Fiscalía, no eran deponentes directos, ni siquiera indirectos de los hechos; eran simples testigos de referencia que nada tenían para decir en el juicio.

Se resistió y suplicó la inadmisión de toda la evidencia documental enunciada por el Delegado Fiscal, ante el incumplimiento de la carga argumentativa.

5. PROVIDENCIA APELADA

La Juez Primigenia luego de realizar un recuento de lo expuesto por las partes, advirtió que, daría inicio con la solicitud de reposición del Representante de la entidad acusadora, encontrando que

efectivamente en lo atinente al testimonio del señor **JORGE CARDONA TORRES**, si fue descubierto, dentro de la actuación, ello desde el escrito de acusación y posteriormente en la acusación, reponiendo la decisión frente a ese tópico, decretándolo al apreciar que incurrió en un yerro.

Dio paso, a la reposición esgrimida por el defensor Mario Arnulfo, destacando que efectivamente fueron los mismos argumentos de la oposición inicial frente a la solicitud probatoria de la Fiscalía.

Manifestó que, la Corte Suprema de Justicia y la Agencia Tutelar de que es titular, han sido de la postura de que hay situaciones y máxime en casos como éste, donde la prueba resulta tan amplia que son las partes las llamadas a lograr esa verdad procesal, la pronta administración de Justicia, la economía procesal para poder acceder a todos estos medios de prueba que fueron solicitados, dilucidando que, hubo múltiples oportunidades en el caso de la defensa para requerir esos datos de ubicación.

Acentuó que, en su momento se le dio traslado a las partes de las observaciones, donde el doctor Mario Arnulfo no efectuó hincapié frente a la carencia de datos de ubicación de esas 3 personas y tampoco lo hizo al momento de dársele la oportunidad frente a los reparos que había al escrito de acusación.

Resaltó, que dichos momentos procesales eran perentorios y/o preclusivos de allí que, no encontró argumentos suficientes para poder castigar en ese caso con el rechazo la práctica probatoria de estos 3 testimonio, máxime cuando a su sentir no se demostró por el

defensor la negligencia u olvido deliberado del Fiscal, para poder otorgar esos datos de ubicación.

Por otro lado, se refirió a la oposición para admitir las declaraciones de los señores Cindy Alejandra Eespinal Barrientos y Juan Andrés Gómez, denotando que como lo mencionó el delegado del Ministerio público, con ocasión al decreto probatorio no proceden recursos, como si sucedía frente a los otros porque hubo solicitud de rechazo.

Legitimó la pertinencia esbozada por la Fiscalía, al no hallar esa calidad de testimonios de oídas o referencia a la que hicieron alusión los dos defensores, arguyendo que, de llegar a existir, en el juicio la bancada defensiva podía llevar a cabo un control de la practica probatoria o en último escenario sería los alegatos de clausura.

Finalizó con lo concerniente a la inadmisión de toda la prueba documental, siendo clara la Servidora Judicial en prevenir que, de manera juiciosa hizo una escucha completa de la solicitud probatoria elevada por la Fiscalía, la cual cumplió con esa carga argumentativa de pertinencia, mayormente cuando no decretó 08 elementos documentales, y sólo asintió los siguientes:

- o Álbum fotográfico de la escena de los hechos.
 - o Plano topográfico del 22 de enero de 2018.
 - o Certificados de defunción de cada una de las víctimas.
 - o Fotocopia informal de tarjeta de identidad de la víctima menor
- f.s.v.v

- Informes periciales de necropsia de la víctima Bider Vélez Valencia.
- Informes periciales de necropsia de la menor F.S.V.V del 23 de enero de 2018.
- Informes periciales de necropsia de la Víctima Edgar Enrique Ayala, del 23 de enero de 2018.
- Informe de necropsia de Noraldo Velásquez del 23 de enero de 2018 se decreta.
- Informe de necropsia de Jairo Cardona del 23 de enero de 2018.
- Informe de necropsia de Walter Ayala del 23 de enero de 2018.
- Informe de necropsia de Jader de Jesús Barrientos del 23 de enero de 2018.
- informe de investigador que realizó Jorge Eduardo Mesías Álvarez que desarrolló análisis link del 5 de septiembre de 2018.
- Informe de perito en balística e inserción al sistema ibis 12/2/2018, realizado por Jefferson Alexander Rodríguez Quinchía.
- 2 CDS que contienen EMP con información de bs de bases de datos de movistar y un CDR con información de BSBD de Claro.
- Las respuestas a esa búsqueda selectiva de datos de Movistar y Claro.
- 20 fotografías a color de una actividad de extracción de fotogramas para elaboración de álbum se decretan.
- Resultados, llamadas entrantes y salientes de 22 líneas telefónicas, mensajes entrantes y salientes, y las respuestas a los oficios con los datos biográficos de los titulares de la línea.
- CDS que contienen audios y conversaciones referentes al móvil 310 842 34 40.

- CD que contiene interceptaciones referentes al móvil 3117219293.
- CD que contiene las interceptaciones 3136520972, 311 3484200 y 3117147517.
- CD con 22 audios de interceptaciones del 3206481596
- CD de interceptación al móvil 3506176995.
- CD con audios de interceptación al 3122616635
- CD que contiene el video de los hechos, del 21 de diciembre de 2018 se decreta.
- Informe de investigador de laboratorio de balística.
- Informe de laboratorio de balística del 30 de mayo de 2018.
- Videoclip realizado el 13 de noviembre de 2018 que se obtuvo para el reconocimiento fotográfico.
- Informe pericial realizado por el grupo de morfología forense del CTI Juan Carlos Hernández Sierra. 16 de noviembre de 2018, 2 CDS.
- Escrito 201900ss4217 Marcel Ricardo Calixto; análisis criminal.
- Plena identidad, copia de tarjeta de preparación de cada uno de los procesados e informe de cotejo dactiloscópico del 16 de enero de 2019.
- Constancia del CINAR no permiso para porte o tenencia de armas de fecha 16 de enero de 2019.
- Actas de incautación de evidencias, 2 armas de fuego que fueron halladas en la diligencia de allanamiento realizada en Yarumal.
- Informe de investigador de campo de álbum fotográfico de 47 fotografías a color realizado por el investigador Juan Carlos Sierra Hernández.

- Informe de investigador de laboratorio del 16 de enero de 2019. Edwin Orozco Sánchez. y dos informes de investigador de laboratorio del 7 de febrero de 2019, sobre la aptitud de armas de fuego y uniprocedencia.
- Informe de topografía y reconstrucción de los hechos realizado por Alejandro Buitrabi Neira del 8 de noviembre de 2018.

Así las cosas, no repuso la decisión frente a los 3 aspectos esbozados por la densa, y da traslado del recurso de los dos tópicos que lo permitían.

6. DE LA IMPUGNACIÓN

El letrado interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, al discrepar con la decisión emitida, dando en esencia análogos argumentos ya decantados en su declaración inicial.

7. NO RECURRENTES

El delegado de la Fiscalía General de la Nación, el Representante del Ministerio Público y el Apoderado de la víctima deprecaron se declarara desierto el recurso o en su defecto, de darle trámite se mantuviera incólume la decisión adoptada por la A quo.

Contrario a lo anterior, El defensor **ANTONIO JOSÉ ARROYAVE CUARTAS** denotó que, coadyuvaba los argumentos dados por el abogado reclamante.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1 Competencia

Es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, conforme al precepto contenido en el artículo 34 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal.

8.2. Caso Concreto

De acuerdo con el recurso de alzada que presentó la defensa, y con el fin de resolver en debida forma la inconformidad, la Corporación dividirá esa temática en los siguientes subtemas: (i) procedencia del recurso de apelación frente a la decisión que resuelve las solicitudes probatorias requeridas por las partes (ii) la procedencia del rechazo de un medio de prueba; (iii) el descubrimiento completo; y por último (iv) el cumplimiento de los estándares de utilidad y pertinencia de los elementos cognoscitivos.

En el caso presente, durante el decreto de pruebas al interior de la diligencia preparatoria del juicio oral, la defensa solicitó “el rechazo” de las pruebas recopiladas por la Fiscalía General de la Nación, esto es, las testimoniales relacionadas en el escrito de acusación en los numerales 5, 13 y 14 y la totalidad de las documentales decretadas por la Juez Especializada.

Pues bien, respecto a la procedencia del recurso de apelación frente a la decisión que resuelve las solicitudes probatorias requeridas

por las partes, conforme a la línea de la Corte Suprema de Justicia², frente al objeto de reparo ha decantado la **procedencia del recurso de apelación, solo cuando: 1. El medio de prueba es negado, 2. Se trata de una decisión sobre la exclusión de pruebas relacionada con la ilicitud del medio probatorio y 3. Cuando se admite la prueba de manera condicionada generando un perjuicio a la parte interesada;** de suerte que, si la discusión no se encuadra en alguno de los parámetros antes aducidos, **solo procede el recurso de reposición, veamos:**

(...)

“La interpretación de la Corte, frente a la decisión que resuelve las solicitudes probatorias pedidas por las partes, ha sido, que el legislador –en su labor de configuración legislativa– diferenció entre el auto que accede a su práctica y aquél que la niega, por lo tanto, contra el primero solamente procede el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido en artículo 176, en tanto que, contra aquél que excluya, rechace o inadmita una prueba, proceden el de reposición y/o apelación, tal como lo consagra el inciso 3° del artículo 359, en concordancia con el numeral 4° y 5° del artículo 177 ibídem [AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130].

No obstante, la Corte también ha precisado que “...**sólo cuando se trata de exclusión probatoria por ilicitud del medio, sea que se haya decretado o no la prueba, procede el recurso de apelación, pues en**

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP4640-2022, Radicado 61078

esos eventos se trata de determinar la configuración de una violación a derechos fundamentales”.³

Y en decisiones, CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562; CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad 41106, la Corte consideró posible interponer el recurso de apelación en contra de la decisión que admite la prueba, así lo señaló en determinación del 13 junio de 2012, Rad. 36562:

“Un nuevo análisis del tema, lleva a la Sala a reconsiderar esta postura, y adoptar como postulado jurisprudencial que el recurso de apelación procede no solo contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátense de exclusión, inadmisión o rechazo), sino también contra las que ordenan su aducción, admisión o aceptación, y que la concesión del recurso debe hacerse en el efecto suspensivo.

Esto, atendiendo a una interpretación sistemática del modelo de enjuiciamiento acusatorio, comprensiva de un estudio correlacionado de los artículos 20 y 359 con los artículos 176, 177 y 363 ejusdem, como también del papel que debe cumplir la audiencia preparatoria en este sistema y la necesidad de asegurar la realización de los principios de depuración y eficacia probatoria.

El artículo 176, en su inciso tercero, establece, en el carácter de cláusula general, que el recurso de apelación procede contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, salvo las excepciones legales, dando de esta manera cabida a la segunda instancia a todas las decisiones que cumplan tres condiciones, (i) que tengan la naturaleza de auto, (ii) que hayan sido dictadas en el curso de una audiencia, y (iii) que el recurso no esté exceptuado por la ley. Las decisiones que deciden sobre la exclusión, admisión, rechazo o práctica de pruebas tienen a no dudar la condición de autos, entendidos por tales los que resuelven algún incidente o un aspecto sustancial, de acuerdo con la definición que de ellos trae el artículo 161 ejusdem, en cuanto se erigen en expresiones del derecho a probar y a la

³ Al respecto véase decisiones como CSJ AP1319-2018, Rad. 52345, reiterada en AP234-2020, Rad. 57865 del 16 de septiembre de 2020, AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130.

controversia probatoria, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

El artículo 177, por su parte, en su primer inciso, incluye como decisión susceptible de ser apelada en el efecto suspensivo, el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral (estipulación cuarta), pero también, el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral (estipulación quinta), sin hacer distinciones sobre el sentido de la decisión, previsión esta última de la que se sigue que la apelación procede en ambos casos, es decir, cuando se ordena o niega su exclusión.

El mismo precepto, en el inciso segundo, incluye como decisión contra la que procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada (estipulación sexta), precepto del que igualmente se establece que la regla acogida por los estatutos procesales anteriores, en los que el derecho de impugnación solo procedía contra las decisiones que negaban pruebas, no es la que preside el modelo de enjuiciamiento acusatorio.

Esta nueva orientación se reitera en el artículo 363, que consagra como motivo de suspensión de la audiencia preparatoria, el trámite de la apelación de las decisiones relativas a las pruebas, hasta cuando el superior jerárquico resuelva, expresión que, al igual que las anteriores, no distingue entre el sentido de la decisión, resultando comprensiva tanto de las decisiones que niegan como de las que autorizan.

Dicha variante encuentra su razón de ser en el carácter esencialmente adversarial del nuevo sistema, que determina que la iniciativa probatoria se concentre en cabeza de las partes (ente acusador y defensa), con exclusión del juez, quien asume la condición de árbitro, y que ambas tengan derecho no solo en que se incluyan o practiquen las pruebas que aducen en apoyo de su teoría del caso, sino de oponerse a las que postula la parte contraria.

También en la necesidad de que el procedimiento de depuración probatoria que se realiza en la audiencia preparatoria cuente con la garantía de la doble instancia, para que las pruebas que se lleven al juicio oral cumplan realmente las condiciones de conducencia, pertinencia y

utilidad, en aras de la efectivización de los principios de concentración y de eficacia probatoria. (...).

Pero, por otra parte, la Sala llama la atención en el sentido de que la posibilidad de la apelación está restringida al interés procesal, esto es, que sólo tendrá vocación impugnatoria el sujeto procesal que ha pretendido en la audiencia preparatoria que la prueba con cuyo decreto está inconforme, sea rechazada, excluida o inadmitida”.

De lo que se deriva que no ha sido unanime, la Jurisprudencia de la Corporación, respecto a la procedencia o no del recurso de apelación contra el auto que admite las pruebas, lo que hace necesario aclarar el alcance del postulado jurisprudencial, previa ponderación de los presupuestos superiores que gobiernan el debido proceso probatorio.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, son presupuestos procesales esenciales para la interposición del recurso, la legitimación procesal, la legitimación en la causa, la autorización legal, su interposición en la oportunidad legal y la sustentación adecuada y suficiente⁴

Entendiendo por ellos: legitimación procesal, quien interpone el recurso debe estar reconocido como sujeto procesal, parte o interviniente; por legitimación en la causa o interés jurídico para recurrir, que la parte que recurre haya sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión, de tal forma que si la decisión cuestionada la beneficia o acoge su postura, no surge interés jurídico en la causa, quedando deslegitimada para pretender la revisión de la providencia⁵; la autorización legal, relacionada con la facultad que otorga la ley para atacar o controvertir determinadas decisiones, a través de uno u otro recurso, interposición en la oportunidad legal, y

⁴ AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130.

⁵ Así, SP5210-2014, de 30 de abril, Rad. 41534; SP7856-2016 de 15 de junio de 2016, Rad. 47666; SP1659-2015, de 02 de diciembre de 2015, Rad 445824; SP11726-2014 de 03 de septiembre, Rad. 33409.

la sustentación adecuada y suficiente, que demanda coherencia conceptual entre la petición, la decisión y la impugnación.

De la confluencia de estos presupuestos, se predica la admisibilidad de los recursos ordinarios, requisitos que satisfechos, nos lleva a considerar que decisiones son susceptibles del recurso de impugnación vertical y cuáles no.

El artículo 176 de la Ley 906 de 2004, señala que el recurso de reposición “procede para todas las decisiones”, salvo la sentencia, por su parte el recurso de apelación procede contra la sentencia y los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, “salvo los casos previstos en este código”; así mismo, el artículo 359 inciso final, señala “Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios”.

De lo que se deduce, que una de las principales garantías del debido proceso probatorio, es el **Principio de la doble instancia**, derecho que encuentra desarrollo supralegal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶, tratados multilaterales que en la legislación interna forman parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución Política.

Por su parte, la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, establece la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, y el

⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, numeral 5°, indica «*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*». La Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, numeral 2°, literal h, señala que toda persona tiene «*derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior*».

artículo 31 preceptúa que “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

En desarrollo de la normativa en cita, derivada del bloque de constitucionalidad, la Ley 906 de 2004 consagró el principio de la doble instancia como norma rectora, señalando en el artículo 20, que “Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, **que afecten la práctica de las pruebas** o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación...».

Así la forma en que el legislador reguló la impugnación de la prueba, da cuenta de su intención expresa de permitir que las decisiones que **afectan** la práctica de la prueba, puedan ser impugnadas –artículo 20, entendiéndose por afectar, en decisión CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298:

(...) pues dado que las palabras usadas por el legislador deben entenderse en su sentido natural y obvio, el significado que en este contexto tiene el vocablo **afectar** no es otro que el de “...5. Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. 6. Producir alteración o mudanza en algo...”

Por tanto, con sujeción al citado precepto, el cual como norma rectora es prevalente sobre las demás y debe ser utilizado como fundamento de interpretación (ídem, artículo 26), en materia de pruebas es procedente el recurso de apelación como mecanismo para acceder a la segunda instancia, **únicamente respecto de las decisiones que impidan su efectiva práctica o incorporación.** (negrita fuera de texto).

Señalando en el artículo 177, los efectos en los cuales se concede el recurso de apelación, y los autos sobre los cuales procede, entre ellos, “el auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral o decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral”, norma de la que se deriva, que la intención del legislador fue rodear de garantías el debate adversarial, al facultar a las partes perjudicadas con la decisión, acceder a la garantía de la doble instancia, **lo que obliga de quien se opone a ella a presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías o evidenciar el perjuicio con la negativa de la prueba.**

De no ser así, al juez, director del debate, le corresponde rechazar de plano la argumentación y la petición que alrededor de ella se eleve, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado.

Luego entonces, si bien el legislador enunció solo los eventos en que procede el recurso de apelación, en aspectos probatorios, limitando esta posibilidad a los casos anteriormente enunciados; le corresponde a la Corte, modular, –sin que ello signifique arrogarse funciones de configuración legislativa–, aquellas situaciones en las que pese a admitirse la práctica de la prueba, la misma se hace de manera condicionada o limitada, vulnerando los intereses de la parte interesada en su práctica.

Concluyendo, que si bien la Corte ha considerado que contra la decisión que admite el decreto de la prueba, no procede el recurso vertical de apelación y la parte favorecida con la prueba, carece de autorización legal para refutarla, postura que se ha mantenido de

forma pacífica⁷; esta regla debe ser entendida frente aquellos eventos en los que la admisión del medio probatorio es pura y simple, es decir no ocasiona ningún perjuicio para la parte interesada en su realización. En tal evento se carecería de interés jurídico para recurrir, pues no se ha sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión.

Otra situación ocurre en los supuestos en que pese a admitirse la prueba, ésta se hace provocando un perjuicio que la parte interesada estima injustificado en su práctica. En tal evento surge el derecho a su impugnación, como garantía Constitucional tendiente a depurar el debate probatorio, en correspondencia con los postulados principialísticos del procedimiento adversarial, que propenden por la realización material de los derechos y la primacía del derecho sustancial.

Presupuestos relacionados directamente con los objetivos del proceso penal, ello es con la aproximación racional a la verdad y la recta aplicación del derecho material, especialmente, cuando están de por medio derechos de protección superior que demandan una intervención más eficaz de los Jueces⁸, ajustada a los estándares internacionales sobre el debido proceso, la doble instancia, consonante con los compromisos Convencionales del Estado Colombiano y la función que el legislador le asignó a los jueces, en la salvaguarda de los derechos al interior del proceso penal.” NEGRILLAS Y SUBRAYAS POR FUERA DEL TEXTO.

En síntesis, se ha reiterado que **los criterios analizados deben aplicarse dentro del contexto de las garantías del debido proceso probatorio, razón por la que se ratificó que “contra la decisión de**

⁷ CSJ AP 3805-2015, 8 jul. 2015, Rad 46262, CSJ AP4812-2016, 27 jul. 2016, Rad 47469, CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516.

⁸ Criterios recogidos en S.C.C.-227/09. y S.C.C.- 738/06.

admitir una prueba no procede la apelación, salvo que se esté discutiendo la violación de garantías fundamentales en los ámbitos de la exclusión o el rechazo” (CSJ AP948-2018, rad. 51882; CSJ AP1465-2018, rad. 52320; CSJ AP3018-2018; CSJ AP2218-2018, rad. 52051; CSJ AP384-2018, rad. 51917, entre otras).

Por otro lado, la Sala de Casación Penal, en CSJ AP-948-2018, rad. 51882, señaló que en la audiencia preparatoria pueden surgir diversos debates respecto al descubrimiento probatorio, ocasión en la que el juez está facultado para activar sus atribuciones de dirección del proceso en beneficio de la celeridad y eficacia de la administración de justicia y cuando no es posible solucionar la controversia por esta vía, se debe evaluar sobre la procedencia del rechazo, decisión que admite el recurso de apelación, con independencia de su sentido. Por resultar pertinente al caso presente, se transcribe el aparte respectivo:

(...)

Sin embargo, cuando no es posible solucionar la controversia por la vía de la dirección del proceso, el Juez debe resolver sobre la procedencia del rechazo. Esta decisión admite el recurso de apelación, independientemente de su sentido, por lo siguiente:

Si opta por rechazar las pruebas, como una sanción a la parte que incumplió las obligaciones atinentes al descubrimiento, no cabe duda que procede la alzada, tal y como sucede con la decisión de inadmitir pruebas. Esto no admite discusión.

Si se decide no acceder al rechazo, es evidente que están en juego los derechos de la parte que lo solicitó, pues de ser cierto que se tendría que enfrentar a pruebas desconocidas, la posibilidad de

defensa, los controles a la incorporación de las pruebas durante el juicio oral y los otros aspectos relacionados en el numeral 7.1.3 podrían verse seriamente afectados. En tal sentido, a la luz de los criterios establecidos por esta Corporación para concluir que el auto que resuelve sobre la exclusión de evidencia admite el recurso de apelación, independientemente del sentido de la decisión (CSJ AP, 27 Jul. 2016, Rad. 47.469), resultan aplicables al auto a través del cual se decide sobre el rechazo por indebido descubrimiento. (CSJ AP-948-2018, rad. 51882)».

(...)

25.- *En efecto, como se precisó en acápites anteriores, la jurisprudencia ha decantado que, cierto es que la apelación que dirija a cuestionar un decreto probatorio per se es inviable; no obstante, **cuando dicha admisión tenga como precedente una petición de exclusión por violación de garantías fundamentales o de rechazo derivado de un indebido descubrimiento probatorio, el recurso de alzada deviene claramente procedente [CSJ, AP1392-2021, 21 abr. 2021, Rad. 57164].***

Habiéndose elucubrado y zanjado latamente la procedibilidad del recurso de alzada, se descenderá al análisis de las alegaciones para suplicar el rechazo de los medios suasorios relacionados en el escrito de acusación en los numerales 5,13 y 14.

Sea imperioso dar apertura a este tópico, haciendo alusión al **Descubrimiento completo**, que como es sabido, consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas los medios de prueba que pretenden ofrecer en la audiencia de juicio oral y a la par, debe practicarse los componentes de la actividad probatoria,

que se guían por el siguiente orden: enunciación, descubrimiento, ofrecimiento, aducción, producción o práctica y valoración. Las dos primeras se inician en el escrito acusatorio y la respectiva audiencia de acusación y concluyen en la preparatoria, la tercera y cuarta se llevan a cabo en la audiencia preparatoria, la quinta en el juicio oral, y la última se materializa al momento del proferimiento del fallo.

No se puede pasar por alto que, la Fiscalía en cumplimiento de su deber funcional y en acatamiento del principio de probidad, debe anunciar desde el escrito de acusación todas las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio oral (numeral 5° del artículo 337 CPP); además, tiene la obligación de descubrir en su totalidad las pruebas al momento de la audiencia de formulación de la acusación (artículo 344 *ibidem*), y enunciar nuevamente la totalidad de ellas en la audiencia preparatoria con miras a justificar su pertinencia, conducencia, y utilidad (numeral 3° del artículo 356 CPP *ejusdem*).

Es así que, desde la presentación del escrito de acusación, en su correspondiente anexo, el representante de la Fiscalía tiene la obligación de comunicar las pruebas que pretende hacer valer en juicio, teniendo la oportunidad de adicionar, modificar o corregir el contenido de dicho escrito solo durante la audiencia de la formulación oral de los cargos, lo que quiere decir que es hasta esa ocasión procesal que el ente acusador puede válidamente descubrir sus elementos con vocación probatoria, ello porque para la siguiente diligencia a celebrarse le corresponde a la defensa hacer lo mismo, momento para el cual no puede ser sorprendida con **nuevos descubrimientos** frente a los cuales no tuvo la oportunidad de

desplegar labor defensiva a efectos de presentar pruebas de refutación.

En este orden, alega el apelante, que hubo un descubrimiento truncado de 3 testimonios, al omitirse información de ubicación de los señores Gladys Margarita Cardona Cárdenas, Víctor Daniel Espinosa Patiño y Barbara Liceth Espinal Barrientos, actuar que en su sentir afectaba el derecho de defensa y contradicción, y por tal motivo se debían rechazar.

Pues bien, en la audiencia de formulación de acusación llevada a cabo el día 14 de enero de 2020, durante el trámite de la diligencia, luego de enunciar la prueba documental y testimonial, no se evidenció en el acta ni en el registro de audio observaciones, empero se acordó por las partes que en la semana siguiente a la diligencia se daría todo el trámite de revelación.

Para el 30 de septiembre de 2021, se instaló y desarrollo la vista pública preparatoria, percibiéndose por segunda vez que, ante el interrogante de observaciones al descubrimiento probatorio, no se hizo salvedad o requerimiento alguno por los sujetos intervinientes respecto a los testigos de los que se proclama el rechazo, no obstante, si se efectuó un reproche, que ocasionó que el Juez hiciera un llamado de atención a la bancada de la defensa, en tanto, contaban con constancias y firma de los mismos, de las acciones desplegadas por la asistente del Representante de la Fiscalía, para ilustrar la ruta y la clave para el acceso de varios CDS con interceptaciones telefónicas.

En la sesión de audiencia preparatoria llevada a cabo el 1º, 10 y 16 de marzo de 2023, se dio continuidad sin novedad u observación alguna frente a la petición probatoria de las partes, especialmente en lo concerniente a los objetados testigos.

Es apenas en la reunión virtual del 02 de noviembre de 2023, y ante el espacio concedido por el Despacho, que el recurrente hace alusión a la falta de información de ubicación de los señores Gladys Margarita Cardona Cárdenas, Barbara Liceth Espinal Barrientos y Juan Andrés Gómez Vásquez, y es precisamente en este aparte que se presenta el punto álgido a desatar, ello por cuanto si bien es cierto, el ente acusador contrario a lo expuesto por el Despacho de Conocimiento no subsana y/o complemento los datos de localización de los testimonios, tampoco se vislumbra una actitud medianamente diligente por el letrado, donde hubiera desplegado las mínimas prestezas como solicitudes verbales, electrónicas, por mensaje de datos o en últimas haber generado resistencia desde las observaciones al descubrimiento, pudiéndose argüir mala fe, incuria o malicia del delegado de la fiscalía.

Atinado resulta concernir que, el declarante aludido en el núm. 13 es el padre y así quedo consignado desde el escrito de acusación, de la señora Cindy Alejandra Espinal Barrientos, persona por medio de la cual el reclamante pudo propiciar contacto y de creerlo adecuado hacerlo parte de su hipótesis defensiva.

A este tenor, al valorar el deber de lealtad, es que no puede aducirse que el Fiscal incurre en una práctica de un talante deshonesto, ya que, el Órgano Acusador desde sus funcionarios, ha

estado en disposición para enmendar, rectificar o aclarar uno a uno los reparos de la defensa, y es que obsérvese como ante los constante aplazamientos de la audiencia preparatoria, el postulante pudo hacer un sinnúmero de exigencias como lo hizo de otros medios cognoscitivos, sin embargo, las conectadas con los deponentes solo las exteriorizó en el último escenario, esto es más de -8 meses- después, contados a partir del 1º de marzo de 2023.

De esta forma, pregonar una sorpresa o extrañeza que vaya en contravía del debido proceso en sus aristas de defensa y contradicción no tiene cabida, encontrando de esta forma la Sala que desde la acusación –entendida como acto complejo- la Fiscalía dio a conocer la totalidad de la prueba de cargo a la defensa, por lo que ésta no puede alegar válidamente que ha sido sorprendida con unos elementos que conocía parcialmente su existencia y que perturbaba su hipótesis defensiva.

Respecto a las diversas oportunidades en que las partes pueden llevar a cabo el descubrimiento probatorio, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal tiene dicho:

“En cuanto a la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física pueden darse las siguientes variantes:

a). Con la presentación del escrito de acusación que hace el fiscal ante el juez competente, dicho instrumento, de acuerdo con lo reglado por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, deberá contener, entre otros presupuestos, "El descubrimiento de las pruebas", que consiste que con el citado escrito se presenta otro anexo en el que constarán los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y

que no se pueden recaudar en el juicio oral, el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, etc.

Copia del anterior escrito el fiscal lo entregará al acusado y a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas.

b) Dentro de la audiencia de formulación de acusación, así mismo la defensa cuenta con la posibilidad legal de solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía "o quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento...". (Artículo 344).

c) De la misma manera, en la etapa de formulación de acusación la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa la entrega de "copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio". (Artículo 344)

d) Cuando la defensa pretenda hacer uso de la inimputabilidad "en cualquiera de sus variantes" deberá entregar a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado". (Artículo 344)

e) Ocasionalmente en el juicio oral las partes podrán descubrir los elementos materiales probatorios y evidencia física significativa que deban ser descubiertas, cuando el juez así lo decida una vez oídas las partes y considerado "el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio". (Artículo 344).

f) Finalmente, la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física fenece en la audiencia preparatoria, puesto que de acuerdo con lo consagrado por el artículo 356 de la citada Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento dispondrá: "Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física" y "Que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia de juicio oral y público" (artículo 356). También en este momento procesal y a solicitud de las partes "los elementos materiales

probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados". (CSJ SC, 21 Feb 2007, Rad. 25920).

Así, lo establecido en el artículo 337 sobre el descubrimiento probatorio debe analizarse en el sentido de que la defensa pueda conocer oportunamente los testimonios, dictámenes periciales, evidencias físicas o documentos que sirven de sustento a la acusación y que pueden ser solicitados como prueba por la Fiscalía" (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).
(Subrayados fuera de texto)

En forma adicional, frente al proceso de depuración probatoria que debe seguirse en la audiencia preparatoria, el máximo juez colegiado de la justicia ordinaria ha puntualizado que existe la necesidad de agotar las cuatro fases consagradas en la ley: (i) descubrimiento; (ii) enunciación, (iii) estipulación y, (iv) solicitud probatoria, las cuales tienen una secuencia lógica y razonable, debido a que el descubrimiento precede a la enunciación con el fin de evitar sorprender a la parte oponente y a su vez, la enunciación antecede a la estipulación, esencialmente, para conocer qué hechos y circunstancias pueden darse como probados y por ende exceptuados del debate en el juicio⁹.

Según regula la disposición legal que la establece, la sanción a la que alude la defensa procede respecto de la evidencia o el material ignotos que el afectado estaba en el deber legal de descubrir en las oportunidades establecidas por el ordenamiento¹⁰. Por consecuencia, resulta inoperante si la parte cumplió el deber de revelarlos, a pesar de que surjan vicisitudes como la expuesta por el

⁹ CSJAP4549-2018 Rad. 53895 del 17-10-18.

¹⁰ El artículo 345 de la Ley 906 de 2004 prevé las siguientes situaciones en las cuales las partes no pueden ser obligadas a descubrir la información: (i) la sometida a reserva legal; (ii) la relativa a hechos que no puedan ser objeto de prueba; (iii) la relacionada con el trabajo de las partes orientado a la preparación del caso; (iv) la que de ser descubierta afecta actuaciones judiciales diferentes; o (v) aquella que de develarse atente contra la seguridad del Estado.

impugnante, donde con simples dichos no puede asegurar, en términos de lealtad y buena fe, haber sido sorprendido con un medio de prueba totalmente ilustrado. En esas condiciones se puede evidenciar que el descubrimiento ya se había cumplido y simplemente la parte acusadora continuaba con el compromiso de localizar o informar los datos de los tres deponentes.

Acorde lo que viene examinándose, la Corporación sostiene que las evidencias o elementos aludidos por el censor, no solo fueron reveladas, sino que teniendo en cuenta, como ha tenido ocasión de precisarlo la Corte que *“no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento, ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal.”*¹¹

De este modo, para la Magistratura no está demostrado con suficiencia la certeza que se requiere para que el reproche tenga eco de prosperidad e imponer la sanción procesal pretendida por el togado de la defensa, es decir, no hay cabida a endilgar una actitud desleal, perniciosa o malintencionada por parte de la Fiscalía, dirigida a ocultar, obstaculizar o tendiente a no informar lo necesario de la prueba de los numerales 5, 13 y 14; especialmente cuando hay desidia en las prestezas defensiva del rogante.

¹¹ CSJ SP 21 Feb 2007 Rad. 25920

De conformidad con lo anterior, encuentra esta Sala de decisión que, no procede la solicitud de rechazo elevada por la defensa técnica de los señores **JHON STIVEN HERNÁNDEZ RIVERA, MEDARDO DE JESÚS CUARTAS ORTEGA y JHON JAIRO ZAPATA ZAPATA**, respecto a las pruebas testimoniales refutadas.

Por último, frente al reproche de los compendios cognoscitivos documentales, por su falta de argumentación, y cumplimiento de los estándares de utilidad y pertinencia que debió agotar el Representante de la dependencia acusadora, se debe abordar afín al artículo 357 de la Ley 906 de 2004, el cual reza que, en la audiencia preparatoria, *“el juez dará la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión. El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código”*.

Por su parte, el canon 139 señala el deber de rechazar de plano los *“actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos”*, mientras que el artículo 359 ibídem dispone *“la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba”*.

De igual manera, el artículo 375 de la misma normativa contiene las pautas para fijar la pertinencia de las pruebas y subraya la

necesidad de que las mismas se refieran "*directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta*", condicionamientos que se deben alcanzar al resolver las solicitudes evidenciables en el impulso del proceso penal de tendencia acusatoria.

Sobre el tema debatido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, la prueba es conducente cuando ostenta la aptitud legal, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento; es pertinente cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; es racional cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, por último, es útil cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario.

Es así, como la parte que formula la postulación probatoria ostenta la ineludible carga procesal de indicar las razones que orientan la solicitud y, específicamente, los motivos de conducencia, pertinencia y utilidad del medio de convicción que imponen su decreto, obligación que comporta otorgar argumentos claros y concretos a efectos de garantizar la adecuada comprensión de la petición y consecuentemente el derecho de contradicción de la contraparte, quien al conocer los fundamentos de la postulación adquiere elementos de juicio para oponerse a su práctica, si así lo considera.

La Prueba documental, frente a su pertinencia debe considerarse aspectos como los siguientes: (i) el hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que se pretende demostrar; (ii) el documento debe estar suficientemente identificado; (ii) si un documento

contiene varios folios, debe hacerse la respectiva aclaración; (iii) si el documento contiene declaraciones, deben hacerse las precisiones; (iv) los documentos -como cualquier otra evidencia- son independientes del informe al cual fueron anexados por el investigador; (v) debe tenerse en cuenta el concepto de mejor evidencia, y (vi) la parte debe tener suficiente claridad sobre "qué es" el documento, según su teoría del caso, y cuál es la relación -directa o indirecta- con los hechos jurídicamente relevantes, pues solo así podrá explicar de manera sucinta y clara su pertinencia».

Al abordar cuidadosamente la sesión del 16 de marzo de 2023, tanto en lo que reposa en acta como en el registro de audio, desde ya se proclama que lo que se halla es un inconformismo infundado, toda vez que, el doctor Luis Fernando Valencia Arroyave, Fiscal delegado para esas datas, hizo un recuento detallado de cada uno de los sumarios documentales, relacionándolos con los hechos objeto de investigación y consumó los requisitos intrínsecos a los medios de prueba, es decir, las cualidades o condiciones que, permitían determinar su utilidad y pertenencia; decretándose por la Judicatura en cumplimiento de tales exigencias, únicamente los subsiguientes medios probatorios:

- Álbum fotográfico de la escena de los hechos.
- Plano topográfico del 22 de enero de 2018.
- Certificados de defunción de cada una de las víctimas.
- Fotocopia informal de tarjeta de identidad de la víctima menor
f.s.v.v
- Informes periciales de necropsia de la víctima Bider Vélez Valencia.

- Informes periciales de necropsia de la menor F.S.V.V del 23 de enero de 2018.
- Informes periciales de necropsia de la Víctima Edgar Enrique Ayala, del 23 de enero de 2018.
- Informe de necropsia de Noraldo Velásquez del 23 de enero de 2018 se decreta.
- Informe de necropsia de Jairo Cardona del 23 de enero de 2018.
- Informe de necropsia de Walter Ayala del 23 de enero de 2018.
- Informe de necropsia de Jader de Jesús Barrientos del 23 de enero de 2018.
- informe de investigador que realizó Jorge Eduardo Mesías Álvarez que desarrolló análisis link del 5 de septiembre de 2018.
- Informe de perito en balística e inserción al sistema ibis 12/2/2018, realizado por Jefferson Alexander Rodríguez Quinchía.
- 2 CDS que contienen EMP con información de bs de bases de datos de movistar y un CDR con información de BSBD de Claro.
- Las respuestas a esa búsqueda selectiva de datos de Movistar y Claro.
- 20 fotografías a color de una actividad de extracción de fotogramas para elaboración de álbum se decretan.
- Resultados, llamadas entrantes y salientes de 22 líneas telefónicas, mensajes entrantes y salientes, y las respuestas a los oficios con los datos biográficos de los titulares de la línea.
- CDS que contienen audios y conversaciones referentes al móvil 310 842 34 40.
- CD que contiene interceptaciones referentes al movil 3117219293.

- CD que contiene las interceptaciones 3136520972, 311 3484200 y 3117147517.
- CD con 22 audios de interceptaciones del 3206481596
- CD de interceptación al móvil 3506176995.
- CD con audios de interceptación al 3122616635
- CD que contiene el video de los hechos, del 21 de diciembre de 2018 se decreta.
- Informe de investigador de laboratorio de balística.
- Informe de laboratorio de balística del 30 de mayo de 2018.
- Videoclip realizado el 13 de noviembre de 2018 que se obtuvo para el reconocimiento fotográfico.
- Informe pericial realizado por el grupo de morfología forense del CTI Juan Carlos Hernández Sierra. 16 de noviembre de 2018, 2 CDS.
- Escrito 201900ss4217 Marcel Ricardo Calixto; análisis criminal.
- Plena identidad, copia de tarjeta de preparación de cada uno de los procesados e informe de cotejo dactiloscópico del 16 de enero de 2019.
- Constancia del CINAR no permiso para porte o tenencia de armas de fecha 16 de enero de 2019.
- Actas de incautación de evidencias, 2 armas de fuego que fueron halladas en la diligencia de allanamiento realizada en Yarumal.
- Informe de investigador de campo de álbum fotográfico de 47 fotografías a color realizado por el investigador Juan Carlos Sierra Hernández.
- Informe de investigador de laboratorio del 16 de enero de 2019. Edwin Orozco Sánchez. y dos informes de investigador de

laboratorio del 7 de febrero de 2019, sobre la aptitud de armas de fuego y uniprocedencia.

- Informe de topografía y reconstrucción de los hechos realizado por Alejandro Buitrabi Neira del 8 de noviembre de 2018.

Contrario, a lo pretendido por el togado, no resulta admisible que se limite a exponer de manera lacónica que un determinado elemento material de prueba no es útil porque no se hace en los términos que él discurre apropiados para su teoría del caso, omitiendo que lo imperativo es la relación con la imputación fáctica y jurídica contenida en la acusación; además que se observó la carga procesal de indicar las razones que orientaban la solicitud del ente persecutor; taxativamente fundó los motivos de conducencia, pertinencia y utilidad; expuso una teoría clara, congruente y concreta a efectos de garantizar la adecuada comprensión de la petición y consecuentemente pudiera respetarse el ius de contradicción de la contraparte; para finalizar aludió que con las mismas llevaría al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal de los acusado.

De igual forma, se itera que, se aprecia que la funcionaria judicial de primera instancia, realizó un análisis completo de los requisitos de orden objetivo, legal y jurisprudencial, lo que genero el rechazo de los sucesivos elementos:

- Informe de investigador del 23 de enero de 2018.
- Informe de investigador del 7 de marzo de 2018.
- Informe de investigador del 5 de abril de 2018.

- Oficio 2300 del 25 de abril de 2018.
- Oficio de recepción de informe preliminar remitido por José Figueroa.
- Informe de resultados de BSBD del 23 de mayo de 2018.

Permaneciendo claro a todas luces que, no se configura violación alguna ante una deficiente argumentación en aras de acreditar la conducencia, pertinencia, utilidad y razonabilidad de la solicitud; no fue posible percibir una exposición menesterosa, amañada o en volumen, ni mucho menos un peligro latente que causara un grave perjuicio, confusión o dilación del procedimiento, dejando en vilo el petente su adeudo procesal de fincar sus réplicas en circunstancias reales y no subjetivas.

Así pues, la censura no logra persuadir a la Magistratura de la necesidad de revocar la determinación adoptada por la A quo, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** en su integridad la decisión impugnada.

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,

8. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la alzada elevada por la defensa contra los autos proferidos el 02 de noviembre y 05 de diciembre de 2023, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito

Especializado de Antioquia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Esta providencia queda notificada y contra ella no procede recurso alguno.

TERCERO: DEVOLVER la actuación de forma inmediata al Juzgado de origen, para que continúe con la audiencia de juicio oral.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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: **79ac08c5791ed82141fef168d711ad0e7e5979db07ee913e307458d8655edb83**

Documento generado en 06/03/2024 04:31:22 p. m.

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

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: James Murillo Machuca
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones,
Radicado: 05-837-31-04-002-2024-00003
(N.I. TSA 2024-0283-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 25 del 7 de marzo de 2024

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05-837-31-04-002-2024-00003 (N.I. TSA 2024-0283-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala a resolverá el recurso de apelación presentado por la Defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de enero de 2024 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo 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.

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: James Murillo Machuca
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones,
Radicado: 05-837-31-04-002-2024-00003
(N.I. TSA 2024-0283-5)

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 el acusado previa asesoría de su abogado defensor. El convenio consistió en que el procesado aceptara su responsabilidad en la comisión de la conducta de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones, artículo 365 del C.P, a cambio de reconocer, para efectos del monto de la pena, la comisión del ilícito en calidad de cómplice pactando una pena de 54 meses de prisión.

En el trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, la defensa solicitó el reconocimiento de la prisión domiciliaria al estimar que el delito no cuenta con prohibición y concurre en su representado la calidad de padre cabeza de hogar.

El 25 de enero de 2024 el Juzgado profirió sentencia condenatoria en contra de James Murillo Machuca en razón del preacuerdo por la conducta punible ya reseñada, imponiendo pena cincuenta y cuatro (54) meses de prisión. Le negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por padre cabeza de hogar.

IMPUGNACIÓN

En contra de la decisión la defensa interpuso y sustentó recurso de apelación con el que pretende se conceda la prisión domiciliaria. Informó lo siguiente:

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: James Murillo Machuca
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones,
Radicado: 05-837-31-04-002-2024-00003
(N.I. TSA 2024-0283-5)

- I. La decisión adoptada por el Juez de primera instancia, desconoce los principios pro homine y pro libertatis que rigen el ordenamiento jurídico penal. En algunos pronunciamientos de diferentes autoridades judiciales desde la misma Corte Suprema de Justicia y Tribunales Superiores se ha dado por sentado y cumplido el requisito exigido por el artículo 38B numeral 1° del Código Penal, cuando la pena preacordada para el delito se realiza bajo una modalidad o dispositivo amplificador que parte de una pena inferior (base mínima) a los 8 años, se favorece a los procesados accediendo al sustituto penal cuando se degrada la modalidad de autor a cómplice en el marco de los preacuerdos. Esto es: SP17024-2016, radicación No. 44562 y SP3103-2016, radicación No. 45181.

Además, informa que esta Sala en proceso radicado No. 05 172 60 00 269 2023 00088-01 (2023-2187-3), sentencia de 30 de noviembre de 2023, la MP. María Stella Jara Gutiérrez, aunque no concedió el subrogado solicitado por la defensa, la negativa se sustentó en que el condenado tenía antecedentes dentro de los 5 años anteriores, sin embargo, se dio por sentado el cumplimiento del requisito objetivo, respecto del quantum punitivo para acceder al beneficio en virtud de la pena preacordada. También citó una sentencia de la Sala Única del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo con radicado 152383104001201900390 01.

Refiere que, de acuerdo con lo anterior, sí ha existido y existe una interpretación sobre la procedencia del sustituto penal en casos completamente análogos. Lo anterior, respecto del cumplimiento del requisito objetivo de que trata el artículo 38 en su numeral 1° de la Ley 599 de 2000.

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: James Murillo Machuca
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones,
Radicado: 05-837-31-04-002-2024-00003
(N.I. TSA 2024-0283-5)

- II. Respecto de la figura de padre cabeza de familia. Desconoció el Juez que, Nicole Murillo Guerrero no es hija de la señora Yomaira Valencia Ballona. No reside en el municipio de Turbo Antioquia. No le es factible trasladarse desde Cartagena a residir en el municipio de Turbo en razón a que perdería más de 5 semestres de los estudios superiores cursados. Depende de James Murillo, pues ella, en razón a sus jornadas de estudio está impedida para trabajar. Se informó que no cuenta con otros miembros de su familia que puedan suplir la ayuda que le brinda el padre. Igualmente, James Murillo Machuca solventa todas las necesidades básicas del menor Derek Enrique Hurtado López de tres años de edad que ha sido acogido por él.

El Juez desconoció que para que la menor pueda subsistir y continuar sus estudios superiores, solo puede hacerlo a través de su padre. Además, por cuestiones de sus estudios superiores, no le es posible residir bajo el mismo techo que la compañera del procesado como erróneamente lo concluyó el A Quo. Esto, debido a que sus estudios superiores los adelanta en la ciudad de Cartagena, pues en Turbo, carecía de oportunidades para su superación académica.

Solicita se revoque el literal tercero de la sentencia y en su lugar se conceda la prisión domiciliaria por padre cabeza de hogar.

CONSIDERACIONES

En atención a la naturaleza del recurso se limitará el estudio del asunto que fue objeto de disenso. Se anuncia desde ya que se confirmará la sentencia.

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: James Murillo Machuca
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones,
Radicado: 05-837-31-04-002-2024-00003
(N.I. TSA 2024-0283-5)

I. En el acuerdo celebrado, las partes fueron claras y precisas en cuanto a los términos en el que el acusado aceptaba su responsabilidad y la contraprestación que se le reconocía.

El Juez previa verificación de los presupuestos contenidos en el artículo 131 del C.P.P¹., puso de presente la única contraprestación por el acuerdo. Además, hizo claridad de manera detallada que no procedían subrogados ni sustitutos penales. Finalmente, tanto la defensa como el procesado aceptaron los términos del acuerdo.

La Sentencia 52227 de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dejó claro que el reconocimiento por vía de preacuerdo de la complicidad a quien ha actuado en la realización de la conducta punible en calidad de autor, no puede ser entendido como una calificación jurídica que pretende variar la hipótesis factual aceptada por el sujeto. Por el contrario, debe responder y ser condenado por el delito objeto de la acusación o de imputación. La calificación objeto de negociación está orientada solo a establecer el monto de la pena.²

El legislador diferenció expresamente entre aceptación de culpabilidad por “el delito imputado” y la responsabilidad por el “delito base de la negociación”³. Si para las modalidades de preacuerdo simple o degradado, el legislador autorizó la condena por el “delito imputado”, no se encuentra razón atendible para que se varíe esa

¹ Récord 00:22:40 en delante “01405837310400220240000300_L058373104002CSJ Virtual_01_20240125_110000_V 01_25_2024 05_46 PM UTC”.

² Sentencia SP2073-2020 52227 “bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.”

³ inciso 2º del Art. 350 CPP: “el fiscal y el imputado, a través de su defensor podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal (...)”

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: James Murillo Machuca
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones,
Radicado: 05-837-31-04-002-2024-00003
(N.I. TSA 2024-0283-5)

regla y se opte por la declaración de responsabilidad por el delito en los términos del preacuerdo celebrado. La forma de participación que surge de la readecuación o de la eliminación de un cargo en el preacuerdo, no conllevan a consecuencias excluidas por el legislador en la forma de ejecución de la pena. Esto en virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Frente a los pronunciamientos citados por el recurrente. Las sentencias citadas de la Sala de Casación Penal fueron emitidas antes de que se definieran las reglas en el asunto con la sentencia 52227 de 2020. La sentencia emitida por esta Corporación con radicado No. 05 172 60 00 269 2023 00088-01 (2023-2187-3), no comparte la misma *ratio decidendi*. En ese caso se condenó un ciudadano por hurto agravado. Imputación jurídica que no cuenta con prohibición para conceder sustituto ni por el tipo de delito, ni por el monto de la pena. La otra sentencia citada con radicado 152383104001201900390 01 emitida por la Sala Única del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, no es vinculante para esta Sala.

Se tiene que, James Murillo Machuca fue declarado penalmente responsable por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones dispuesto en el artículo 365 del C.P. si bien, la pena prevista en el acuerdo como cómplice tuvo como objeto la aceptación de cargos, los extremos punitivos no sufren ninguna alteración. Se mantiene como pena mínima prevista en la ley nueve (9) años de prisión, monto superior al exigido por el numeral 1º del artículo 38B del Código Penal para el otorgamiento de la prisión domiciliaria. En estas condiciones no es necesario verificar demás requisitos previstos en la norma para confirmar la decisión apelada en este punto.

II. Ahora, frente a la condición de padre cabeza de familia. Adujo que el procesado tiene a su cargo su hija Nicole Murillo Guerrero de 21 años y un menor llamado Derek Enrique Hurtado López de 3 años de edad.

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: James Murillo Machuca
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones,
Radicado: 05-837-31-04-002-2024-00003
(N.I. TSA 2024-0283-5)

Del análisis realizado por el 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 padre cabeza de familia dispuesta en el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008. Es necesario probar los supuestos que fundamentan la petición.

Según los criterios jurisprudenciales⁴ no se demostró la necesidad que se predica. El menor de 3 años Derek Enrique Hurtado López no tiene ningún vínculo de consanguinidad con el procesado. Es el nieto de Yomaira Valencia Ballona, la actual pareja sentimental de James Murillo Machuca. Se evidenció que el menor cuenta con sus progenitores, quienes son los obligados legalmente para velar por las necesidades que demande. No es posible evadir las responsabilidades como padres indicando que actualmente no cuentan con trabajo, pues no se informó que contaran con alguna discapacidad que les impida emprender cualquier labor para poder solventar las necesidades del menor. Además, Yomaira Valencia Ballona pareja del procesado y abuela del menor, actualmente labora, por tanto, puede aportar lo necesario para solventar las necesidades que requiera su nieto. Se itera, la presunta actitud omisiva de los progenitores no los exime de los deberes y responsabilidades que tienen con su hijo. No es el procesado la persona llamada hacerse cargo del menor.

De acuerdo con lo anterior, se observa que los derechos del menor no serán desprotegidos, al contrario, cuenta con sus padres, abuela y la red familiar de línea materna para cubrir las necesidades básicas que demande.

Por otro lado, Nicole Murillo Guerrero quien sí es hija de James Murillo Machuca, cuenta con 21 años de edad. Aunque se indicó que en la

⁴ 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.”*

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: James Murillo Machuca
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones,
Radicado: 05-837-31-04-002-2024-00003
(N.I. TSA 2024-0283-5)

actualidad se encuentra realizando estudios superiores, esto no la impide desempeñar alguna labor con la que pueda suplir sus necesidades económicas. Además de ello, nada se informó de su familia materna quien puede brindar la ayuda que necesite de verse afectada económicamente por la ausencia de su padre.

Como se informó, la condición de padre cabeza de hogar que predica el sentenciado no quedó probada. No se demostró que tenga a cargo algún menor bajo su responsabilidad legal.

Sin necesidad de más consideraciones la Sala confirmara la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo Antioquia.

En caso de que los presupuestos sobre los que solicitó la sustitución varíen el condenado 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 por los motivos previamente expuestos.

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

Sentencia de segunda instancia
Sentenciado: James Murillo Machuca
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones,
Radicado: 05-837-31-04-002-2024-00003
(N.I. TSA 2024-0283-5)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Ortiz Alzate

Magistrado

Sala 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: **7c0405e0f70166ad0855527a10bf1cfee4cfd92467ef1f8909a94419e6663fe3**

Documento generado en 07/03/2024 05:13:37 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, catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 24 del 6 de marzo de 2024

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Tasación de la multa
Radicado	05-034-60-00369-2019-00281 (N.I. 2023-0905-5)
Decisión	Modifica

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Salgar, Antioquia.

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

HECHOS

El 26 de enero de 2022 por el sector de Peñalisa de desplazaba en bicicleta el señor Mauricio Alonso Correa López en la dirección al municipio de Ciudad Bolívar procedente de Santa Fe de Antioquia, cuando la motocicleta conducida por Juan Esteban Moncada Guerra invadió su carril y se produjo un colisión.

Las lesiones sufridas por Correa López produjeron incapacidad médico legal definitiva y perturbación funcional de carácter permanente.

SENTENCIA

El 1 de diciembre de 2023 el Juzgado Promiscuo Municipal de Salgar Antioquia profirió sentencia condenatoria resultado de allanamiento a cargos. Condenó a JUAN ESTEBAN MONCADA GUERRA, a la pena principal de seis punto setenta y cinco (6.75) meses de prisión y multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2023.

IMPUGNACIÓN

En contra de la sentencia el defensor presentó y sustentó oportunamente el recurso de apelación, con la finalidad de obtener la modificación de la pena de multa impuesta al condenado.

Los argumentos que respaldan su pretensión se dirigen, en esencia, a resaltar que la Juez erró al tasar de la pena de multa. Destaca que la Juez optó por imponer veinte salarios mínimos sin percatarse que para el efecto debía tener en cuenta la rebaja que se obtuvo como parte del allanamiento a cargos. Aduce que extraña el fundamento para imponer la pena de multa.

Propone que se respeten los criterios legales, la rebaja obtenida y se modifique la pena impuesta en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Se anuncia desde ya que la decisión de primera instancia relacionada con la pena de multa se modificará en consonancia con lo solicitado en la apelación.

La razón surge evidente. La Juez tenía ante sí un allanamiento a cargos y la rebaja por esa virtud afecta no solo la pena de prisión. La pena a imponer incluye las consecuencias punitivas previstas en el respectivo tipo penal, incluyendo la de multa. De forma que cumplió solo parcialmente su tarea de tasación.

Por lo tanto se tasará la pena de multa de conformidad con las normas correspondientes y respetando la proporción decidida para la pena de prisión.

Previamente se corregirá la tasación de la pena de prisión, de oficio dado que resulta más favorable al procesado y determina la tasación de la pena de multa objeto de la apelación.

La Juez luego de determinar que las lesiones personales ocurridas se correspondían con el tipo penal del artículo 114 inciso segundo, por tratarse de perturbación funcional de carácter permanente, determinó los límites de la pena de 48 a 144 meses, pero no aplicó la proporción indicada por el artículo 120 en caso de lesiones culposas a estos extremos punitivos y solo lo hizo cuando individualizó la pena. Disminución de las cuatro quintas a las tres cuartas partes.

De forma que la pena va de (9) nueve meses y (15) quince días a (36) treinta y seis meses. Dado que la primera instancia se ubicó en el límite inferior del cuarto mínimo y aumentó seis meses se respetará esa proporción, pero desde el mínimo correctamente tasado, por medio de una regla de tres, resultando en incremento en un (1) mes y (5) cinco días, por tanto la pena resultante es de diez (10) meses y veinte (20) días. Con la rebaja por allanamiento de un 50% la pena final de prisión a imponer es de cinco (5) meses y diez (10) días.

La Pena de multa¹. Como la sentencia decidió no ubicarse en el límite inferior del primer cuarto para la pena de prisión, sino aumentarla en una proporción se aplicará idéntico aumento a la pena de multa por lo que se partirá de 6.94 aumentando la pena de multa en 0,86 para un total de 7,8 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Con la rebaja por allanamiento de un 50% la pena final de prisión a imponer es de tres coma nueve (3,9) s.m.l.m.v.

Como la pena para de privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas fue incorrectamente impuesta, se habrá de modificar. El primer cuarto va de 16 meses a 25 meses y 15 días. Siguiendo los mismos criterios de la pena de prisión y multa, esta pena se aumentará en la misma proporción en un mes y 27 días. Por lo que la pena correspondería a 17 meses y 27 días. Con la rebaja por allanamiento la pena quedará en definitiva en 8 meses y 28 días.

¹ La pena de multa se tasa de acuerdo con el sistema de cuartos. De acuerdo con varias decisiones de la Sala Penal de la CSJ entre otras: Sentencia 44221, mar. 11/15;53112 jul.31 de 2019; SP 57793 ago. 19 /20; 56591 de jul. 22 /20; 56600 julio 15 /20; 50294 junio 24 de 2020; 55368 feb 19/20 . En las dos primeras lo afirmó y en las restantes usó el sistema de cuartos para fijar la pena de multa siguiendo los mismos criterios de la pena de prisión para fijar la pecuniaria. Para citar solo las últimas registradas en el buscador de jurisprudencia de la CSJ bajo los criterios multa y sistema de cuartos.

Acerca de la solicitud de amortización a plazos o mediante trabajo, tal asunto podrá ser resuelto ante el Juzgado de Ejecución de Penas de conformidad con lo establecido en los numerales 6 y 7 del artículo 39 del C.P.

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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el primero de diciembre de 2023 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Salgar (Ant.)

SEGUNDO: En consecuencia la pena de prisión será de cinco (5) meses y diez (10) días. La pena multa será de tres coma nueve (3,9) s.m.l.m.v.

TERCERO: Modificar el numeral tercero de la sentencia. En su lugar la pena de privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas será de ocho(8) meses y veintiocho (28) días.

En lo demás rige la decisión de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Ortiz Alzate

Magistrado

Sala 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: **73a7345bf2edb1694c8427a0dc786c71f0dee9512f859bb7e10ecd616536b0c5**

Documento generado en 07/03/2024 05:12:41 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 22 de 1° de marzo de 2024

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensor
Tema	Insuficiencia probatoria de la fiscalía. Fines del delito de porte de estupefacientes.
Radicado	05 368 60 00338 2020 000075 (N.I. 2023-1781-5)
Decisión	Revoca

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Maicol Stiven Ruiz Ramírez en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó -Antioquia.

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

HECHOS

El día 25 de agosto de 2020 siendo aproximadamente las 00:20 a.m., en el sector el Cementerio del municipio de Jericó calle 1, el señor Maicol Estiven Ruiz Ramírez transportaba una envoltura de papel chicle color negra, en cuyo interior se alojaba material vegetal color verde con olor y características similares al a la marihuana dentro del baúl de un automóvil de servicio particular exactamente pegado al rin de la llanta de repuesto. De acuerdo a la prueba PIPH la sustancia dio positiva para marihuana en peso neto de 501 gramos.

LA SENTENCIA

El 30 de agosto de 2023, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, la señora Juez Promiscuo del Circuito de Jericó –Ant., profirió fallo condenatorio en contra de Maicol Stiven Ruiz Ramírez por haberlo encontrado responsable como autor del delito de Porte de Estupefacientes previsto en el artículo 376 inciso tercero del C.P. en la modalidad de llevar transportar. Como consecuencia de ello impuso la pena de sesenta (64) meses de prisión y multa por valor de dos (2) s.m.l.m.v., igualmente negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Igualmente, decretó el comiso definitivo a favor del Estado del vehículo tipo automóvil, marca Chevrolet Aveo, modelo 206- 1.400 C, color azul superior metalizado, de placas BSX998, servicio particular, acreditada su propiedad en cabeza del señor MACIOL ESTIVEN RUZÍ RAMRÍEZ

Para sustentar la condena y específicamente para lo que resolverá la Sala, la Juez ofreció, en esencia, los siguientes argumentos:

Que la sentencias de la Corte Suprema de Justicia en relación con el ingrediente subjetivo de tipo de tener un fin o ánimo de distribución del estupefaciente hacen relación al verbo rector llevar consigo y en este caso se imputó el verbo rector de transporte.

Que la cantidad de marihuana incautada equivalente a 501 gramos es un dato indicativo de que no estaba destinada a su propio consumo. Igualmente el hecho de que no se encontraba empacada en múltiples dosis descarta la posibilidad de que se tratara de un aprovisionamiento personal de la sustancia. Que el aprovisionamiento está previsto para pequeñas dosis cercanas al uso personal prevista en la ley 30 de 1986, según sendas sentencias de los años 2003 y 2005 de la Sala Penal de la CSJ.

Que el hecho de que la transportara en un vehículo, escondida en la llanta de repuesto, oculta y allí adherida indica la finalidad denotaría el dolo del comportamiento.

Frente a recientes pronunciamientos de la CSJ “que han recabado en la irrelevancia de las cantidades cuando se trata de un adepto que la utiliza en su propio vicio, tal postura, en sentir del Juzgado, no puede convertirse en la puerta de entrada hacia la legalización indiscriminada de la droga psicotrópica, porque en adelante cualquier persona hallada en tal posesión ilícita de cantidades exageradas o por fuera de los rangos de ponderación sobre dosis personal, bastará afirmar poseerla para ese objetivo, incluso ni decirlo, quedándole a la Fiscalía un imposible demostrar aquel fin ulterior, cuando ya al misma jurisprudencia había colocado barreras, dejando el tema manejable

desde leves incrementos, concepto sobre el cual hoy existen marcadas tesis contradictorias.”

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa presentó y sustentó oportunamente recurso de apelación en vía de obtener la absolución de su representado.

Sus argumentos fueron, en resumen, los siguientes:

“ La Corte Suprema de Justicia en su permanente revisión sobre el tema alusivo a la adecuación jurídica de las conductas alternativas (verbos rectores), relacionadas en el tipo penal de Tráfico. fabricación o porte de estupefacientes, ha fijado una posición que conduce a la necesidad de diferenciar si la persona portadora de sustancia estupefaciente, tiene la condición de mero consumidor o si su comportamiento está relacionado con el tráfico de dichas sustancias, pues solamente en este último evento es tolerable una respuesta punitiva por parte del Estado”

“Para entenderlo en mejor manera, desde el punto de vista procedimental, será indispensable para quien ostenta al pretensión punitiva, probar, con cualquiera de los medios dispuestos en la norma, ánimo de venta o distribución en cabeza de quien porta al sustancia.”

Alega que el fiscal no desarrolló una actividad dirigida a demostrar la distribución o venta del estupefaciente : “ Cifró su labor en demostrar por medio de la declaración de los agentes captore, que al acusado es el aprehendió con 501 gramos de marihuana, sin poder comprobar que Maicol Estiven llevaba consigo o transportaba esa cantidad de cannabis para distribuirla o comercializarla con terceras personas,

omisión que como es observa, deriva en que no se estructuró el ingrediente subjetivo especial”

Aduce que la sentencia sugiere que la defensa debió demostrar que la marihuana estaba destinada al consumo personal del acusado a pesar de que “la carga de probar tiene que ser asumida por el órgano de persecución penal, pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar al ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y que es penalmente responsable”

Acerca del argumento sobre la cantidad de estupefaciente que, según la Juez, es indicativa del ánimo de distribución, expone que: “El tema de las cantidades ha sido abordado en la mayoría de las sentencias que han contribuido a la evolución dogmática del tipo penal del 376 C.P: en dichas providencias se ha dejado sentado que las cantidades incautadas no resultan suficientes por si solas para endilgar responsabilidad penal en casos investigados por el delito en cuestión. Lo que se predica, es que dichos hallazgos, son útiles, siempre que se encuentren acompañados de otros medios de convicción, pues solo así, podrían satisfacer el estándar de conocimiento exigido en el art 381 del C.P.P. No obstante, como se observa, ello no sucedió en el caso que es analiza; como se viene señalando, la única prueba que se practicó en juicio consistió en las declaraciones de los dos patrulleros que solo el refirieron al procedimiento de captura, lo que resulta insuficiente para proferir sentencia de condena”. Refiere al respecto la decisión 56087 de 2021 de la Sala penal de la CSJ.

CONSIDERACIONES

Para dilucidar los problemas planteados es pertinente citar la línea jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con la tipicidad del delito previsto en el artículo 376 del C.P. a efectos de resolver el asunto puesto a consideración del Tribunal, que no es otro que dilucidar si el porte – el transporte¹- de los 501 gramos de marihuana en poder del procesado es punible de conformidad con las particularidades probatorias decantadas en juicio oral.

La sentencia a la que acude la Sala es la 57891 de 2023, que hace relación a la línea mencionada:

“36. De acuerdo a la línea jurisprudencial consolidada por esta Sala en materia del punible contenido en el artículo 376 del C.P., es menester diferenciar si la persona portadora de la sustancia tiene la condición de mero consumidor o si por el contrario su comportamiento objeto de juzgamiento está relacionado con el tráfico, pues únicamente en este último suceso es tolerable una respuesta punitiva por parte del Estado².”

En desarrollo de esta premisa, la Sala penal quiso resaltar:

42. Y para ello, resulta concluyente frente a la conducta de portar estupefacientes, la determinación del contenido de la voluntad del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, de cara a la exclusión de

¹ La Sala entiende que el ingrediente subjetivo tácito referido en las decisiones de la CSJ y en especial a la carga que le corresponde a la fiscalía demostrar, no hace relación a solo al verbo llevar consigo previsto en el artículo 376 del C.P.. Al efecto se habrá de dilucidar en cada evento en particular si con la conservación, la adquisición, **el transporte** o almacenamiento, se demuestra la concurrencia de tal ingrediente subjetivo del tipo.

² Cfr. CSJ-SP, 12 nov. 2014, Rad. 42.617; SP, 9 mar. 2016, Rad. 41.760; SP 6 abr. 2016, Rad. 43.512; SP 15 mar. 2017, Rad. 43.725; SP, 11 jul. 2017, Rad. 44.997; SP 28 feb. 2018, Rad. 50.512; SP, 23ene.2019, Rad. 51.204.

responsabilidad penal o por el contrario a considerar realizado el tipo de prohibición .

43. Lo anterior significa que aparte del dolo, constitutivo de la tipicidad subjetiva de la conducta –artículo 376 C.P.-, resulta necesario constatar la presencia de elementos especiales de ánimo relativos a la finalidad de consumo personal o de distribución por parte del sujeto activo descrito en el tipo penal .

Y además aclaró:

44. **Por lo tanto, la persona procesada no tiene el deber legal de presentar pruebas de su inocencia**, pues es únicamente función de la Fiscalía demostrar la existencia de los elementos del tipo penal a partir de la información objetiva recogida en el proceso, esto es, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes distintos al consumo personal y con ello, la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos.

En anterior decisión de esta misma línea la Corte expuso:

“Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaçado o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.

Por último, importa reiterar que **la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias,**

incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible.”

Bajo estos criterios fácilmente se puede afirmar que en el caso que nos ocupa, la fiscalía no cumplió con la carga probatoria que le corresponde.

El acusador se limitó a presentar estipulaciones y pruebas en relación con el hecho de que al señor le fueron incautados 501 gramos de marihuana, que transportaba adherida a la llanta de repuesto en el baúl del vehículo que conducía.

En estas sencillas condiciones probatorias y mediando la advertencia jurisprudencial en el sentido que los fines de comercio o distribución a cualquier título incumben directamente a la carga probatoria de la fiscalía, ninguna consideración es posible dado que la tarea acusatoria en esta dirección fue completamente nula.

Ahora, la Juez, basada en la circunstancia de que la sustancia fue hallada dentro del baúl, se aventuró a realizar algunas consideraciones relativas a la posibilidad de que en realidad esa cantidad de marihuana que le fue incautada al procesado potencialmente afectara la salubridad pública.

Para el efecto, no se basó en algún elemento de prueba distinto a la cantidad de sustancia hallada en su poder- o por él transportada- y el lugar donde se halló, de forma que reemplazó el deber probatorio de la fiscalía con afirmaciones abstractas sobre una potencial distribución.

Ciertamente, algunas de esas consideraciones realizadas en la sentencia se basan en inquietudes razonables sobre el posible destino de la marihuana incautada. No obstante, las pruebas debatidas en

juicio oral no dejan más que perplejidad acerca del verdadero fin con el que el procesado la transportaba.

Acerca de la cantidad y la forma en que venía empacada la sustancia vegetal: tampoco son elementos suficientes para probar el ánimo de venta o distribución a cualquier título. Véase que, en varias de las sentencias de la línea jurisprudencial ya citada, se hace relación a cantidades que superan en muchas veces, como en este caso, la dosis personal prevista en una antigua ley, referente de cantidad que – se repite- es insuficiente para afirmar el ánimo de distribución, por sí solo. A menos de que se trate de cantidades desproporcionadas, aspecto que ha de dilucidarse en cada asunto en concreto.

Asiste razón a la defensa: en la sentencia 56087 de 2021 de la Sala penal de la CSJ se evaluó un asunto con 653 gramos de marihuana, cantidad que se consideró insuficiente para demostrar la tipicidad y en este caso tenemos una cantidad aún menor.

La forma en que venía empacada, es un criterio altamente equívoco en las circunstancias del caso. La Juez afirma que el hecho de no venía separada en pequeñas cantidades indicaría que no es para su consumo. Si se hubiere encontrado empacada en pequeñas cantidades se podría afirmar, igualmente que estaba lista para su distribución, o que estaba lista para su inmediato y personal consumo. Ninguna conclusión plausible resulta definitiva a partir de tan equívoca circunstancia.

La Juez especuló con que el hecho de que como la sustancia iba oculta y adherida a la llanta de repuesto esto indicaría el dolo de la conducta. Tal circunstancia no es unívocamente indicativa, ni mucho menos concluyente, del ánimo de distribución. El ocultamiento no es incompatible con el fin de consumo de una sustancia que sigue siendo objeto de persecución policial, reproche social y penalización en

determinados casos, por lo tanto es apenas previsible que quien se aprovisiona no lleve la sustancia de forma completamente desprevenida, sin que el ocultamiento dilucide si va a ser consumida por quien la porta o la vaya a distribuir.

En conclusión, la hipótesis de la fiscalía no fue suficientemente demostrada de cara a todos los ingredientes del tipo penal en cuestión, por lo que, sin la confirmación fáctica de su propuesta, no resulta trascendente que tampoco la defensa haya logrado demostrar una teoría del caso, en tanto que como lo ilustra la doctrina al respecto:

*"... también puede suceder que, al final del proceso de confirmación y sometimiento a refutación de las hipótesis, ninguna de las hipótesis en liza esté suficientemente confirmada en detrimento de la otra. En otras palabras, **el proceso de prueba puede concluir sin un resultado claro.** La necesidad que tiene el Juez de resolver a pesar del resultado estéril queda entonces cubierta por el reconocimiento de las reglas legales de decisión que indican al Juez en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El in dubio pro reo en el proceso penal y, en general las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas."*³

Finalmente y como consecuencia de la absolución, se revoca la orden de comiso y se ordena la entrega definitiva del vehículo tipo automóvil, marca Chevrolet Aveo, modelo 206- 1.400 C, color azul superior metalizado, de placas BSX998, servicio particular a su propietario, diligencia que llevará a cabo el Juzgado de primera instancia, una vez ejecutoriada esta decisión.

En consecuencia, se absolverá al procesado por el delito y los hechos que fueron objeto de la acusación. Por lo expuesto EL **TRIBUNAL**

³ Gascón Abellán, Marina. *Cuestiones probatorias*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado N° 61. 2012.

SUPERIOR DE ANTIOQUIA, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia condenatoria proferida el 30 de agosto de 2023 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó. En su lugar se absuelve a Maicol Stiven Ruiz Ramírez por los hechos y el delito que fue objeto de la acusación.

SEGUNDO: Se revoca la orden de comiso y se ordena la entrega definitiva del vehículo tipo automóvil, marca Chevrolet Aveo, modelo 206- 1.400 C, color azul superior metalizado, de placas BSX998, servicio particular a su propietario, diligencia que llevará a cabo el Juzgado de primera instancia, una vez ejecutoriada esta decisión.

TERCERO: Cancelar la orden de captura ordenada en primera instancia en contra de Maicol Stiven Ruiz Ramírez.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Firmado Por:

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

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **0af5cfe39f90d36dbc6804a14a4e17e9191090834ee73aa23a08abd0385a36ff**

Documento generado en 04/03/2024 01:13:15 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 21 del 27 de febrero de 2024

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05 001 60 00000 2020 00818 (N.I.2023-0817-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 33 numeral primero del C.P.P. ley 906 de 2004.

HECHOS

La primera instancia los citó así:

“La Fiscalía General de la Nación señaló que, por lo menos entre los meses de diciembre de 2019 y mayo de 2020, el procesado Porfi¹ (sic) hizo parte de una organización dedicada a extorsionar finqueros del municipio Antioqueño de Urrao. Para lo anterior, utilizaron al menor de edad SJJ.

Según el Ente Acusador, las extorsiones en las que participó el procesado fueron la siguientes:

- *El 05 de diciembre de 2019 se presentan varios sujetos en la finca “el tigre” de propiedad del señor AICARDO CASTILLO CASTILLO, exigiéndole el pago de tres millones de pesos. Como el pago no fue recibido en la fecha esperada, se incrementó a seis millones.*
- *El 11 de febrero de 2020 el señor LUIS FERNANDO CASTILLO RODRÍGUEZ recibe una llamada en la que un sujeto identificado como “Sanguinario” le exigía como cuota extorsiva la suma de quince millones de pesos para cuidarlos de los ladrones y viciosos.*
- *La señora OLGA MARIA GARRO COSSIO, el siete de abril de 2020, fue informada por su mayordomo HERMES MORENO, de la finca “la Florida”, de haber recibido una llamada de un hombre que se identifica como “el diablo”, señalando que los propietarios del predio debían pagar una cuota anual de quince millones por cada finca. Que quien no pagara debía asumir “las consecuencias, las cuales podrían ser abandonar la finca o les podría pasar lo mismo que al señor aguacatero de apellido CASTILLO”*
- *El señor ISMAEL TRUJILLO, representante de la Empresa Agrosideral S.A.S, hacia finales del mes de enero de 2020, recibe llamada de la persona que se identifica como “el diablo”, quien le exige la suma de veinticinco millones de pesos para dejarlos trabajar durante un año y que el que se negara sufriría las consecuencias como le paso a uno que recientemente tuvieron que matar en la vereda los Aguacates.*
- *El 14 de marzo de 2020, en horas de la noche, a la finca*

¹ Acusado Porfirio de Jesús Rueda Correa.

Guamales de propiedad del señor NÉSTOR ALBERTO URREGO, se presentan dos sujetos encapuchados y con armas de fuego exigiendo un aporte económico para “la causa” (fueron atendidos por el mayordomo). El 16 se siguiente se comunican telefónicamente con el señor Néstor, solicitando el pago de 30 millones de pesos, por las dos fincas que posee.

- *El 1º de abril de 2020, hacen presencia en la finca El Bosque del municipio de Urao entre 5 y 6 sujetos encapuchados y portando armas de fuego, quienes reúnen “a todos los trabajadores (...) pidieron el celular del responsable de la finca, porque el sujeto con el alias de “el diablo” les exigiría una cantidad de dinero, advirtiéndoles que no podían denunciar esto, porque les darían “piso a todos”. El 29 siguiente, en horas de la noche, nuevamente se presentan en los predios entre cinco a seis hombres con armas de fuego, reúnen a los trabajadores, indicando uno de ellos “ser “el diablo”, miembro de las Autodefensas, exigiéndole que en un papel apuntara el nombre y celular del dueño de la Finca, para llamarlo y pedirle un aporte económico”.*

La finca es de propiedad de la empresa “el Bosque Hass S.A.S”, representada legalmente por el señor JORGE ANDRÉS OSORIO.”²

LA SENTENCIA

El 20 de abril de 2023, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, el Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia profirió fallo absolutorio en favor de Porfirio de Jesús Rueda Correa en relación con el delito de extorsión tentada agravada para los eventos en los que se referenciaron como víctimas Jorge Andrés Osorio Valencia, Olga María Garro Cassio, Ismael Trujillo, Néstor Alberto Urrego y Luis Fernando Castillo, por duda.

Por otra parte, lo condenó como autor penalmente responsable de un delito de uso de menores de edad en la comisión de delitos, un delito

² Record 00:13:42 en adelante. Acusación 14 de enero de 2021.

de extorsión agravada tentada y un delito de concierto para delinquir agravado. En consecuencia, le impuso pena de 168 meses de prisión y multa de 4700 SMLMV. Le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

IMPUGNACIÓN

La defensa presentó recurso de apelación en contra de la decisión condenatoria consignada en la sentencia.

Refiere que lo presentado en juicio no logra superar el grado de conocimiento necesario para declarar la responsabilidad de su representado en los delitos por los cuales se le condenó.

Alega que en sede de juicio oral se escuchó el testimonio del funcionario Jonathan Mendoza Caicedo, integrante del Gaula, quien relató que para el mes de enero del año 2020 participó en una investigación por extorsiones en el municipio de Urrao, por personas que decían hacer parte del Clan del Golfo. Considera que de su relato no se logra extraer la participación de Rueda Correa.

Indica que en lo que respecta a los testimonios de los señores: Yeison Castillo Franco; Luis Fernando Castillo Rodríguez; Olga María Garro Cossío; víctimas de los delitos de extorsión, ninguno de ellos reconoció a Porfirio como uno de los que hicieron presencia en los predios a realizar las extorsiones y las amenazas. Si bien es cierto de sus declaraciones se logra llegar al convencimiento de que fueron víctimas de las conductas por las que se dio inicio a la investigación, no se concluye en ellos la participación de su defendido. Además, el testigo Luis Fernando Castillo manifestó: *“Porfirio no se hizo presente en las extorsiones; Porfirio nunca me llamó a extorsionarme, el único que me llamó fue sanguinario que me dijo que el diablo (Andrés) me iba a llamar”*; refiere como el encargado de las extorsiones a alias el diablo.

Alude que el testimonio de Jorge Andrés Osorio Valencia -en su rol de Representante de la empresa Reforesta SAS, con proyectos agrícolas (aguacate Hass) en el municipio de Urrao- es prueba de referencia e incluso manifestó desconocer quiénes fueron los autores de las extorsiones.

Comenta que Rosa Angélica Rueda Correa hermana de su representado en un principio indicó que en su residencia se reunían, su esposo Andrés de Jesús Montoya Higueta, Santiago, su hermano (Porfirio) y Leonardo el Costeño con el fin de planear *muertes* y *vacunas*. Pero en sede del contrainterrogatorio admitió que no estaba presente las conversaciones sostenidas, por lo que sus conclusiones resultan ser meramente especulativas.

En lo que respecta al testimonio del Joven Santiago, este dijo que: *"PORFIRIO nunca me abordó; nunca lo vi a PORFIRIO extorsionando; nunca lo vi portando armas; no sé si PORFIRIO extorsionaba; PORFIRIO no mato; nunca lo vi armado; nunca lo vi portando armas; PORFIRIO no trabajaba para el diablo; nunca fue PORFIRIO a extorsionar."* (sic). De su declaración no es viable concluir la participación de su representado en alguna organización, ni en los hechos por los cuales fue condenado.

Refiere que Carlos Rubiel López García Investigador del CTI asignado al GAULA, se le impugnó credibilidad en lo que respecta a la individualización del señor Porfirio, pues si bien en sede de juicio quiso afirmar que logró individualizarlo por señalamiento realizado por el señor Jorge, al ser cuestionado en sede del contrainterrogatorio terminó admitiendo que no fue el señor Jorge quien dio el nombre de Porfirio, afirmando que no logró recordar cómo se llegó a la identificación de esta persona como uno de los partícipes de los hechos.

Advierte que los testigos que presentó la Fiscalía son débiles en punto

a poder determinar con claridad que Porfirio hiciera parte de una organización delincencial, o que el señor Porfirio hubiese obligado al menor Santiago Jiménez para la comisión de las conductas. Tampoco se logró probar que, efectivamente, era una de esas personas que se hicieron presentes en las viviendas en las fincas para realizar el cobro de las sumas de dinero pues ninguna de las víctimas logró identificar a los que se presentaban en sus predios.

En consecuencia, debe aplicarse el principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del hoy procesado y proferir sentencia absolutoria a su favor.

CONSIDERACIONES

La Sala abordará las inconformidades de la Defensa limitándose a los aspectos que fueron objeto de apelación. La defensa se limitó a reiterar lo expuesto en los alegatos de conclusión y abordó de manera breve los argumentos contenidos en la sentencia.

El Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia se basó en los testimonios de Rosa Angélica Rueda Correa y Santiago Jiménez, para declarar a Porfirio de Jesús Rueda Correa responsable de los delitos de concierto para delinquir agravado y el uso de menores para la comisión de delitos. Se fundamentó en los testimonios de Albeiro de Jesús Pino Herrera y Yeison Castillo para declararlo responsable por el delito de extorsión agravada en modalidad tentada. La defensa, insiste en que no se logró probar que su defendido hiciera parte del grupo encargado de realizar extorsiones. Alega que no fue reconocido por las víctimas como alguna de las personas que asistió a los predios a cobrar sumas de dinero producto de extorsión.

El Juez avaló la información aportada por Rosa Angélica Rueda Correa hermana de Porfirio Rueda Correa³ quien a pesar del vínculo de consanguinidad con el procesado y de afinidad con el presunto cabecilla de la organización (Andrés de Jesús Montoya Higueta alias "El Diablo"), narró sin dubitación haber escuchado en su vivienda conversaciones que tenía su esposo Andrés de Jesús Montoya Higueta con Santiago Jiménez, Leonardo (alias el costeño) y su hermano Porfirio, planeando muertes y el cobro de vacunas a las fincas del municipio de Urrao Antioquia. Que los cuatro mencionados fueron a cobrar una vacuna a un hombre que luego resultó muerto. Siempre salían juntos hacer lo planeado. A parte de dar cuenta de varios eventos realizados por la organización, informó que andaban armados y Andrés su esposo era el encargado de dirigirlos a ellos –era la cabeza-. Al principio de su declaración informó su hermano Porfirio trabajaba con una motosierra cortando madera.

En el contrainterrogatorio dijo que nunca hizo parte de las reuniones, siempre estaba haciendo aseo o lavando platos, pero lograba escuchar algunas cosas de las que hablaban.⁴

La defensa cuestionó la declaración en este punto. Como Rosa Angélica Rueda Correa admitió que no hacía parte de las reuniones estimó que las conclusiones dichas por la testigo resultan ser meramente especulativas. La apelante aprovechó la aclaración que realizó la testigo para malinterpretar el relato y cuestionar la veracidad del mismo. Dejó de lado que Rosa Angélica informó que tenía la oportunidad de escuchar mientras realizaba el aseo de su hogar, pues no era necesario que la testigo estuviera reunida estrictamente con los integrantes de la organización, para poder percatarse de lo que hablaban al interior de su vivienda.

³ Record 00:33:35 en adelante. Sesión de juicio 29 de marzo de 2022.

⁴ Record 00:58:00 en adelante. Ibídem

Contario al reparo de la defensa, se percibe una declaración reflexiva por parte de Rosa Angélica Rueda Correa. La testigo siendo hermana del procesado y expareja del presunto cabecilla de la organización y padre de uno de sus hijos, se notó espontánea y coherente al momento de declarar en contra de estos. No evidenció interés alguno para mentir. A pesar del temor que sentía al declarar, Rosa Angélica Rueda Correa advirtió que se motivó a señalar a su hermano y a su exesposo al ver la injusticia de los actos que estaban cometiendo.

Cosa diferente ocurrió en la declaración de Santiago Jiménez. Al iniciar su testimonio asumió una actitud persuasiva para brindar información, dijo conocer a Porfirio Rueda porque trabajó con él cortando madera y es su cuñado. Refirió haber hablado con Porfirio el día anterior a la declaración, hablaron de las audiencias que tenía. Vivió un año y medio con Porfirio y este sabía que era menor de edad. Habló de la muerte de Ever Castillo, que alias "El Diablo" lo invitó al sitio, también acudió Porfirio, alias "El Costeño y otro que no recuerda que en total eran cuatro.⁵

Ahora, luego de que se le puso de presente el interrogatorio a indiciado, dijo que fue reclutado por alias "El Diablo" para cobrar vacunas. Que cuando llegó a la organización Porfirio ya trabajaba con alias "El Diablo".⁶ Que a Ever lo mató alias "El Diablo" por no pagar una extorsión. Que alias "El Diablo" pertenecía a las autodefensas. Frente a las vacunas dijo que en el sector "la quebraona" a alias "El Costeño" le entregaron una bolsa con efectivo, unos cinco millones de pesos 5.000.000, le dieron 30.000 o 40.000 pesos por ese trabajo, que eso ocurrió en el año 2019. Advirtió que Porfirio lo veía campaneando para "El Diablo".⁷ Porfirio también fue al sector "la quebraona" por la

⁵ Record 00:09:02 en adelante. Sesión de juicio del 30 de marzo de 2022.

⁶ Record 00:38:00 en adelante. *Ibídem*.

⁷ Record 01:05:26 en adelante. *Ibídem*

extorsión.⁸

Según la recurrente, de la declaración de Santiago Jiménez, no es viable concluir la participación de su representado en alguna organización, ni en los hechos por los cuales fue condenado. Lo anterior, debido a que, en el contrainterrogatorio realizado por la defensa, el testigo respondió de forma negativa a todas las preguntas realizadas, en esencia dijo: *“PORFIRIO nunca me abordó; nunca vi a PORFIRIO extorsionando; nunca lo vi portando armas; no sé si PORFIRIO extorsionaba; PORFIRIO no mato; nunca lo vi armado; nunca lo vio presentándose como integrante de un grupo delincuencia; PORFIRIO no lo invitó a extorsionar. Además que no sabe cómo Porfirio se conocía con “El diablo””*.⁹

Cotejado todo el testimonio, la Sala percibe con claridad que Santiago Jiménez quería retractarse de los señalamientos que realizó en la etapa investigativa. Por eso, fue necesario para la Fiscalía poner de presente el interrogatorio a indiciado y así evitar las respuestas persuasivas del testigo.

Lo anterior, sumado a que Santiago Jiménez advirtió haber hablado un día antes de su declaración con Porfirio de Jesús Rueda Correa quien le preguntó por las audiencias que se estaban realizando. Su relación amistosa y familiar con el procesado sumado a la conversación tenida con él un día antes, pudo afectar la naturalidad entrando en contradicciones en su relato. Pero, a pesar de las respuestas brindadas en el contrainterrogatorio, Santiago Jiménez reconoció:

- Haber sido reclutado por alias “El Diablo” para cobrar vacunas (extorsiones) en la organización.

⁸ Record 01:31:00 en adelante. *Ibidem*

⁹ Record 01:38:00 en adelante

- Que Porfirio ya trabajaba con alias “El Diablo” cuando llegó a la organización.
- Que Porfirio lo veía cuando hacía funciones de campanero según le ordenaba alias “El Diablo”.
- Que Porfirio también participó en la extorsión de la “quebraona”.
- Porfirio sabía que él era menor de edad.

Por otro lado, advirtió la recurrente que no quedó probado que Porfirio de Jesús Rueda Correa era una de esas personas que se hicieron presentes en las fincas para realizar el cobro de las sumas de dinero. Según su apreciación probatoria, ninguna de las víctimas de los delitos contra el patrimonio económico logró identificar a las personas que se presentaban en los predios a cobrar las extorsiones.

Omitió la apelante las razones ofrecidas por el Juez para sostener la condena por el delito de extorsión agravada en modalidad tentada.

Según la declaración realizada por el señor Albeiro de Jesús Pino Herrera residente de la vereda “Aguacates” del municipio de Urrao Antioquia “una gente” llegó como a las 8 de la noche preguntando por Don Aicardo Castillo dueño de la propiedad. Los sujetos solicitaban una plata. Indicó que llegaron 4 sujetos, entraron 2 a la casa y otros 2 se quedaron afuera. Pudo ver el rostro del señor Porfirio, sin reconocer a los demás porque estaban en la parte de afuera. Reconoció a Porfirio porque trabajó allá sacando madera.¹⁰

Igualmente, Yeison Castillo Franco hijo del señor Aicardo Castillo, indicó haber realizado la denuncia, por que llegaron 4 tipos a la propiedad de su padre solicitando dinero por una extorsión. La finca es en la vereda “Aguacates” en el municipio de Urrao. Que en otra

¹⁰ Record 00:07:00 en adelante. Sesión se juicio oral del 13 de febrero de 2023.

oportunidad fueron y no tenían la plata, entonces dieron el número de él para hablar con los extorsionistas. En el mes de diciembre de 2019 empezaron a llamarlo a extorsionar y amenazar, y en enero de 2020 mataron a su tío Ever Castillo por no pagar una extorsión. Debido a los hechos, su papá, Aicardo Castillo, salió de la finca y dejó a alguien allá. Días después llegaron a la finca nuevamente los mismos señores que estaban pidiendo la extorsión. Dijo que la persona que se dejó en la finca reconoció a uno de las personas que estaban realizando la extorsión. ¹¹ Más adelante advirtió que el señor Albeiro de Jesús Pino Herrera fue el trabajador que quedó en la finca cuando su padre Aicardo Castillo abandonó ese lugar. ¹²

No cabe duda que Porfirio de Jesús Rueda Correa sí asistió a la finca del señor Aicardo Castillo en la vereda “Los Aguacates” del municipio de Urao Antioquia para realizar el cobro de una extorsión. Pues fue reconocido por el señor Albeiro de Jesús Pino Herrera como uno de los 4 sujetos que llegó solicitar dinero, el cual, venía siendo cobrado con insistencia desde de tiempo atrás mediante visitas y llamadas amenazantes a Yeison Castillo Franco hijo del propietario del bien Aicardo Castillo.

En realidad, de las declaraciones valoradas se desprenden varios indicios que señalan seriamente como responsable a Porfirio de Jesús Rueda Correa de los delitos acusados:

- Rosa Angélica Rueda Correa dijo que las personas que se reunían en su vivienda salían juntas a realizar lo planeado.¹³ Eran cuatro personas las que se reunían en la vivienda de Rosa Angélica Rueda Correa a planear extorsiones y muertes: Andrés de Jesús Montoya Higueta alias “El Diablo”, Santiago Jiménez, Leonardo

¹¹ Record 01:29:20 en adelante. Sesión de juicio del 19 de octubre de 2021

¹² Record 02:12:45 en adelante. Ibídem

¹³ Record 00:41:30 en adelante.00:55:30 en adelante. Sesión de juicio 29 de marzo de 2022.

alias "El Costeño" y su hermano Porfirio de Jesús Rueda Correa.¹⁴ Fueron cuatro las personas con las que Santiago Jiménez fue a la vereda "Los Aguacates" el día de la muerte de Ever Castillo, entre ellas se encontraba Porfirio.¹⁵ Fueron cuatro las personas que llegaron a cobrar la extorsión a la finca del señor Aicardo Castillo, entre ellas se encontraba Porfirio quien fue reconocido por Albeiro de Jesús Pino Herrera.¹⁶

- Rosa Angélica Rueda Correa dijo que su hermano Porfirio de Jesús Rueda Correa antes de dedicarse a la criminalidad trabajaba con una motosierra cortando madera.¹⁷ Santiago Jiménez dijo que trabajó con Profirió cortando madera.¹⁸ Albeiro de Jesús Pino Herrera lo reconoció el día que fue cobrar la extorsión porque tiempo atrás trabajó en la finca del señor Aicardo Castillo cortando madera.¹⁹
- Rosa Angélica Rueda Correa y Santiago Jiménez dieron cuenta de las mismas personas que hacían parte de la organización, esto es: Andrés de Jesús Montoya Higueta alias "El Diablo", Santiago Jiménez, Leonardo alias "El Costeño" y Porfirio de Jesús Rueda Correa.
- Los planes de la organización que logró escuchar Rosa Angélica Rueda Correa en su vivienda, concuerdan con varios de los hechos que dio cuenta el testigo Santiago Jiménez, entre ellos, la muerte de Ever Castillo. Lo anterior a manos del grupo delictivo del que hacía parte Porfirio de Jesús Rueda Correa.

¹⁴ Record 00:39:50 en adelante. Sesión de juicio 29 de marzo de 2022.

¹⁵ Record 00:16:00 en adelante. Sesión de juicio del 30 de marzo de 2022.

¹⁶ Record 00:08:35 en adelante. Sesión de juicio oral del 13 de febrero de 2023.

¹⁷ Record 00:45:15 en adelante. Sesión de juicio 29 de marzo de 2022.

¹⁸ Record 00:10:00 en adelante. Sesión de juicio del 30 de marzo de 2022.

¹⁹ Record 00:09:55 en adelante. Sesión de juicio oral del 13 de febrero de 2023.

Por tanto, quedó probado que, efectivamente, Porfirio de Jesús Rueda Correa hermano de Rosa Angélica Rueda Correa que trabajaba cortando madera en el municipio de Urao Antioquia es el mismo “Porfirio” enunciado por todos los testigos en juicio. Este, integró una asociación delictiva entre los años 2019 y 2020 dedicada afectar la seguridad pública de los finqueros del municipio de Urao Antioquia mediante amenazas, extorsiones y homicidios.²⁰ Además, que en dicha estructura fue utilizado el menor de edad Santiago Jiménez quien indicó en la vista pública que fue reclutado para cobrar vacunas producto de la extorsión. Finalmente, Porfirio de Jesús Rueda Correa acudió a la finca de Aicardo Castillo a presionar por el pago de una extorsión sin lograr su cometido.

No fue necesario evaluar los demás testigos cuestionados por la defensa. Es cierto que ninguno de ellos percibió de manera directa a Porfirio de Jesús Rueda Correa cometiendo las conductas por las que está siendo condenado. Se itera, basta con los testimonios ya referenciados para dar por probada la teoría de la fiscalía. La recurrente no llevó a juicio ni una prueba de descargo para dar solidez a su hipótesis defensiva.

En consecuencia, sin necesidad de más consideraciones se confirmará la sentencia emitida el 20 abril de 2023 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

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;

²⁰ Se puede concluir que el concierto para delinquir exige tres elementos constitutivos esenciales: el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública. Sentencia Rad. 40545 del 25 de septiembre de 2013.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto fue materia de apelación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Firmado Por:

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

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **30950a02ce7a01eafb345c6da4363363f41d5a5edbebe66ce16d3518eeec0804**

Documento generado en 04/03/2024 01:12:20 PM

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

Proceso No 0536099057201800877 NI.: 2024-0152
Procesado: JUAN DIEGO DEL RIO ARIAS
Delito: Acto sexual abusivo en concurso
Decisión: Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DIRTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Proceso No.0536099057201800877 **NI.:** 2024-0152
Procesado: JUAN DIEGO DEL RIO ARIAS
Delito: Acto sexual abusivo
Decisión: Confirma
Aprobado Acta virtual No: 042

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

Medellín, marzo once de dos mil veinticuatro.

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del emitida el pasado 5 de diciembre del 2023 del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro.

2. Hechos.

Fueron descritos en la sentencia de primera instancia conforme a la acusación así:

“Desde el año 2018 JUAN DIEGO le toca los senos a la niña A.L.G.G. que contaba con 12 años de edad hasta febrero del año 2018, JUAN DEIGO le tocaba los senos cuando ella dormía, ella se despertó por esos tocamientos, una vez se le monta encima y tenía el pene erecto, la avistaba en el baño al tomar la ducha. además, le hacía insinuaciones de tipo sexual.

3. Sentencia de Primer Instancia.

En la sentencia de primera instancia, se hace un recuento de la prueba aportada en el juicio lo alegado por las partes, y se arriba a la conclusión de que se debe emitir una sentencia condenatoria bajo las siguientes consideraciones:

Señaló que la contundencia y claridad del relato de la ofendida, queda cuenta de la forma como fue sometida actos libidinosos por parte del acusado pese al paso del tiempo y lo traumático de la situación vivida presentó un relato claro y completo de lo ocurrido y como el acusado abusando de su conducción por ser su padrastro continuamente la acechaba, la miraba cuando se bañaba, y cuando dormía la abordaba y le tocaba los senos, conducta que llevo a la joven a dormir con más ropa para evitar ser agredida, y como a pesar de que contó lo ocurrido a su progenitora esta no la atendió y finalmente aburrída y casada de lo que vivía, decide con la ayuda de su tía huir de la casa para no seguir siendo sometida a los continuos abusos, lo que es corroborado con las versiones que la menor dio a su tía y a la psicóloga que la valoró.

Indicó entonces que al estar acreditada la responsabilidad del acusado lo procedente es entrar a emitir una sentencia condenatoria en su contra y hacerlo entonces destinatario de una pena de 126 de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

4. De la Apelación.

La defensa del procesado solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria de primera instancia por las razones que pueden resumirse así:

La primera glosa la refiere a la errónea valoración que se hace del testimonio de la menor supuestamente ofendida, indicando que ella corrobora con su dicho que era espiada por el acusado cuando se bañaba, cuando lo cierto es que su dicho no se puede deducir quien era la persona que en efecto la atisbaba cuando se bañaba, pues ella solo relata que cuando estaba en la ducha se percataba que era espiada pero no podía darse cuenta de que persona era.

De otra parte, se le da pleno crédito al dicho de la menor, señalando que es corroborado por lo narrado por su tía y la psicología que la valoró, pero esas personas no presenciaron los hechos que son materia de juzgamiento simplemente oyeron a la menor narrar lo sucedido supuestamente, y esto es apenas una prueba de referencia en lo que oyeron no de lo que presenciaron.

Al no existir rastros de violencia, o de cualquier otro tipo como se expuso en la valoración psicológica no se puede confirmar el dicho de la supuesta ofendida sobre tocamientos.

Tal y como quedó evidenciado en el juicio la joven A.L.G.G., era una adolescente rebelde que abandonó el hogar, sus dichos son simples manifestaciones de su rebeldía pues los testigos ofrecido por la defensa dan cuenta de buen comportamiento del acusado.

5. Para resolver se considera.

Procede la Sala a ocuparse de los planteamientos de la defensa con los que busca se revoque la sentencia condenatoria emitida en contra de JUAN DIEGO DEL RIO ARIAS.

Lo primero que debe advertirse en relación a la credibilidad del dicho de la joven A. L. G.G. tenemos que ella al comparecer al juicio, efectivamente narra cómo conoce al procesado, que era el compañero sentimental de su progenitora, persona que no desaprovechaba oportunidad cuando estaba a solas con ella para asecharla, llegando a espiarla en el baño, a aparecerse en su habitación cuando estaba dormida, a tocarle los senos a realizar todo tipo de insinuaciones sexuales, comportamiento que desplego una y otra vez cuando vivió con él y su progenitora, hasta que aburrida y cansada de lo vivido decide abandonar su hogar e ir a la casa de su tía. Narra igualmente la joven con sus propias palabras que si bien es cierto no hubo violación, asimilándola a penetración, si considera que hubo un abuso, pues continuamente fue asediada y tocada en su cuerpo por el acusado, sin su consentimiento, quien pretendía tener contacto sexual con ella, lo que se presentó desde que contaba con 12 años. Esta narración pese al paso del tiempo entre la ocurrencia de los hechos y la celebración del juicio, al sentir de la Sala como lo fu también del fallador de primera instancia, fue conteste, clara y coherente sin que pueda decirse que existe motivo alguno para la duda sobre la veracidad de su dicho.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la declaración de quienes son víctimas de delitos sexuales especialmente cuando son menores de edad precisa:

En efecto, aunque el testimonio del niño víctima de abuso ostenta alta confiabilidad y tiene la capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia.”¹

Aquí contamos como se anotó encontramos con un relato claro y coherente de la menor, el cual además contrario a lo que plantea el recurrente si es corroborado por otros elementos de prueba que fueron llevados a juicio como pasa a relacionarse ahora.

Si bien es cierto la señora LUZ MARINA GONZALEZ GONZALEZ, tía de la menor, no es testigo directo de los tocamientos y acechos que la menor vivió, y solo pone en conocimiento lo que su sobrina le informó, después de que se percató de sus cambios de ánimo y depresión, si informa que el acusado estaba en contacto con la menor y los espacios que compartía visto que era el esposo de la madre de la menor. Igualmente, esta testigo permite entender que la rebeldía de la joven no se debía simplemente a la adolescencia o simples malentendidos con su madre porque esta tenía un compañero sentimental sino por la situación de continuo acoso que llevo a la joven a la decisión de abandonar el hogar cansada de la continua zozobra la que la afectaba de tal manera que su tía se percató de los cambios en su comportamiento, y como finalmente decidió abandonar su hogar cansada de lo que continuamente debida vivir con su padrastro.

Ahora bien, la defensa, al analizar el testimonio de la joven ofendida, toma ciertos apartes de su dicha para indicar que su narración no es creíble como los episodios de la ducha,

¹ CSJ., SP 07 dic. 2011 Rad. 37044

desarticulando su dicho para aparecer como si ella no supiera en concreto quien era la persona que la fisgoneaba mientras tomaba un baño, cuando lo cierto es que la joven narra cómo era el continuo asedio del compañero sentimental de su progenitora quien no desaprovechaba oportunidad para acecharla.

Ahora es cierto no puede la peritación médica encontrar rastro de lo ocurrido pues solo fueron tocamientos, y en efecto la psicóloga SANDRA YOLIMA TORRES, solo recibió una entrevista y no hizo valoración alguna, y al declarar la menor en el juicio, no era necesario introducir dicha declaración previa, sin embargo suficiente es como se viene diciendo para sustentar una sentencia condenatoria el contar con el solo dcho. dela menor, el cual es corroborado en tiempo y espacio por el dicho de su tía, lo que perite además entender mejor cual fue la razón de la supuesta rebeldía de la joven ofendida.

Por último que vecinos, amigos y allegados del procesado que son llevados al juico, no supieron de abuso alguno, lo que no implica que el delito no se presentara no se puede olvidar que este tipo de ilicitudes por regla general se cometen en el ámbito privado, y así lo precisa la joven ofendida, por lo mismo no puede llamarnos a extraño que los allegados al acusado y su coopera sentimental no se percataran de nada de lo que estaba ocurriendo de puertas para dentro de su hogar con la joven A. L.G.G.

En este orden de idea son encuentra la Sala razón alguna para entrar a modificar la sentencia materia de impugnación, pues se itera, aunque solo se cuenta con el dicho de la menor víctima, lo por ella narrado no parece ilógico ni incoherente y lo arrimado por la tía de esta en el juicio permite corroborar su versión sobre los hechos. No podemos olvidar con

Proceso No 0536099057201800877 NI.: 2024-0152
Procesado: JUAN DIEGO DEL RIO ARIAS
Delito: Acto sexual abusivo en concurso
Decisión: Confirma

lo ya dicho en varias oportunidades por la H. Corte Suprema de Justicia (Cfr. entre otras CSJ SP16841-2014 rad. 44602; CSJSP 2746-2019 rad. 51258), que el testimonio único de la víctima no puede desecharse, pues la veracidad no depende de la cantidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, características que en este caso se vislumbran en A. L. G.G.

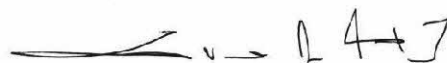
Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia materia de impugnación emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro del pasado 5 de diciembre del 2023.

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto procede el recurso extraordinario de casación que debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Proceso No 0536099057201800877 NI.: 2024-0152

Procesado: JUAN DIEGO DEL RIO ARIAS

Delito: Acto sexual abusivo en concurso

Decisión: Confirma


Edilberto Arenas Correa
Magistrado



Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

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	05 697 61 00000 2023 00002
N.I.	2024-0413-2
PROCESADO	WILMAR ANDRÉS ROJAS CASTRO
DELITO	ACCESO CARNAL VIOLENTO
DECISIÓN	CONFIRMA DECISIÓN

Medellín, doce (12) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado según acta Nro. 022

1. ASUNTO

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 15 de febrero de 2024, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, que condenó al señor Wilmar Andrés Rojas Castro, por vía de allanamiento a cargos, como autor del delito de acceso carnal violento, imponiéndole pena de ciento veinticinco meses de prisión.

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

2. HECHOS

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

“La joven Lady Johana Quemba Fonseca, de 20 años de edad, el 6 de enero de 2018, denunció ante las autoridades de El Santuario (Ant), que luego de estar en las fiestas del retorno en tal municipalidad, a eso de las 12 o 1 de la madrugada, en el sector Pueblo Nuevo, saliendo a la Calle Santander, cruzando la autopista que lleva al Barrio El Cabrero, estaba esperando para encontrarse con su esposo que se había ido a buscar su moto que al parecer había sido hurtada, y en dicha espera salió un joven que la interpeló, y aprovechando el acercamiento, la coge del cuello con el brazo izquierdo y la obliga a desplazarse con él, y ante la negativa de ella, le propina dos puños en el labio. De esta manera logra reducirla y llevarla a un sitio que describe como una bodega, donde se encuentran unas pipetas de gas, y en un potrero la obligó a quitarse la ropa bajo la amenaza de chuzarla, y lograda su desnudez, la accedió carnalmente por espacio de aproximadamente veinte minutos.

La víctima logró detallar el rostro del victimario, a quien describió como moreno, de labios gruesos, motilado corto por los lados y alto en la parte de encima, cabello crespo, contextura delgada, con cicatrices de acné en la cara y cejas gruesas; descripción detallada que logró cuando luego de haber terminado el acceso, se fue y regresó a esculcarle la ropa, y en la chaqueta que era de su esposo encontró el celular marca zoom, de color plateado o dorado, el cual se llevó junto con la chaqueta, luego de hacer una llamada por el celular de él, donde al parecer hablaba con alguien, diciéndole que ya había terminado lo que tenía que hacer; que si ella se movía de dispararan.

Luego de esto, se ausentó, y la víctima logra salir del lugar hasta llegar al parque, donde le contó lo sucedido a sus allegados, y decidieron ir al hospital para someterse a exámenes y poner en conocimiento de las autoridades lo sucedido. Mediante reconocimiento fotográfico, la víctima reconoció a su agresor, quien es identificado plenamente, y responde al nombre de WILMAR ANDRES ROJAS CASTRO”

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 24 de abril de 2018, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Santuario, Antioquia, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación al señor Wilmar Andrés Rojas Castro, por el delito de acceso carnal violento en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado; no hubo allanamiento a cargos, y sobre el procesado no se solicitó imposición de medida de aseguramiento, como quiera que se encuentra detenido al estar vigentes 2 medidas intramurales.

Presentado el escrito de acusación, le correspondió el conocimiento de la actuación al Juzgado Penal del Circuito de El Santuario; la diligencia de verbalización de la misma, se efectuó el día 1 de marzo de 2021. La diligencia preparatoria, luego de varios aplazamientos, se efectuó el día 25 de mayo de 2022. El trámite de juicio oral, se inició en fecha 25 de agosto de 2023, fecha en la cual el procesado manifestó su deseo de allanarse a los cargos de manera unilateral, razón por la cual, luego de verificado el consentimiento libre, consciente y voluntario se avaló el mismo, se dio curso a la audiencia del canon 447 procesal. La lectura de la sentencia se llevó a cabo en la fecha 15 de febrero de 2024.

Ese fallo fue recurrido por la defensa, por medio del recurso de apelación que hoy se resuelve.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con precisos argumentos, luego de hacer un recuento sobre los elementos materiales probatorios que sirvieron de soporte para

el allanamiento a cargos, indicó el fallador de primer nivel que estos permitían establecer la materialidad del delito de acceso carnal violento y la responsabilidad del acusado en los términos por él aceptados.

Acotó que el procesado se allanó de manera libre, voluntaria e informada a los cargos, con la asesoría permanente de su defensor, como se constató en la audiencia, quedando desvertebrada la presunción de inocencia que lo cobija. Se configuran, en consecuencia, los tres elementos que estructuran la conducta punible mencionada; esto es, que sea típica, pues la describe y sanciona el artículo 205 del C. Penal, modificado por la Ley 1236 de 2008 en su artículo 1º, antijurídica formal y materialmente, ya que se ejecutó la conducta vulnerando los intereses jurídicos protegidos por las normas sin justificación jurídicamente atendible; y culpable puesto que tenía pleno conocimiento que atentar contra la libertad, integridad y formación sexuales de una persona es sancionado por las normas Penales, y aun así realizó la conducta, manifestándose igualmente su intención de quebrantar el ordenamiento Jurídico, es decir, su dolo.

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

El abogado defensor de los intereses del procesado, luego de reproducir apartes de la decisión de la primera línea, recrimina la tasación de la pena.

A la postre solicita se revise la decisión de primera instancia, como quiera “El señor WILMAR ANDRES ROJAS CASTRO no está conforme con la decisión y le solicita al Tribunal tener en cuenta su allanamiento a cargos y el otorgamiento a descuentos en la sentencia por allanarse al delito imputado”²

Los no recurrentes no hicieron pronunciamiento alguno.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Competente como es la Corporación para conocer de la contención en este caso presentada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, sin que pueda agravarse la situación del acusado por ser la defensa la única apelante.

6.2. Caso Concreto

Ha de recordar el carácter restringido que ostenta la competencia del ad quem, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente, por ende, la segunda instancia judicial únicamente puede pronunciarse sobre los temas que el apelante le ponga de presente, y por fuerza, también en torno a los aspectos que tengan inescindible relación respecto al objeto de alzada³.

² Escrito de apelación. Pág. 2

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP4886-2016, radicación No. 45223 del 20 de abril de 2016.

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

¿Fue errada la tasación de la pena, dosificada por el Juzgado de Primera Instancia?

En cuanto al reproche de la petente con respecto a la tasación penal, esta Corporación desde ya observa que no se presentaron yerros en el procedimiento de adecuación punitiva, como se pasa a examinar:

En virtud del allanamiento a cargos efectuado por el procesado Wilmar Andrés Rojas Castro en la audiencia de juicio oral, prima facie debe anotar la Magistratura que el juez de instancia al realizar el proceso de dosificación de la pena, con acierto, definió que los extremos punitivos para el delito de acceso carnal violento, descrito y sancionado en contenido en el artículo 205 del C. Penal, modificado por la Ley 1236 de 2008 en su artículo 1º, que va de 144 a 168 el cuarto mínimo, de 168 a 216 los medios, y de 216 a 240 el máximo.

Con base en ello, procedió a dividir el ámbito de movilidad en cuartos, situándose en el primer cuarto, al no concurrir circunstancias de mayor punibilidad, pero si de menor punibilidad, correspondiendo a una pena entre 144 y a 168 meses, fijando como pena un total de 150 meses de prisión al cual le aplicó una rebaja equivalente a una sexta parte, por la

aceptación de cargos, concretando en definitiva una sanción de 125 meses de prisión.

Ahora, no entiende la Magistratura cuál fue el error en el que incurrió el Juez a-quo a la hora de tasar la pena, pues se le otorgó al procesado una rebaja acorde al momento procesal, esto es, de una sexta parte, pretensión frente a la cual se le debe indicar, que cuando el artículo 367 de la Ley 906 de 2004, establecen que la aceptación de los cargos determinados en la audiencia de juicio oral comporta una rebaja de la sexta parte de la pena imponible, conduce indefectiblemente a la aplicación de la rebaja máxima prevista en la ley. Ahora el hecho de que el funcionario judicial no parte del mínimo de la pena, corresponde a la ponderación de las circunstancias fácticas y probatorias que rodean el asunto, con la finalidad de graduar la pena a imponer.

Con base en lo anterior, en el presente caso, pertinente resulta indicar que, si bien el procesado aceptó su responsabilidad penal en la audiencia de juicio oral frente a la conducta materia de juzgamiento; no puede desconocer la entidad tribunalicia, que frente a este particular, la manera como se desarrolló la conducta delictiva, además el ente acusador llevó a cabo diferentes labores de investigación encaminadas a esclarecer la veracidad de los hechos, pues la aceptación obedeció más a los beneficios que le representaba y no por el simple interés de evitarle un mayor desgaste a la administración de justicia, por lo que el aumento de 6 meses en el cuarto mínimo, resulta razonable pues tal como lo dedujo el juez en su

proveído al exponer *“la gravedad de la conducta, el daño real causado y la intensidad del dolo desplegado, en tanto aprovechó la soledad de la víctima, la amenaza, la golpea y la obliga a trasladarse a un paraje más solitario, además de amedrentarla con utilizar un arma corto punzante si no atendía a sus requerimientos de desnudarse; de donde se deduce un dolo directo, se impondrá 150 meses de prisión”*

Corolario de lo anterior, se impone confirmar la rebaja de una sexta parte que realizó el funcionario de primera instancia, por razón del allanamiento a cargos efectuado por el procesado Wilmar Andrés Rojas Castro, en sede de juicio oral, motivo por el cual resulta ajustada a derecho la sanción impuesta, que resulta de descontar a los 150 meses de prisión que le fueron impuestos y que no fueron cuestionados por ninguno de los sujetos procesales, la sexta parte que le fuera reconocida por ley para un total de 125 meses de prisión.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA PENAL DE DECISION**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

7. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia en lo que fue objeto de apelación.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica por estrados y contra ella procede no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA ESTELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

**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: **841f0c7114840bb7676ee8c0880a0a67ca8c183f2cdf9486a456b1390ba9c9e4**

Documento generado en 12/03/2024 10:56:16 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, primero (1°) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado 2024-0340-4
CUI 0525 061 0000 2023 00012
Acusados Manuel Antonio Torres Ramos
Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos Desaparición forzada y otros
Decisión Decreta Nulidad

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha. Acta N° 093

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Sería del caso resolver el recurso de apelación que interpuso el Delegado del Ministerio Público frente a la decisión proferida el día **31 de enero de 2024**, por el **Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia** a través de la cual se aprobó el preacuerdo presentado al interior de la actuación que se sigue en contra de los señores **Manuel Antonio Torres Ramos** y **Javier Antonio Díaz Hoyos**, por los supuestos delictivos de Desaparición Forzada, Tortura, Concierto para Delinquir Agravado, Secuestro Simple y Secuestro Simple Agravado sino fuera porque se advierte que, dentro del presente asunto se presentó una irregularidad procesal que debe ser subsanada con la declaratoria de nulidad.

HECHOS

Según se desprende del escrito de acusación, **Manuel Antonio Torres Ramos**, alias Matanza y **Javier Antonio Díaz Hoyos** alias Barbas hicieron parte de la subestructura Uldar Cardona Rueda, grupo criminal dedicado a la comisión de delitos de homicidio, tráfico de armas,

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreta Nulidad

desplazamientos, extorsiones y tráfico de estupefacientes en el Bajo Cauca Antioqueño.

Manuel Antonio Torres Ramos, estuvo vinculado a ese grupo desde inicios del año 2018 desempeñando varios roles: comenzó como urbano o campanero, hasta ejercer como sicario en el municipio de El Bagre, Zaragoza Antioquia y sectores aledaños como la vereda 505 mientras que, **Javier Antonio Díaz Hoyos** se enlistó en esa organización desde el año 2020 y le correspondía cometer homicidios de personas que cobraban extorsiones sin autorización de la organización, de integrantes de otras estructuras criminales y de vigilar los movimientos de la fuerza pública para evitar la captura de miembros del Clan del Golfo.

En el marco de sus labores como integrante de ese grupo criminal al parecer, perpetraron varias conductas punibles.

El 03 de febrero de 2023, los acusados arribaron hasta la casa del señor **José Manuel Guerrero Sánchez**, ubicada en el barrio 20 de Julio del municipio de El Bagre Antioquia y se lo llevaron por la fuerza en una motocicleta hasta la vereda 505 del municipio de Zaragoza, allí lo sometieron a violencia física para obtener información de personas y armas de otro grupo delictivo y posteriormente, aproximadamente a las cinco de la tarde del mismo día, encontrándose en estado de indefensión, le causaron heridas con arma blanca que le provocaron la muerte, sin que hasta la fecha se haya encontrado el cadáver. *(En virtud de esos hechos se les endilgaron los punibles de Secuestro Simple, Tortura t desaparición forzada.)*

El 21 de abril de 2023, aproximadamente a las cuatro de la tarde, varias personas de la organización Clan del Gofu, subestructura Uldar Cardona Rueda entre ellas, los acusados, llegaron hasta la casa de la señora **Dalgys Karina Santana Espejo** ubicada en el barrio Piedras Blancas del corregimiento Buenos Aires Palizada de Zaragoza; se la

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreta Nulidad

llevaron en contra de su voluntad hasta una finca conocida como Los Chivos de la vereda 505 de ese mismo municipio. Posteriormente fue trasladada a otros lugares hasta Puerto Jobo y la mantuvieron retenida por espacio de tres días interrogándola para tratar de conseguir información de personas de otros grupos delictivos. *(En virtud de esos hechos se les endilgó el punible de Secuestro Simple).*

Por otra parte, el 03 de mayo de 2023 a las siete de la mañana los encartados penales, cerca de las instalaciones del Banco Agrario del municipio de El Bagre Antioquia, abordaron y se llevaron en contra de su voluntad, al menor de edad Norlan Antonio Marulanda Padilla. Lo condujeron a la vereda 505 de Zaragoza y luego a Puerto Jobo, lo amarraron, lo violentaron con el fin de conseguir información de actividades delictivas cometidas por la víctima como miembro de otro grupo delictivo. En esa misma fecha, el adolescente fue rescatado por la fuerza pública. *(En virtud de esos hechos se les endilgó los punibles de Secuestro Simple Agravado y Tortura).*

Finalmente, el procesado Javier Antonio Díaz Hoyos aproximadamente a la una de la tarde del 24 de marzo de 2023, junto con otras personas de la organización Clan del Golfo, llegaron hasta la Calle la Victoria, sector la Glorieta del puente la Libertad, en el municipio de El Bagre y se llevaron en contra de su voluntad al joven Venezolano **Javier Alejandro Guerrero Quintero**. Lo condujeron a la vereda 505 del municipio de Zaragoza, lo violentaron con el fin de que brindara información de miembros de otro grupo delictivo, lo retuvieron por dos días y luego le causaron heridas con arma blanca, las cuales le provocaron la muerte, sin que hasta la fecha se haya encontrado el cadáver. *(En virtud de esos hechos se les endilgaron los punibles de Secuestro Simple, Tortura y Desaparición).*

Recapitulando, al procesado **Manuel Antonio Torres Ramos** se le endilgaron los delitos de:

Radicado 2024-0340-4
CUI 0525 061 0000 2023 00012
Acusados Manuel Antonio Torres Ramos
Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos Desaparición forzada y otros
Decisión Decreta Nulidad

- 2 Secuestros Simples, contenida en el ART 168 C.P.
- 1 Secuestro Simple Agravado, ARTS. 168 – 170 # 1
- 2 Torturas, según lo dispuesto en el artículo 178 C.P.
- 1 Desaparición Forzada art. 165 del C. P
- Concierto para delinquir agravado art. 340 inc. 2 del C.P.

Por su parte, al señor **Javier Antonio Díaz Hoyos** se le enrostraron los punibles de:

- 3 Secuestros Simples, contenida en el ART 168 C.P.
- 1 Secuestro Simple Agravado, ARTS. 168 – 170 # 1
- 3 Torturas, según lo dispuesto en el artículo 178 C.P.
- 2 Desapariciones Forzadas art. 165 del C. P
- Concierto para delinquir agravado art. 340 inc. 2 del C.P.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 09 de agosto de 2023, ante el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, se formuló imputación a Manuel Antonio Torres Ramos y a Javier Antonio Díaz Hoyos, en los términos ya mencionados. Cargos frente a los cuales no se allanaron.

La fase de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

El 09 de noviembre de 2023 previo a dar inicio a la audiencia de formulación de acusación, las partes pusieron de presente el preacuerdo al cual habían arribado.

La negociación consiste en que, el señor **JAVIER ANTONIO DIAZ HOYOS** acepta los cargos por las conductas de Concierto para delinquir agravado, 03 secuestros simples, 03 torturas y 02 desapariciones forzadas, y a cambio el ente fiscal *“le ofrece como único beneficio, variar su participación en la calidad de autor a cómplice, ello de conformidad con el inciso 2 del artículo 30 del Código Penal”* (Record: 00:43:30)

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreto Nulidad

En consecuencia se parte del delito más grave que es la desaparición forzada imponiéndosele una pena de **160 meses de prisión, 12 meses de prisión** por los tres secuestros simples agravados, **12 meses de prisión** por los tres delitos de tortura y **8 meses** de prisión por el concierto para delinquir; quedando entonces una pena de **204 meses de prisión y una multa de 3.749 S.M.L.M.V.**

A su vez, **Manuel Antonio Torres Ramos Hoyos** acepta los cargos por los delitos de Concierto para delinquir agravado, 01 secuestro simple agravado, 02 secuestros simples, 02 torturas y 01 desaparición forzada, y a cambio el ente fiscal le *“concederá como único beneficio, variar su participación en la calidad de autor a cómplice, ello de conformidad con el inciso 2 del artículo 30 del Código Penal”*. (Record: 00:50:49)

Se parte del delito más grave que es la desaparición forzada se le impone una pena de **160 meses de prisión, 12 meses de prisión** por los dos secuestros simples, **12 meses de prisión** por el secuestro simple agravado, **12 meses de prisión** por las dos torturas y **8 meses de prisión** por el concierto para delinquir; quedando entonces una pena de **204 meses de prisión y una multa de 3.749 S.M.L.M.V.**

El Delegado del Ministerio Público se opuso a la negociación radicada indicando que, evidencia tres problemas jurídicos.

El primero de ellos es netamente de proporcionalidad pues, el incremento “del otro tanto” resulta abiertamente irrisorio de cara a las conductas punibles que se desarrollaron.

No se opone a que, el preacuerdo se lleve a cabo a pesar de que exista un menor de edad víctima, pues el punible de desaparición forzada del cual se parte, comporta una pena mayor, sin embargo, considera que, esos delitos cometidos contra Norlan Antonio Marulanda Padilla deben

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreto Nulidad

comportar un incremento más significativo al momento de señalarse la pena a imponer.

En segundo lugar, le llama la atención que, al momento de redactarse los hechos, el ente fiscal señaló que, hay dos personas a las cuales les causaron la muerte y ocultaron el cuerpo sin embargo, en su criterio, el delito de homicidio y desaparición forzada no pueden concursar porque éste último punible se tipifica cuando hay una persona de la cual se desconoce su paradero y no cuando se desconoce la ubicación de un cadáver.

En su criterio, si el ente fiscal tiene evidencia para configurar el punible de homicidio esa sería la conducta punible por la cual deben responder pero, si no cuenta con medios de prueba que permitan acreditar que esas personas fallecieron, debe tipificarse el punible de desaparición forzada.

Finalmente, como tercer aspecto, recalcó que, la fiscalía ofrece como descuento, la variación del grado de participación de autores a cómplices pero esa negociación *sin base fáctica* muta la verdad y se encuentra en contravía de las disposiciones jurisprudenciales que obran al respecto.

Por petición de la Defensa, esa diligencia fue suspendida y se continuó con la misma, en sesión del 31 de enero de 2024, fecha en la cual, el Despacho de conocimiento avaló el preacuerdo radicado por las partes pues en su criterio ninguno de los argumentos aludidos por el delegado del Ministerio Público resultan acertados.

DECISIÓN ADOPTADA

En primer lugar, indicó que, ciertamente la Fiscalía debía tomar como delito base, el secuestro simple agravado en el cual fungió como víctima

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreta Nulidad

un menor de edad, pues el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, consagra la prohibición de rebajas cuando la víctima es un niño, niña o adolescente.

Sin embargo, estima que, al revisar los términos del preacuerdo resulta viable que, el Juzgado tome ese reato como base y de ahí, se incrementen otros tantos hasta llegar a las penas acordadas frente a cada uno de los ciudadanos, es decir, a 204 meses prisión para el señor Manuel Antonio y 216 de meses de prisión para el señor Javier Antonio.

Considera que, de realizarse de esa manera, perdería vigencia esa inquietud planteada por el señor Procurador frente al aumento de hasta otro tanto, porque con esa modificación, se estaría castigando plenamente el punible que afectó la libertad del menor de edad.

Recuerda además que, a través de las terminaciones anticipadas del proceso nunca se podría aumentar la pena como ocurriría en el marco de una sentencia ordinaria.

Por otra parte, recordó que, la Corte Suprema de Justicia, dentro del Radicado 36.563 y decisión SP3382 del año 2014, indicó que, resulta viable que, el delito de desaparición forzada y el delito de homicidio concursen y, finalmente frente al tema de la variación en el grado de participación, refirió que, se trata de una ficción jurídica con miras a disminuir la pena pero que, en realidad responderían en calidad de coautores.

Con esos argumentos desestimó la pretensión del delegado del Ministerio Público y continuó interrogando a los procesados sobre la voluntad de aceptar el preacuerdo radicado frente a cada uno.

Finalmente impartió aprobación al preacuerdo.

Radicado 2024-0340-4
CUI 0525 061 0000 2023 00012
Acusados Manuel Antonio Torres Ramos
Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos Desaparición forzada y otros
Decisión Decreta Nulidad

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Frente a esa determinación, el agente de la Procuraduría interpuso recurso de apelación.

Según escuchó, la Delegada del ente acusador en ningún momento indicó que, se les reconocería la calidad de cómplices sólo para efectos punitivos, lo que se dijo en la audiencia es que de degradaría el grado de participación, sin alguna otra aclaración adicional.

Y, en su criterio no es viable reconocer esa calidad de cómplice sin existir elementos que sugieran que, actuaron bajo esa figura pues se volvió común en la Fiscalía garantizar a todos los procesados la mitad de la condena como si se tratara de una feria de la pena.

En el afán de que los acuerdos se materialicen, muchas veces los jueces terminan en convirtiéndose en asesores del preacuerdo, interpretando más allá de lo que las partes esbozan, puliendo o sugiriendo las negociaciones y, en este caso la Judicatura está interpretando que, se trató de una ficción jurídica cuando ello no ocurrió de esa manera.

Por otra parte, en su criterio, este acuerdo desborda con creces el principio de proporcionalidad, pues si bien, el legislador no señaló a que se refiere el “otro tanto”, estima que, 12 meses por punibles tan graves como concursos de secuestros, torturas, desapariciones, delitos de lesa humanidad, termina siendo un despropósito punitivo.

En esos incrementos debe haber justicia y no pueden convertirse en aumentos únicamente formales.

Aunado a ello indicó que, de ninguna manera puede interpretarse por parte de la Judicatura que, el delito base sería el secuestro simple

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreta Nulidad

agravado del menor de edad porque nuevamente se encontraría invadiendo la esfera de negociación de las partes, así no lo expusieron y por lo tanto se encontraba vedado el Despacho para variar la negociación.

Finalmente, frente al tema del concurso entre el delito de homicidio y desaparición forzada indicó que, no presentará debate pues, finalmente la Fiscalía enmarcó los punibles en el delito de que trata el artículo 165 del Código Penal, imprecisión dogmática que no afectaría en nada la aprobación del preacuerdo como tal, en virtud de ello, no hay perjuicio por lo cual, retira ese argumento inicial.

Conforme con ello, solicita se revoque la decisión adoptada y, en su lugar se imprueben los preacuerdos radicados.

NO RECURRENTES

El **delegado fiscal** como no recurrente indicó que, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia dentro del Rad. 54084 M.P. Gerson Chaverra Castro dejó en claro que, esa parte procesal se encuentra habilitada para variar el grado de participación únicamente para efectos punitivos.

Es claro que, en esta oportunidad los ciudadanos serían condenados como coautores pero como ficción jurídica se les impondría la pena de cómplices.

El sistema de cuartos no resulta aplicable en esta forma de terminación del proceso y el legislador sólo estimó que, ese "otro tanto" no puede sobrepasar la pena principal; como en este caso no ocurrió entiende que, se encuentra ajustado a legalidad.

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreta Nulidad

Con la negociación arribada, no se conculcan derechos ni garantías fundamentales y, en virtud de ello, solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia.

La **representación de víctimas y la bancada de la defensa** coincidieron en solicitar la confirmación de la decisión apelada pues, la misma se encuentra ajustada a derecho y es respetuosa de los principios de legalidad y favorabilidad.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 34 numeral 1, de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para desatar la alzada, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos por la parte apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible a ellos.

Al proceso penal diseñado por la Ley 906 de 2004 pertenece una particular faceta derivada de una concepción premial de la justicia. En aras de la practicidad y la eficiencia en la administración de justicia penal, se posibilita la terminación anticipada del proceso por la vía de la aceptación de culpabilidad, a cambio de la obtención de beneficios expresados en una menor respuesta punitiva del Estado.

Así, los preacuerdos son formas de terminación anticipada que implican renuncias mutuas: el procesado se abstiene de ejercer los derechos a no auto incriminarse y a tener un juicio oral con todas las garantías descritas en el literal k) del artículo 8 de la Ley 906/2004; mientras la Fiscalía pierde la oportunidad de realizar ajustes fácticos y/o jurídicos a la imputación y acusación, así como de continuar la investigación con la posibilidad de hallar más evidencias del delito (CSJ SP2042-2019, CSJ SP367-2021).

Cuando las partes acuden a la terminación anticipada de la actuación penal, por allanamiento a cargos o celebración de preacuerdos, le

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreto Nulidad

corresponde al juez verificar si están dados todos los presupuestos para avalar la pretensión y emitir una sentencia condenatoria, esto es:

- (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que corroboren la tipicidad de la conducta,
- (ii) el aporte de evidencias físicas e información legalmente obtenida que permita cumplir con el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado,
- (iii) la claridad de los términos del acuerdo para precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica corresponde a la materialización del principio de legalidad y cuándo es producto de los beneficios acordados por las partes,**
- (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, sea por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos, y
- (v) que la renuncia al juicio oral por parte del procesado haya sido libre, informada y asistida por su defensor (CSJ SP2073-2020, CSJ SP5660-2018). **(Negrillas fuera del texto)**

En el asunto en concreto, la Delegada del ente acusador en sesión del 09 de noviembre de 2023, después de enunciar el acontecer fáctico que rodea el presente asunto y, de señalar las conductas penales que le fueron enrostradas a cada uno de procesados en el escrito de acusación, expuso que, el señor **Javier Antonio Díaz** se declaraba penalmente responsable de los delitos allí señalados y:

“...la Fiscalía General de la Nación a través de la Fiscalía 63 delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Antioquia, adscrita a la Dirección Especializada Contra el Crimen Organizado concede en esta ciudad, le concederá entonces **como único beneficio variar su participación en la calidad de cómplice**, esto de conformidad con el inciso 2 del artículo 30 del Código Penal.

Continuó indicando que, para efectos de la individualización de la pena, se fijaría una sanción por el delito más grave y, lo aumentaría en otro tanto, por los demás punible enrostrados.

“...Frente al delito de desaparición forzada son dos conductas imputadas, estamos frente al artículo 165 del Código Penal que tiene una pena entonces como ya se ha manifestado de 320 a 540 meses

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreta Nulidad

de prisión y multa de 1.333 a 4.500 salarios mínimos. Por tanto, esta pena disminuida en la mitad, teniendo como resultado una pena de prisión a imponer de **160 meses**. Y se sumaría otro tanto por el delito de concierto para delinquir y por los demás delitos pues también haríamos la misma sumatoria. **Frente a tres secuestros simples agravados se imponen 12 meses de prisión, frente a tres torturas se imponen 12 meses de prisión y frente a un delito de concierto para delinquir se imponen 8 meses de prisión.**

Para ello entonces hacemos la sumatoria de cada una de ellas teniendo un total de 204 meses, es decir, 17 años de prisión y una multa de 3.749 salarios mínimos legales mensuales vigentes frente a la multa de manifestarles su señoría...” (Record: 00:42:42)

Frente a este acuerdo, encuentra la Sala varios reparos, el primero de ellos consiste en un aspecto netamente aritmético y el cual no fue objeto de aclaración en esa diligencia ni en las demás posteriores.

Nótese que, la Delegada del ente acusador informa que, para efectos de la dosificación de la pena partirá del delito de desaparición forzada, imponiendo una sanción de 160 meses de prisión, y que sumará 12 meses de prisión por los tres secuestros simples agravados, otros 12 meses de prisión por los punibles de tortura y 8 meses de prisión por el delito de concierto para delinquir agravado.

Dicha sumatorio contrario a sus cálculos, no arroja una pena **204 meses de prisión** como lo informó en ese escenario procesal, sino que, en realidad comportaría una pena de **192 meses de privación de la libertad.**

Aunado a ello, al momento de referirse al aumento “del otro tanto” dejó por fuera dos conductas punibles, esto es, un delito de desaparición forzada y un delito de secuestro, punibles que fueron imputados y enlistados en el escrito de acusación.

Y es que, no solamente se omitió por parte de la Judicatura solicitar aclaración sobre ese aspecto, sino que, en la audiencia del 31 de enero de 2024, sin que obre enmienda alguna dentro del expediente penal, el

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreto Nulidad

Despacho indicó que, la pena que se había pactado frente a este ciudadano era de **216 meses de prisión**, es decir que, de forma inexplicable entendió, al parecer que, cada uno de esos punibles que se habían omitidos por la delegada del ente acusador comportarían también un incremento de 12 meses cada uno, situación que itérese no fue puesto de presente por las partes sino que, se trató de una afirmación del Despacho, sin soporte alguno.

Ahora, frente a la negociación arribada con el señor **Manuel Antonio Tres Ramos**, la Delegada del ente fiscal indicó que, este de manera libre, consciente y voluntaria y debidamente informado, acepta y se declara penalmente responsable de los delitos enrostrados en el escrito de acusación, haciendo una lectura de los mismos y

“a cambio entonces de esta aceptación de cargos y de responsabilidad por parte del procesado, la Fiscalía General de la Nación, a través de esta delegada, la Fiscalía 63 delegada ante los jueces penales del Circuito Especializado de Antioquia, adscrita a la Dirección Especializada Contra el Crimen Organizado de esta ciudad, le considera entonces como único beneficio variar su participación en calidad de cómplice, conforme con el inciso 2 del artículo 30 del Código Penal...”

En su intervención, también señaló que, para efectos de la individualización de la pena, se fijaría una sanción por el delito más grave y, lo aumentaría en otro tanto, por los demás punible enrostrados:

“Se parte del delito base, que para este caso es el delito de mayor envergadura de mayor pena. Y frente a este ciudadano tenemos entonces un delito de desaparición forzada, artículo 165 del Código Penal que tiene una pena de prisión de 320 a 540 meses de prisión y multa de 1,333 a 4,500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Disminuida entonces en la mitad, tendríamos como resultado una pena de prisión a imponer de 160 meses y se sumaría otro tanto por los demás delitos.

Así, frente a dos secuestros simples se imponen 12 meses, frente a un secuestro simple agravado se imponen otros 12 meses, frente al delito de tortura se imponen otros 12 meses y frente a una conducta del concierto para delinquir se imponen 8 meses de prisión, para un total entonces de 204 meses de prisión, es decir 17 años de prisión y la multa de 3.749 salarios mínimos legales mensuales vigentes...”

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreto Nulidad

Este acuerdo, a diferencia del anterior, no dejó por fuera ninguna de las conductas punibles previamente endilgadas ni tampoco, presenta algún error aritmético en su estructuración, sin embargo, ambos evidencian un aspecto en común y es que, resultan ser poco claros al momento de señalarse el beneficio al cual se harían acreedores los procesados si deciden aceptar los cargos, aspecto que fue dilucidado por el Delegado del Ministerio Público en la sustentación del recurso de apelación.

Nótese que, al momento de esbozar los términos del preacuerdo, la delegada del ente fiscal indicó que, a cambio de la aceptación de responsabilidad, como único beneficio, variaría la participación de autores a cómplices, pero de ninguna manera refiere si esa modificación es producto de una ficción jurídica sólo con fines de reducción en la pena, como lo entendió el Despacho de Conocimiento, o si se trata de una variación de la calificación jurídica con base fáctica.

Y es que, si bien la Judicatura entendió que se trataba de la primera opción, esto es, de una ficción jurídica únicamente con el fin de disminuir la sanción penal, ese un aspecto que no emerge con claridad de la exposición llevada a cabo por el ente fiscal al momento de enunciar los términos del preacuerdo y que, por lo tanto, en el marco de esa labor de verificación debía ser aclarado con el fin de no generarse ambigüedades como las suscitadas en el presente evento.

Ahora, al margen de esos reparos existe otro adicional en el cual, también se evidencia una participación activa de la Judicatura en los términos de la negociación, vulnerándose con ese actuar el debido proceso que debe regir las actuaciones judiciales.

Nótese que, las partes al momento de presentar el preacuerdo indicaron que, partirían del delito de desaparición forzada imponiéndole a cada uno, por esa conducta punible la pena de 160 meses de prisión y que, aumentarían otro tanto por los demás delitos señalados en el escrito de

Radicado	2024-0340-4
CUI	0525 061 0000 2023 00012
Acusados	Manuel Antonio Torres Ramos Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos	Desaparición forzada y otros
Decisión	Decreta Nulidad

acusación. En esos “otros” punibles se encontraba el de secuestro simple agravado y tortura de los cuales fue víctima Norlan Antonio Marulanda, quien para la fecha de los hechos no había adquirido la mayoría de edad.

La Judicatura al momento de pronunciarse sobre la viabilidad del preacuerdo, afirmó que, en virtud de la prohibición de que trata el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia no resultaba viable aceptar rebajas punitivas en los delitos de los cuales fue víctima el adolescente ya mencionado, sin embargo que, con miras a salvaguardar esos requerimientos del legislador y para atender la queja de proporcionalidad esbozada por el Delegado del Ministerio Público resultaba viable que, se partiera del delito de secuestro simple agravado contra el menor edad y de ahí incrementar otro tanto por las demás conductas punibles hasta llegar a la sanción privativa de la libertad propuesta para cada uno de los procesados.

Y es que nótese que, en este aspecto salta a la vista la participación activa de la Judicatura en la estructuración del preacuerdo, excediendo su labor de verificación y realizando tareas que única y exclusivamente le compete a las partes, conducta que no puede de ninguna manera aceptarse pues, ese actuar desconoce el principio de imparcialidad que debe regir a quienes administran justicia.

Si el titular del Despacho estimaba que, el preacuerdo radicado por Fiscalía y Defensa no estaba ajustado a derecho porque, entendía que se debía partir de uno de los delitos de los cuales fue víctima un menor de edad, lo procedente era improbar la negociación arribada pero, de ninguna manera le resultaba viable tomar parte y modificarlo de tal manera que se ajustara a los requerimientos que, entiende existen.

“Y lo es así, porque el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, no es una regla común del ordenamiento. Por el contrario, se trata de una norma jurídica que contiene un imperativo

Radicado 2024-0340-4
CUI 0525 061 0000 2023 00012
Acusados Manuel Antonio Torres Ramos
Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos Desaparición forzada y otros
Decisión Decreta Nulidad

ético de absoluto respeto por parte de las autoridades judiciales, cual es la primacía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en aquellos casos en que, infortunadamente, fueron víctimas de estos delitos de alto impacto, porque ni la familia ni la sociedad ni el Estado, estuvieron allí para protegerlos.

Ello guarda consonancia directa con el mandato 44 de la Carta Política, en virtud del cual se impone una responsabilidad compartida a las autoridades y a la ciudadanía en el deber de protección de nuestros infantes y en la garantía del ejercicio pleno de sus derechos, señalando, expresamente que éstos “(...) prevalecen sobre los derechos de los demás.

De manera que los jueces no pueden ceder respecto a las prohibiciones contenidas en dicho mandato, accediendo a interpretaciones que favorezcan a los procesados, pues es claro que la intención del legislador fue, justamente, impedir que los victimarios sean beneficiados, desconociendo la gravedad de estos delitos y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en condición de víctimas. (...)”¹.

En virtud de todas esas irregularidades presentadas dentro del trámite lo procedente es **DECRETAR LA NULIDAD** de la diligencia de preacuerdo para que, las partes esclarezcan los términos de la negociación y, la Judicatura resuelva única y exclusivamente de conformidad con los planteamientos que allí se indiquen pues emitirse por parte de la Sala un concepto adicional sin tener claridad sobre las bases de la negociación conllevaría a incurrir en imprecisiones y conjeturas como ocurrió en la decisión de primer nivel.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de la diligencia de preacuerdo para que, las partes esclarezcan los términos de la negociación y, la

¹ STC9296-2019 de fecha 16 de julio /2019

Radicado 2024-0340-4
CUI 0525 061 0000 2023 00012
Acusados Manuel Antonio Torres Ramos
Javier Antonio Díaz Hoyos
Delitos Desaparición forzada y otros
Decisión Decreta Nulidad

Judicatura resuelva única y exclusivamente de conformidad con los planteamientos que allí se indiquen.

SEGUNDO: REMITIR la presente actuación al Juzgado de origen para lo de su cargo.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellín - 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: **9881ea9c076dc0959a545cc5729aaddf03e1a52c105ee1c3080bbe265c89b92e**

Documento generado en 14/03/2024 03:11:35 PM

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

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

Medellín, primero (01) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Nº Interno : 2017-1862-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 053686000338201580016
Acusado : Jorge Eliecer Molina Granado
Delito : Acto sexual con menor de 14 años
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha
Acta N° 092

M.P. JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa del acusado JORGE ELIECER MOLINA GRANADO, frente a la sentencia proferida en su contra por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó (Ant.), el 8 de agosto de 2017, a través de la cual se le condenó por la conducta punible de Actos sexuales con menor de 14 años agravado, imponiéndole la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Asimismo, se le absolvió por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se desprende del escrito de acusación que ocurrieron en el año 2014 en la vereda Estrella Nueva localizada en zona rural del municipio de Jericó (Ant.), cuando la señora ISABEL CRISTINA HERNÁNDEZ OSORIO se ausentó de su residencia, dejando al interior de ésta a sus dos hijos menores de 1 año y a P.A.M.H de 7 años. La ausencia de la madre en la casa, fue aprovechada por el señor JORGE ELIECER MOLINA GRANADO –tío de la menor– quien se llevó a P.A.M.H para un potrero donde había un tanque de agua, la tendió en el suelo, se acostó con ella, le exhibió el pene, le tocó los genitales, le tomó fotografías con un celular y la amenazó diciéndole que si llegaba a contar lo ocurrido le podía pasar algo a sus padres.

3. RESUMEN DE LO ACTUADO

En la respectiva audiencia ante el Juez de control de garantías realizada el 19 de abril de 2015, la Fiscalía General de la Nación, a través de su delegado, formuló imputación a JORGE ELIECER MOLINA GRANADO por los delitos de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años art. 208 del CP en concurso con el punible de Actos sexuales con menor de 14 años art. 209 del CP, ambos agravados por el art. 211 num. 2º de la misma normativa, cargos que no fueron aceptados por el enjuiciado.

El 7 de julio de 2015 se efectuó la diligencia de formulación de acusación y el 18 de septiembre siguiente, previo a

la instalación de la audiencia preparatoria, la defensa solicitó la declaratoria de nulidad de lo actuado por considerar que la imputación y la acusación carecerían de una fecha concreta respecto de la ocurrencia de los hechos, solicitud que fue negada por el Despacho de primera instancia y confirmada mediante auto del 11 de marzo de 2016 por el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal.

Así entonces, el 9 de junio de 2016 se llevó a cabo la audiencia preparatoria; y el 19 de septiembre siguiente antes de dar apertura al juicio oral, la Fiscalía presentó ante el Despacho de primera instancia un preacuerdo que había sido suscrito con la defensa, el cual fue improbadado en diligencia del 15 de noviembre de 2016. Posteriormente y después de haber quedado resuelto un impedimento presentado por la Juez de primera instancia, se procedió finalmente a dar inicio al juicio oral, el cual se llevó a cabo en sesiones del 21 de febrero, 24 de mayo y 4 de julio de 2017, última fecha en la que se emitió sentido de fallo de carácter mixto. La lectura de la respectiva providencia tuvo lugar el 8 de agosto de la misma anualidad, decisión que fue recurrida por la defensa, concediéndose la alzada ante este Tribunal, en el efecto suspensivo.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En el proveído que puso fin a la primera instancia, la señora Juez condenó al acusado por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años agravado por el art. 211

num. 2º del CP, al considerar que, de la prueba testimonial practicada, así como de la documental incorporada en el juicio, la Fiscalía logró demostrar más allá de toda duda razonable que el procesado JORGE ELIECER MOLINA GRANADO era responsable penalmente del delito de Actos sexuales con menor de 14 años agravado.

Consideró la *A quo* que, el testimonio de la menor P.A.M.H. resultó claro y coherente, toda vez que ésta relató con precisión el lugar donde ocurrieron los hechos, es decir, que fue en un tanque aledaño al sitio de la residencia que era contigua a la de su abuela; también explicó la víctima los detalles sobre la forma cómo ocurrieron los tocamientos por parte del acusado, quien le bajó los pantalones y le tocó la vagina, resultando enfática en señalar que, los hechos habían ocurrido cuando estaba en segundo de primaria y en su casa de Estrella Nueva cuando su hermano menor dormía. Advirtió la juzgadora, que el argumento propuesto por la defensa en el que indicaba que no había quedado claro el sitio donde ocurrieron los hechos, carecían de fundamento, toda vez que la menor en juicio, reiteró que aquellos ocurrieron en un tanque, sitio del que dio también cuenta la madre de la víctima, la asistente social e incluso la misma testigo de la defensa.

Reiteró la *A quo* que los hechos narrados por la víctima resultaron coherentes, concisos y alejados de cualquier tipo de imaginación, pues a ésta no le asistía ningún tipo de animadversión con el procesado, quien además era su tío, y si bien la teoría de la defensa pretendió demostrar que entre los padres de P.A.H.M y el procesado existían problemas, no entendió

por qué la defensa renunció a la mayoría de los testigos para acreditar ese supuesto hecho. Adicionalmente, advirtió la sentenciadora que además del testimonio de la menor, se contaba con la versión de la madre de la víctima quien dio cuenta que encontró unas fotografías en su celular de donde se podía extraer la presencia de su hija y la de un hombre, de quien después se enteró se trataba de JORGE ELIECER; además se contó con la manifestación de la psicóloga quien explicó que lo dicho por la menor resultaba coherente para su edad.

Explicó la falladora que en el presente caso, se contaba con medios probatorios para proferir una sentencia condenatoria en contra del procesado por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años agravado por el art. 211 num. 2º del CP, toda vez que fue probada la cercanía del procesado con la víctima y con el padre de ésta, ya que eran hermanos de crianza; por lo tanto, no se trataba de un agresor ajeno a la menor, ya que había una proximidad y una relación de autoridad que le permitía influir con mayor facilidad en P.A., toda vez que ésta concebía al procesado como su tío, quien era una persona allegada a su núcleo familiar y tenía acceso a la vivienda donde la niña vivía con sus progenitores.

De igual manera, refirió la sentenciadora que tampoco existía discusión con relación a que los hechos ocurrieron en diciembre de 2014, pues no se le podía exigir a la menor, dado su corta edad, una fecha precisa de ocurrencia de los hechos, además la psicóloga explicó que era difícil que P.A.M.H. se ubicara en tiempos precisos. Adicionalmente, también aclaró que no resulta viable la nulidad impetrada por la defensa quien

alegó indeterminación de los hechos por no haberse precisado el tiempo de ocurrencia de los hechos, toda vez que el Tribunal Superior de Antioquia, ya se había pronunciado acerca de esa situación, sin que se pudiera habilitar un nuevo escenario para promover la misma discusión.

Así entonces, concluyó la Juez de primera instancia que, en el caso concreto, existía certeza más allá de toda duda razonable acerca de la existencia del hecho y la responsabilidad penal del procesado respecto del delito Actos sexuales con menor de 14 años agravado; pero en cambio, no había sido probado el punible de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y, por ende, frente a este último debía emitir un fallo de carácter absolutorio. Por lo tanto, al momento de dosificar la pena se ubicó en el extremo mínimo del primer cuarto del delito consagrado en el art. 209 del CP atendiendo a la circunstancia de agravación punitiva del art. 211 num. 2º del CP. Por último, negó la concesión de subrogados o mecanismos sustitutos por expresa prohibición legal.

5. FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

La defensa dentro del término legal establecido procedió a interponer y a sustentar por escrito el recurso de apelación, manifestando su desacuerdo con la sentencia condenatoria de primera instancia. Al respecto, explicó:

- La Juez de primera instancia no tuvo en cuenta las versiones rendidas por la menor en escenarios previos

a la audiencia. El testimonio de la niña fue puesto en duda por la psicóloga de la Comisaría de Familia. No se entiende como la menor le dijo a la psicóloga que los hechos ocurrieron en un tanque de agua y en juicio dijo que era un tanque de café, refiriendo ubicaciones diferentes.

- Lo dicho por la psicóloga da cuenta que la menor tiene capacidad para crear situaciones y sostenerlas en el tiempo, pues incluso mintió acerca de la fecha de su cumpleaños.

- El relato de la menor fue el reflejo de lo que dijo la madre de aquella, pues la misma psicóloga afirmó que era consistente con la versión de la progenitora.

- Pierde credibilidad el testimonio de la menor con relación a la versión de las presuntas fotos que le había tomado su tío; porque, por una parte, estas no se introdujeron en el juicio; y por otra, porque al señor MOLINA no le resultaba sencillo manipular un teléfono, dado que es analfabeta y de origen campesino. Además, la madre le había dicho a la psicóloga que ponía en duda sobre quién había tomado las fotos.

- Las condiciones de tiempo y lugar fueron imprecisas y no le permitió a la defensa armar una correcta estrategia defensiva. El escrito de acusación solo indicó que aquellos ocurrieron en el año 2014, además las versiones en juicio no fueron claras respecto de cuándo realmente sucedieron los hechos. Por lo tanto, no se puede condenar por una situación sobre la que no hubo una delimitación temporal. Además, a ello

también se le suma la imprecisión sobre el lugar de ocurrencia de los hechos.

- El agravante por el cual fue condenado su defendido tiene que ver con la posición de autoridad, y no con el hecho de que su representado fuera hermano de crianza del padre de la menor, más aún porque si los hechos presuntamente ocurrieron en diciembre de 2014, ese tiempo era insuficiente para predicarse que la víctima depositara su confianza en el señor MOLINA.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia de primera instancia o subsidiariamente se elimine la circunstancia de agravación punitiva.

6. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Surtido el traslado a los no recurrentes ninguno de ellos se pronunció al respecto.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Desde esta perspectiva, deberá la Sala establecer si en la sentencia que se revisa, se incurrió en una equivocada apreciación probatoria que hubiese determinado injustificadamente la condena del señor JORGE ELIECER MOLINA GRANADO frente al delito de Actos sexuales con menor de 14 años; así como en una indebida imposición de la circunstancia de agravación punitiva de que trata el art. 211 num.2º del CP.

Su posición nos lleva a incursionar, en primer lugar, en el análisis del acervo probatorio que sirvió de fundamento a la Juez primaria para condenar al acusado, con miras a determinar si el mismo, en términos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, permite, o no, llegar al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre su responsabilidad de cara al injusto contra la libertad, integridad y formación sexual que se le atribuye.

Es importante destacar que en casos como el que concita nuestra atención, la prueba de cargo resulta ser por lo general, el testimonio único de la víctima, y es por ello por lo que su dicho debe ser cotejado con las demás pruebas que pudieron ser recaudadas durante el proceso, para establecer su grado de credibilidad; así se ha dicho:

El testimonio de la víctima es fundamental, ya que en no pocos delitos se trata de la persona que más cerca ha estado del criminal, siendo en ocasiones además el único testigo. Lo habitual es que la palabra de la víctima resulte creída, **salvo que resulte incongruente con el resto de las pruebas**, presente anomalías psíquicas, carácter fabulador o se constate un previo ánimo de venganza o una enemistad manifiesta¹ (Resalta la Sala).

¹ Pastor Alcoy, Francisco (2003) Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 89.

Para empezar, resulta importante señalar, toda vez que ello no fue motivo de debate, dado que fue estipulado, que para el año 2014 la menor P.A.M.H. contaba con 7 años de edad. Asimismo, tampoco se controvertió que entre diciembre de 2014 y finales de febrero de 2015 la familia MOLINA HERNÁNDEZ vivió en la vereda Estrella Nueva localizada en el municipio de Jericó (Ant.), habitando una casa que le pertenecía a la abuela paterna –quien fue madre de crianza del padre de la víctima–; y asimismo que esta vivienda –tal y como la víctima; la madre de ésta, ISABEL CRISTINA HERNÁNDEZ OSORIO; el comisario de familia, RICARDO RUÍZ PALACIO; la trabajadora social ANA MARÍA FLÓREZ GÓMEZ, y la testigo de la defensa, la señora RUTH ESTELA MOLINA lo confirmaron– se encontraba ubicada a una cuadra de la casa de la abuela, quien convivía allí con el procesado, el señor JORGE ELIECER MOLINA GRANADO.

En el juicio se contó con la versión de la menor P.A.M.H. quien relató de manera clara, concisa y coherente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, aunque no indicó una fecha precisa respecto de cuándo sucedieron, manifestó, que aquellos se presentaron cuando ella estaba en segundo de primaria –y a juicio acudió dos años después, cuando se hallaba en cuarto grado de escolaridad–. Explicó P.A. que un día cuando se hallaba en la casa únicamente con su hermano S., quien se encontraba dormido, salió a tomarse unas fotos con el celular de la mamá, y en ese instante llegó su tío –de quien dijo se llamaba JORGE– la tomó de las manos y la llevó para el tanque que se encontraba cerca de su casa, allí le bajó los pantalones, le mostró el pene y le tocó la vagina, y pese a que la

niña le insistía para que no lo hiciera, según relata ésta, más la tocaba, cogiéndola a las malas y expresándole que no fuera a decir nada porque le podía pasar algo a ella o a su madre – ISABEL CRISTINA–; amenaza que según advirtió P.A. la motivó a guardar silencio hasta que su madre la descubrió y la interrogó sugiriéndole diferentes nombres, hasta que le mencionó el de JORGE, contestando que había sido éste. Adicionalmente, manifestó que cuando comenzaron las clases enteró a su profesora sobre lo que le había ocurrido, y ésta a su vez le informó al rector quien le recomendó a su madre que debía “demandar”.

Por otra parte, también se contó con la declaración de la madre de la menor, la señora ISABEL CRISTINA HERNÁNDEZ OSORIO, quien fue enfática al explicar que llegó a vivir junto con su familia –compuesta por su cónyuge y sus tres hijos, entre ellos la menor P.A.M.H.–, a la vereda Estrella Nueva del municipio de Jericó (Ant.) el 16 de diciembre de 2014, a una casa que pertenecía a la madre de crianza de su esposo –quien a su vez también vivía a una cuadra de allí– y estuvieron hasta finales de febrero de 2015, cuando se vieron obligados a marcharse de ese sitio por las amenazas recibidas por el procesado y un hermano de éste, en virtud de la denuncia que había interpuesto en contra de aquel.

Resultó contundente ISABEL CRISTINA en afirmar que, se enteró de lo ocurrido entre su hija y el acusado, días después del suceso, cuando encontró en su celular unas fotos en las que solo se veía a la menor de la cintura para abajo, con la ropa interior hasta las rodillas, se observaban sus partes íntimas y la mano de un hombre que la tocaba; motivo por el cual,

y para descubrir quién había sido el agresor interrogó a su hija exponiéndole diferentes nombres, hasta que finalmente P.A. le manifestó que se trataba de JORGE.

Por otra parte, advirtió la madre de la menor que deduce que los hechos ocurrieron finalizando el mes de diciembre de 2014, toda vez que ellos llegaron a vivir a la casa de su suegra el día 16 de ese mes; sin embargo, reiteró que no se enteró de lo ocurrido el mismo día, sino después –en el mes de enero de 2015– cuando descubrió las fotografías e interrogó a su hija. Corroboró adicionalmente, que el tanque de agua estaba ubicado cerca de su domicilio e igualmente explicó que la denuncia la interpuso por sugerencia del rector del colegio en el que estudiaba la niña, porque ésta le había contado lo ocurrido a una profesora.

De lo anterior se desprende entonces, que, aunque el recurrente ha sido insistente en advertir, que en el caso concreto no se cuenta con una fecha precisa de ocurrencia de los hechos, dígase desde ya, que para esta Sala no existe ningún tipo de inconsistencia con relación al momento en qué se produjo el suceso, ni tampoco se vulneró el derecho de la defensa, porque el relato que rindiera en juicio la menor se compadece con el contenido del escrito de acusación y guarda relación con la anualidad en que éstos ocurrieron; por lo tanto, en ningún momento se sorprendió en juicio al apoderado del procesado, como lo pretende hacer creer. Veamos.

Se tiene que la madre de P.A.H.M. fue reiterativa en advertir que su familia llegó al domicilio en el que ocurrieron los hechos, el 16 de diciembre de 2014, se enteró de lo ocurrido en

enero de 2015 cuando descubrió las fotografías, y la denuncia tal y como lo confirmó el investigador de policía judicial, ANUAR DÍAZ VILLADIEGO, fue interpuesta el 31 de enero de 2015. Asimismo, las visitas por parte de la Comisaria de Familia fueron recibidas el 9 de febrero siguiente, tal y como lo explicaron diferentes integrantes de la entidad en la audiencia pública. Asimismo, del testimonio de la menor y de su progenitora, se desprende que la víctima no le contó de inmediato a su madre lo ocurrido, sino solo hasta que aquella descubrió las fotografías; e igualmente la mamá tampoco denunció al instante, sino a partir del requerimiento hecho por el rector del Colegio y finalizando el mes de enero. Adicionalmente la menor en ningún momento manifestó que le había contado a la profesora al siguiente día de ocurrencia de los hechos, sino al “otro día en que hubo clase”, lo que concuerda directamente con la fecha en la que se presentó la denuncia e inicio del año escolar, se itera, 31 de enero de 2015.

Por tal motivo, no existe duda que el espacio temporal objeto de este proceso, acoge el período de la segunda quincena de diciembre de 2014, sin que para esta Sala sea necesario, tal y como lo pretende el recurrente, que se definan fechas exactas de la comisión de la conducta punible endilgada, sobre todo porque los períodos temporales precisos no constituyen hechos jurídicamente relevantes, solo basta con una delimitación temporal, la cual se puede inferir con suficiencia a partir de los testimonios de la menor y de la madre de la víctima.

Ahora bien, tampoco encuentra esta Colegiatura, como lo advierte el recurrente, disonancia alguna con relación al lugar de ocurrencia de los hechos, toda vez que la menor fue

categorica en explicar en la audiencia pública que, cuando se encontraba en su casa, salió a tomarse unas fotos, y estando allí, llegó su tío –JORGE– a “echar el agua”, la llevó hasta el tanque que quedaba junto a su casa y allí le provocó los tocamientos y le exhibió el pene. Sobre la existencia del mencionado tanque, además de la víctima, también dieron cuenta la madre de ésta, la trabajadora social, ANA MARÍA FLÓREZ GÓMEZ e incluso la testigo de la defensa, la señora RUTH ESTELA MOLINA. Y aunque el apelante indica que hay contradicción entre la versión de madre e hija porque aquella indicó que se trataba de un tanque de “agua” y la niña explicó que era un tanque para “moler café”, la destinación que se le diera a este objeto resulta intrascendente; más aún porque como se acaba de indicar, los mencionados testigos dieron cuenta de la existencia de ese elemento que se encontraba aledaño a la vivienda.

Así las cosas, para esta Magistratura, en el caso concreto y contrario a los planteamientos del recurrente, no existe duda acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en qué ocurrieron los hechos.

Por otra parte, considera el impugnante que no se le debe dar crédito a las fotografías de las que hablaron madre e hija, dado que éstas nunca se incorporaron en el juicio. Sin embargo, para esta Magistratura, si bien le asiste razón al recurrente en cuanto advierte que las fotos a las que tanto se hizo alusión no se introdujeron al proceso, eso no significa que no hubiesen existido, o que resulte especulativa su existencia, dado que se cuenta con una testigo directa que las pudo observar, afirmando que vio como en estas imágenes la menor tenía su ropa

interior en la rodilla y se observaba la mano de un sujeto tocando a su niña, hombre que si bien no identificó; de acuerdo con la versión de la menor quien también dio cuenta de la existencia de las fotos, aquella persona era su tío JORGE. Y aunque la psicóloga, DIANA CAROLINA HENAO, indicó en su informe que le resultaba confuso saber quién tomó las fotos, ello para nada desacredita la versión de la menor, quien de forma contundente y reiterativa señaló en juicio a MOLINA GRANADO como su agresor sexual.

Ahora bien, contrario al argumento planteado por el impugnante, lo que no puede esta Magistratura es validar lo que la menor les dijera a otras personas por fuera del juicio respecto de los detalles del abuso, en tanto ello constituiría prueba de referencia inadmisibles, además porque esas declaraciones previas no fueron empleadas durante el testimonio de la niña para impugnar su credibilidad o para refrescar memoria (sobre esta cuestión en un asunto similar, véase CJS SP086-2023, rad. 53097 del 15-03-2023). Por lo tanto, a lo sumo lo único que se puede confrontar es la revelación general –no su contenido– que P.A.M.H le hiciera a la psicóloga de la Comisaria de Familia y a su progenitora, sobre el hecho de señalarle a ellas, que su agresor sexual aquel día que la llevaron hasta el tanque y le tocaron sus genitales había sido el señor JORGE ELIECER MOLINA GRANADO.

Aunque en el *sub judice*, considera el apelante que la versión de la menor se puede desacreditar a través de la valoración psicológica, incorporada al proceso a través de la psicóloga DIANA CAROLINA HENAO PÉREZ, quien tomó la entrevista de la menor, elaboró y suscribió el informe, mal haría

esta Colegiatura en asumir, como lo pretende el impugnante, la literalidad de este documento, sin atender a la explicación que la mencionada profesional brindara en audiencia del juicio oral respecto de las conclusiones a las que llegó; las cuales fueron tergiversadas malintencionadamente por la defensa para intentar soportar su teoría del caso.

Si bien es cierto, en el documento de la valoración psicológica quedaron plasmadas diferentes apreciaciones de la psicóloga respecto de lo observado en la entrevista de la menor, se tiene que en juicio esta profesional explicó con suficiencia algunas de las conclusiones consignadas en el informe. Es así como indicó que, si bien la niña no precisó una fecha precisa de ocurrencia de los hechos o incluso de su cumpleaños, esa falta de ubicación en el tiempo obedecía a un asunto propio de las niñas de su edad. Asimismo, manifestó que cuando hizo alusión a que “se deja entrever su capacidad de crear situaciones sean estas motivadas o no, que perduran y generan ganancias para sus fines; es decir, logra lo propuesto” (fl. 205 del cuaderno principal), ello se debía interpretar como una apreciación que contenía muchos asuntos y que no solo se restringía a la capacidad de manipular situaciones, sino también a la capacidad de la menor o más bien a lo que ésta esperaba recibir de las personas que tiene a su alrededor.

Por otra parte, también reveló la psicóloga que, durante la entrevista la menor fue reiterativa en preguntarle si había conocido sobre la existencia de unas fotos que se encontraban en el celular de la mamá –sin saber DIANA CAROLINA de qué se trataba–, y que si bien la testigo no pudo establecer quién las tomó, sí lograba concluir que la insistencia de

la menor sobre el conocimiento que ella –la psicóloga– pudiera tener sobre esas imágenes, era la forma como la niña pretendía sustentar una evidencia acerca de lo que le estaba narrando en ese momento. Adicionalmente, aclaró que cuando refirió en el informe que el discurso de la menor guardaba consistencia con los dichos de la madre, se estaba refiriendo era a que ambos discursos –porque posteriormente se entrevistó con ISABEL CRISTINA– coincidían, sin que se pudiera vislumbrar que la menor hubiese estado influenciada o manipulada por la progenitora.

De igual manera, también explicó la psicóloga que de la entrevista que tuvo con la madre de la menor y con la profesora de ésta, se desprendió que a partir del suceso objeto de esta investigación, P.A.M.H. se mostraba triste, angustiada y su rendimiento escolar había disminuido, lo que le permitió concluir que el estado emocional, comportamental y académico de la menor podía estar relacionado con el presunto abuso sexual; aclarando la profesional de la psicología, que cuando empleó el término “puede” ello no demeritaba la existencia del hecho o le restaba credibilidad a la versión de la menor. Y es que, frente a esto último, si bien la defensa pretendió poner en tela de juicio que la psicóloga utilizara la palabra “puede”, no hay que olvidar que la determinación acerca de la existencia del abuso sexual, no es función de la psicóloga, pues quien define si existió o no el hecho, es el Juez con fundamento en el análisis de la valoración probatoria en conjunto.

Por lo tanto, si bien el recurrente pretendía que la valoración psicológica hecha a la menor fuera interpretada por esta Sala de forma fragmentada y amañada, lo anterior da cuenta

que en efecto lo que HENANO PÉREZ concluyó es que en la menor se observaban signos relacionados con un **posible** abuso sexual.

Así las cosas, la versión que rindiera P.A.M.H. resulta clara y contundente respecto de la ocurrencia de los hechos y del señalamiento que hiciera de su tío JORGE ELIECER MOLINA GRANADO como autor responsable de éstos; sin que se entienda que aquellos fueran una coartada planeada por ISABEL CRISTINA HERNÁNDEZ OSORIO, madre de la menor, para atacar al procesado por problemas entre ellos.

Se trae esto último a colación, porque la testigo que llevó la defensa a juicio, RUTH ESTELA MOLINA –sobrina del procesado–, si bien intentó hacer creer sobre la existencia de un presunto conflicto familiar, entre ISABEL CRISTINA y la familia del procesado, lo cierto es que esta testigo solo refirió que “creía que ISABEL CRISTINA no quería mucho a su abuela y a su tío”, y que en una ocasión ISABEL golpeó a su abuela; sin embargo, por una parte, este hecho nada tiene que ver con este proceso; y por otra, la declarante tampoco refirió ningún problema específico o de enemistad de la progenitora de la menor con MOLINA GRANADO.

Es así que se puede concluir, como la veracidad de los señalamientos de la víctima surgen de la exposición que de los hechos hiciera en la audiencia pública del juicio oral, narrando de manera creíble y con la coherencia propia de las niñas de su edad, las circunstancias que rodearon los hechos.

En ese orden, mal podría decirse entonces que el señalamiento directo de la víctima es insular en el ámbito de la prueba de cargo, pues además de la claridad y coherencia que exhibe en su relato, tal y como señaló la *A quo*, se convalida incluso con las demás pruebas que analizadas en su conjunto dan cuenta de la existencia de los hechos y de la responsabilidad penal de JORGE ELIECER MOLINA GRANADO.

El examen del testimonio de la menor, así vertido, de conformidad con las reglas que rigen la apreciación del testimonio en particular y en conjunto con los demás medios de prueba (arts. 380 y 404 del C. de P. Penal), es decir, conforme a los postulados de la sana crítica, llevan a la Sala a reconocerle eficacia en la formación del conocimiento necesario para condenar, en términos de los arts. 7º y 381 del C. de P. Penal.

En este orden de ideas, existe entonces prueba testimonial directa e indirecta en contra del procesado, como se puso de manifiesto en acápites anteriores.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-554/03, en relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en este tipo de delitos adujo:

Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los

cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo 'normal' el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de 'derecho' sobre el cuerpo del menor. (Subraya la Sala).

Lo anterior se complementa con lo ya dicho en varias oportunidades por la H. Corte Suprema de Justicia (Cfr. entre otras CSJ SP16841-2014 rad. 44602; CSJSP 2746-2019 rad. 51258), es decir, que el testimonio único de quien presencié directamente el hecho no puede dejar de desconocerse, pues la veracidad no depende de la cantidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, características que en este caso se vislumbran en la menor P.A.M.H.

Para finalizar, solicitó el apelante que en caso de confirmar la sentencia de primera instancia se eliminara la circunstancia de agravación punitiva de que trata el art. 211 num. 2º, al considerar que no quedó demostrado que el procesado ejerciera autoridad sobre la víctima que generara confianza en éste.

Tal y como lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia (entre otras, CSJ SP 323-2023, rad. 52513 del 09-08-2023; CSJ SP 1139-2022, rad. 57100 del 06-04-2022; CSJ SP 3141-2020, rad. 54108 del 19-08-2020) esta agravante se genera cuando existe una posición del sujeto activo que ha generado confianza en la víctima.

En el presente caso, no existe duda de ello, porque desde el escrito de acusación quedó fundamentado fácticamente y así también fue sustentado en la sentencia de primera instancia, que la menor se refería a JORGE ELIECER como su tío, y su entorno familiar relacionaba a éste como el hermano de crianza del padre de la víctima, aspecto que efectivamente con independencia del tiempo en que llevara la familia MOLINA HERNÁNDEZ en el lugar donde ocurrieron los hechos, denota una posición de autoridad frente a una menor que apenas tenía 7 años e identificaba al procesado como su tío, el cual a su vez, como lo advirtiera la *A quo*, tenía acceso a la propiedad donde residía P.A.M.H., ya que como lo explicó ésta en juicio, cuando se produjeron los tocamientos, aquel había llegado a “echar el agua”, de donde se desprende que este sujeto transitaba libremente por la propiedad, la cual además estaba ubicada a solo una cuadra de donde éste vivía con su madre y abuela de la víctima.

Por lo tanto, no le asiste razón al impugnante, cuando advierte que en el presente caso la Fiscalía no demostró la existencia de la circunstancia de agravación punitiva.

Así las cosas y por haberse llegado al convencimiento, más allá de toda duda razonable, artículo 381 Código de Procedimiento Penal, acerca de la existencia del ilícito investigado, al igual que sobre la responsabilidad frente al mismo por parte del acusado JORGE ELIECER MOLINA GRANADO, es por lo que se confirmará la sentencia objeto de apelación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, en Sala de Decisión Penal,**

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó (Ant.) el 8 de agosto de 2017, a través de la cual, se condenó a JORGE ELIECER MOLINA GRANADO por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años agravado, de conformidad con las consideraciones insertas en el cuerpo de la presente decisión.

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

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

Nº Interno : 2017-1862-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 053686000338201580016
Acusado : Jorge Eliecer Molina Granado
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **9bad498862a0fe5720049126b662acd0227efafbabdaf50d75286eed769289ce**

Documento generado en 04/03/2024 02:47:14 p. m.

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