

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 056

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
2024-0606-1	Auto tutela	Davinson Estiven Osorio Naranjo	Juzgado Tercero Ejecucion de Penas y Medidas de Antioquia	Ordena traslado a otro despacho	Abril 04 de 2024
2020-0457-4	Auto ley 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Arma de Fuego	Jaime Enrique Beltran y otro	Declara desierto	Abril 04 de 2024
2024-0399-4	sentencia 2° Instancia	Secuestro extorsivo	Carlos Mario Isaza Mesa	Confirma sentencia de 1° Instancia	Marzo 18 de 2024
2024-0419-4	sentencia 2° Instancia	Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogeneo y sucesivo	Ruben Dario Marin Franco	Revoca parcialmente	Marzo 19 de 2024
2024-0456-3	Tutela 2° instancia	Carlos Acosta Rojas	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.	Modifica	Abril 03 de 2024
2024-0469-3	Tutela 2° instancia	Rosalba Mendez de Charry	Nueva EPS	Adiciona	Abril 03 de 2024
2024-0510-3	Tutela 2° instancia	Nidia Maria Saucedo Peña	Nueva EPS	Confirma	Abril 03 de 2024
2024-0501-4	sentencia 2° Instancia	Homicidio preterintencional	Luis Enrique Caro Graciano	Confirma sentencia	Marzo 19 de 2024
2024-0547-3	Tutela 1° instancia	Johnatan Matia Caballero	Juzgado 1° de E.P.M.S. de Apartadó Antioquia	Concede parcialmente	Abril 03 de 2024
2024-0566-3	Consulta a desacato	Nancy YAiny Perez Almeida	Savia Salud EPS	Confirma sancion impuesta	Abril 03 de 2024
2023-1865-6	auto ley 906	Cohecho por dar u ofrecer	Daniela Florez Jaramillo	Concede casacion	Abril 04 de 2024
2024-0394-1	auto tutela	Yorman Yair Pertuz Mena	Juzgado 1° de E.P.M.S. de Apartadó Antioquia y o	Concede casacion	Abril 03 de 2024

2024-0431-1	auto tutela	Adan Machado Hurtado	Juzgado 1° de E.P.M.S. de Apartadó Antioquia y o	Concede casacion	Abril 03 de 2024
2024-0205-2	Auto ley 906	Acto sexuales con menor de catorce años agravado	Carlos Andres Garces Teheran	Revoca / Confirma	Marzo 20 de 2024
2023-2115-5	sentencia 2° Instancia	Feminicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego	Walter Holguin Caicedo	Confirma, revoca parcialmente y modifica	Abril 04 de 2024
2024-0395-5	sentencia 2° Instancia	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	Jefferson David Hernandez Eusse	Confirma	Abril 04 de 2024
2024-0042-5	sentencia 2° Instancia	Actos sexuales con menor de 14 años agravado	William de Jesus Quintana	Confirma	Abril 04 de 2024
2024-0536-5	sentencia 2° Instancia	Hurto calificado y agravado tentado	Jhon Alexander Ramos Jimenez y otros	Modifica y confirma	Abril 04 de 2024
2024-0490-5	sentencia 2° Instancia	Hurto Calificado y Agravado tentado	Juan Carlos Ortiz Cardona y Otro	Confirma	Abril 04 de 2024

FIJADO, HOY 05 DE ABRIL 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, cuatro (04) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado: 05000-22-04-000-2024-00198 (2024 –0606– 1)
Accionante: DAVINSON ESTIVEN OSORIO NARANJO

El señor DAVINSON ESTIVEN OSORIO NARANJO instauró la presente acción de tutela contra del JUZGADO TERCERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, en procura de la protección de su derecho constitucional, la cual fue enviada por parte de la secretaria, mediante el correo electrónico a las 3:27 pm, para lo cual se procedió a emitir auto avocando la acción de tutela y pasándola a la secretaria para el trámite pertinente, sin embargo, posteriormente se pudo comprobar que existió un error involuntario en el envío de dicha tutela por parte de la persona encargada de la distribución de las acciones de tutela, ya que dicha tutela por reparto le había correspondido a la Dra. Nancy Ávila de Miranda y sin embargo, fue enviada a este Despacho para el trámite, sin que la auxiliar judicial de este Despacho se percatara de que la acción de tutela no correspondía al suscrito.

Debido a lo anterior, se procedió a verificar con la persona encargada del reparto que la misma ya había sido notificada y acusado su recibido, por lo que, solo queda dejar sin efectos el auto que avoca

tutela emitido el 03 de abril de 2024 y ordenar dar el respectivo traslado de manera inmediata al Despacho de la Magistrada Dra. Nancy Ávila de Miranda.

Por secretaría, comuníquese lo resuelto a las partes y remítase de forma inmediata a donde está ordenado.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

El suscrito Magistrado Ponente¹

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

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

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

Código de verificación: **50c997e7aec589df530cbace842aed2de2a546e1a245ffa2d9f76930ffcd39a9**

Documento generado en 04/04/2024 10:57:48 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, cuatro (04) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Nº Interno : 2020-0457-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI : 0504560003602019-80007
Acusado : Jaime Enrique Beitar Beltrán
Andrés Felipe Córdoba Calvo
Delito : Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia
de Arma de Fuego
Decisión : Declara desierto

En Sala de Decisión Penal, presidida por el Magistrado en Descongestión Hender Augusto Andrade Becerra del Honorable Tribunal de Medellín, se profirió sentencia de segundo grado, calendada el día 07 de diciembre de 2023 en la cual se resolvió, CONFIRMAR el fallo de naturaleza y origen relacionados en la parte motiva, por el cual el señor Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Apartadó condenó a los señores Jaime Enrique Beitar Beltrán y Andrés Felipe Córdoba Calvo como coautores del delito de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones.

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

Nº Interno : 2020-0457-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI : 0504560003602019-80007
Acusado : Jaime Enrique Beitar Beltrán
Andrés Felipe Córdoba Calvo
Delito : Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia
de Arma de Fuego
Decisión : Declara desierto

defensa interpuso recurso extraordinario de casación frente a la decisión emitida dentro del proceso antes referido.

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 01 de abril de 2024, sin que se allegara la respectiva sustentación. Por el contrario, dentro de dicho lapso de tiempo se recibió comunicado suscrito por el Dr. Augusto Francisco Sánchez Cámara, abogado adscrito a la Unidad de Casación, Revisión y Extradición de la Defensoría del Pueblo, a través del cual indica: *“estudiada la actuación allegada de manera virtual, oportunamente rendí el concepto correspondiente, ante mi Superior jerárquico de la Defensoría Pública, con copia digital para la parte interesada, en el sentido de no sustentar en esta oportunidad el recurso extraordinario interpuesto, toda vez que no se encontró el error judicial...”*

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,**

Nº Interno : 2020-0457-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI : 0504560003602019-80007
Acusado : Jaime Enrique Beitar Beltrán
Andrés Felipe Córdoba Calvo
Delito : Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia
de Arma de Fuego
Decisión : Declara desierto

RESUELVE.

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa de los señores Jaime Enrique Beitar Beltrán y Andrés Felipe Córdoba Calvo, 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 **0504560003602019-80007**.

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

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

Medellín, dieciocho (18) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª
instancia
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo
Decisión : Confirma sentencia.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 108

M.P. JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa del procesado, señor CARLOS MARIO ISAZA MESA, frente a la sentencia proferida el 6 de febrero de 2024 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y a través de la cual se le declaró penalmente responsable en calidad de cómplice por la comisión de la conducta punible de Secuestro extorsivo y se le condenó a la pena de ciento sesenta (160) meses de prisión y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1334) SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, en virtud del preacuerdo logrado entre la Fiscalía y la defensa del procesado.

Nº Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

Se le denegó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, decisión en concreto que fue objeto del recurso de alzada.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se desprende del escrito de acusación que ocurrieron el 24 de agosto de 2021 sobre las 6:30 horas aproximadamente, cuando el señor CARLOS MARIO ISAZA MESA conductor de la camioneta de placas DER971, acudió en compañía de otros dos sujetos al domicilio de los señores JULIÁN ANTONIO SALCEDO y la señora LISET BALDOVINIO PÉREZ. Una vez allí, los hombres que acompañaban a ISAZA MESA intimidaron a las víctimas presentándose como integrantes del Clan del Golfo, CARLOS MARIO –quien siempre se mostró distante de sus acompañantes– procedió a trasladar a los esposos SALCEDO BALDOVINO hasta el municipio de Zaragoza en el sector conocido como Escarralao, y cuando arribaron al sitio dejó a JULIAN ANTONIO en custodia de las otras dos personas, quienes le exigieron a la cónyuge de éste, pagar la suma 200 millones pesos por la liberación de su pareja. LISET se regresó en el vehículo con CARLOS MARIO para intentar reunir la suma exigida, sugiriéndole éste acudir ante un prestamista para obtener el dinero a través de una hipoteca.

El día 25 de agosto, ISAZA MESA hizo presencia nuevamente en el domicilio de la víctima, en compañía de otros 4 sujetos más, -ubicándose CARLOS MARIO a cierta distancia

Nº Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

de éstos-, sin embargo, la señora BALDOVINO aún no había reunido el dinero. Al 27 siguiente, fue encontrado sin vida el cuerpo del señor JULIÁN ANTONIO SALCEDO, envuelto en una bolsa negra y con impactos de arma de fuego.

RESUMEN DE LO ACTUADO

Ante el Juez de control de garantías el 3 de enero de 2022, se imputó al procesado el delito Secuestro extorsivo art. 169 del C.P. en calidad de cómplice, sin que se allanara a los cargos.

Posteriormente, el 8 de agosto de 2023 y previo a la instalación de la audiencia de acusación, las partes manifestaron que se hallaban en negociaciones para lograr un posible preacuerdo; por tal motivo, en diligencia del 29 de septiembre siguiente se presentó la negociación que consistió en otorgar un beneficio únicamente relacionado con la tasación de la pena, toda vez que a ISAZA MESA se le imputó y acusó desde el principio como cómplice; así entonces se fijó una sanción ciento sesenta (160) meses de prisión y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1334) SMLMV. Por tal motivo, el 13 de diciembre de 2023 se llevó a cabo la audiencia de verificación de preacuerdo y se corrió traslado del art. 447 del CPP, diligencia esta última que finalizó el 6 de febrero de 2024, fecha en la que también tuvo lugar la lectura de la respectiva sentencia.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

N° Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

En virtud del preacuerdo celebrado entre el procesado asesorado por su defensor y la Fiscalía, la Juez de primera instancia emitió sentencia condenatoria en contra de CARLOS MARIO ISAZA MESA en calidad de cómplice por el delito de Secuestro extorsivo en los términos pactados en la negociación.

Consideró la *A quo* que en el presente caso el acusado aceptó cargos de forma libre, voluntaria, espontánea, y estuvo debidamente asesorado por su defensor. Asimismo, advirtió que de los elementos materiales probatorios aportados por el ente Fiscal se desprendía certeza más allá de toda duda razonable sobre la materialidad de la conducta y de la responsabilidad del procesado en el delito endilgado.

En cuanto a los subrogados y sustitutos penales explicó la falladora que, en el presente caso por expresa prohibición legal el sentenciado no podía ser acreedor ni del sustituto de la prisión domiciliaria, ni tampoco del subrogado de la suspensión condicional de la pena. Adicionalmente, advirtió después de hacer un recuento de los elementos materiales probatorios presentados por la defensa, que había logrado concluir que el señor CARLOS MARIO ISAZA MESA no demostró su condición de padre cabeza de familia, pues de las evidencias se desprendía que el procesado contaba con un hijo mayor de edad quien podría velar por su hermano menor, asimismo esa protección también podía estar a cargo de la señora LILIAN PIEDAD PULGARIN OQUENDO quien formaba parte del núcleo familiar del procesado y aunque no tuviera obligación legal para cuidar al menor, desde pequeño había convivido con éste. De igual manera,

Nº Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

refirió que el infante contaba con su abuela paterna quien también podría velar por el bienestar de éste.

Por último, aclaró que por expresa prohibición legal del art. 1º de la Ley 750 de 2002 no resultaba posible conceder la prisión domiciliaria cuando se trataba del delito de secuestro.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

La defensa del procesado interpuso el recurso de apelación y lo sustentó por escrito, manifestando su desacuerdo respecto de la negación de la concesión de la prisión domiciliaria. Frente a esto argumentó lo siguiente:

- De la declaración extra proceso de la señora SONNIA GLADYS GÓMEZ VALENCIA y del informe de visita domiciliaria, se desprende que en el presente caso, existe ausencia total y definitiva de la madre del menor M.I.M. Asimismo, del informe presentado por la psicóloga también se lograba concluir que no existían otros integrantes del núcleo familiar del padre del niño, que pudieran hacerse cargo de éste, dado que el progenitor del procesado había fallecido y la madre era una persona de la tercera edad.

- En cuanto a la prohibición contenida en la Ley 750 de 2002, ésta no puede aplicarse porque iría en contravía del interés superior del niño.

N° Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

Por lo tanto, solicita se revoque parcialmente la decisión de primera instancia y se otorgue a su defendido la prisión domiciliaria dada su condición de padre cabeza de familia.

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Surtido el traslado a los no recurrentes, el Ministerio Público dentro del término legal establecido, se pronunció en contravía de los argumentos presentados por el deponente. Al respecto, explicó lo siguiente:

- Es cierto que la Constitución Política brinda protección especial a los menores de edad; sin embargo, en el presente caso existe prohibición legal de conceder beneficios a aquellas personas que han cometido delitos considerados de suma gravedad, como en el presente caso, por tratarse de un delito de secuestro.
- Es habitual que las personas aleguen en los estrados judiciales para librarse del cumplimiento de la sanción intramural, que tienen a cargo el cuidado de hijos menores, sin embargo, si ello fuera así, se abstendrían de cometer una conducta punible.
- La defensa no logró acreditar que en efecto el menor quedaba expuesto al abandono, porque la compañera permanente del procesado en ningún momento manifestó que no se haría cargo del niño, ni tampoco se demostró la edad de la abuela paterna ni sus condiciones.

N° Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

Por lo tanto, solicita se confirme la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Del escrito de sustentación del recurso de alzada presentado por el defensor, se advierte que, en su calidad de único sujeto procesal recurrente, cuestionó la decisión de primera instancia sólo en lo que respecta a la no concesión del sustituto de la prisión domiciliaria en virtud de la calidad de padre cabeza de familia del señor CARLOS MARIO ISAZA MESA.

Respecto de este asunto, habrá de señalarse que la Ley 750 de 2002, consagró el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria para el condenado que ostente la calidad de madre o padre¹ cabeza de familia, esto con el fin de proteger a los menores de edad que dependen enteramente de quien resulte condenado o condenada, pero también como respaldo de otras personas bajo su cargo que por su edad o por problemas graves de salud, sean incapaces o estén incapacitadas para trabajar, (CSJ SP 4945-2019, rad. 53863 de 13-11-2019), y que, por lo tanto,

¹La sentencia C-184 de 2003, hizo extensivo el beneficio de la prisión domiciliaria a los padres cabeza de familia.

N° Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

como consecuencia de un fallo condenatorio queden abandonados a su propia suerte. Así entonces, dispuso la Ley que la ejecución de la pena privativa de la libertad tendría lugar en el domicilio de quien fuera sentenciado siempre y cuando se cumplieran los siguientes requisitos:

a) Que quien la solicite sea madre o padre cabeza de familia, entendiéndose como tal y de acuerdo con el artículo 2 de la norma, aquél que siendo soltero o casado, tuviera bajo su cargo económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial, de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar;

b) Que el delito endilgado no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro, o desaparición forzada;

c) Que no registre antecedentes penales; y

d) Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita a la autoridad judicial competente determinar que no se pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad, o hijos con incapacidad mental permanente.

N° Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

Así las cosas, se desprende expresamente del art. 1° inciso 3° de la Ley 750 de 2001, lo siguiente:

La presente Ley no se aplicará a las autoras **o partícipes** de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, **secuestro** o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos. (subrayado y negritas nuestras).

Por lo tanto, queda evidenciado que, al tenor de lo precitado en la mencionada regulación, no podrán ser merecedores de la prisión domiciliaria, aunque acrediten su condición de padre o madre cabeza de familia, las personas que hayan sido declaradas bien como autores o como partícipes, entre otros, del delito de “Secuestro”, y en el presente caso, el señor CARLOS MARIO ISAZA MESA fue declarado penalmente responsable a título de cómplice por el delito de Secuestro Extorsivo.

Aunque el defensor alega que debería inaplicarse la mencionada norma, por prevalecer los derechos de los niños, se le recuerda al impugnante que sobre esta regulación hasta la fecha no ha existido pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional que declare su inexecutable, ni tampoco la norma sido derogada, lo que significa que esta prohibición resulta aplicable al *sub judice*.

Adicionalmente, tal y como lo ha dicho la H.

N° Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

Corte Suprema de Justicia (CSJ SP 3738-2021, rad. 57905 de 25-08-2021):

Respecto a la prevalencia del interés superior del menor, es importante recordar que su observancia no releva al juez de verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados por el legislador en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, en tanto, no existen derechos absolutos.

Lo anterior, significa que el interés superior del niño, no tiene el carácter de absoluto y, por ende, no impide que se aplique la restricción de que trata el art. 1° inc. 3° de la Ley 750 de 2002, más aún cuando se está ante un delito tan atroz, como el secuestro extorsivo, que, en el presente caso, además conllevó la muerte de una de las víctimas.

Y es que en gracia de discusión y solo para efectos de brindarle una respuesta al recurrente, aun cuando estuviéramos ante un delito que permitiera la concesión de la prisión domiciliaria del señor ISAZA MESA, esta Magistratura tal y como acertadamente lo explicó la Juez de primera instancia, considera que, en el presente caso no se demostró la calidad de cabeza de familia del sentenciado.

No puede dejar pasar por alto esta Colegiatura varias de las inconsistencias que se evidencian en los elementos materiales probatorios presentados por la defensa, porque es tal su incongruencia que de allí no se logra desprender realmente dónde y con quien vivía el procesado, y sí uno de sus integrantes realmente lo era el menor M.I.M.

Nº Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

En la declaración extrajuicio rendida por la señora SONNIA GLADYS GÓMEZ VALENCIA, aquella anunció que su amigo –el procesado– vivía junto con su hijo M.I.M. de dos años, en la urbanización el Tigrito localizada en la calle 47 A 51-33, toda vez que la madre de éste lo había abandonado. No obstante, por otra parte, LILIAN PIEDAD PULGARÍN OQUENDO, compañera sentimental del acusado, afirmó que desde el año 2009 se encontraba viviendo en la calle 17 10-45, barrio El Centenario de Caucasia (Ant.) bajo el mismo techo y de manera permanente con el señor ISAZA MESA, lugar donde vivían con su hija SOR ELEIDY BOTERO y otro hijo de CARLOS MARIO, SEBASTIÁN ISAZA CORREA; nótese como esta última, en ningún momento menciona al menor M.I.M.

Por otra parte, en el informe de visita domiciliaria allegado por la defensa, se indica que el acusado convive en la Calle 47 A 51-33, únicamente con su compañera permanente y con su hijo M.I.M.; pese a que, en la declaración de GÓMEZ VALENCIA, aquella afirmó que en esa dirección solo vivía el procesado y el menor.

Confrontado lo anterior, con el informe de registro y allanamiento del inmueble (archivo 32, fl. 277) donde fue capturado el procesado, se tiene que la aprehensión ocurrió en el domicilio localizado en la carrera 23 8-53 del municipio de Caucasia –dirección muy diferente a las mencionadas anteriormente– vivienda en la que se encontraba el procesado, la compañera de éste –LILIAN PIEDAD CADAVID OQUENDO–, dos adultos mayores y

Nº Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

un hijo adolescente del sentenciado –de quienes no se mencionó sus nombres–; es decir, en ningún momento se hizo alusión a que en la vivienda habitaba el menor M.I.M., recuérdese de dos años de edad. Asimismo, en el informe de arraigo (archivo 32, fl. 286), suscrito por ISAZA MESA, éste le indicó a las autoridades que su domicilio estaba ubicado en la calle 17 10-45 donde residía con una hija de 21 años, SOR ELEIDY BOTERO.

Así las cosas, tal y como se mencionó antes, son evidentes las incongruencias sobre el sitio en el que residía realmente ISAZA MESA y si en éste se acompañaba de su hijo M.I.M. a quien presuntamente le brindaba su atención y cariño. Además, como lo afirmara la Juez de primera instancia, el menor cuenta con una madre quien tiene el deber de velar por su hijo y además una familia extensa conformada por su abuela paterna, su hermano mayor, e incluso con una familia de crianza que también podría hacerse cargo de éste, conformado por su madrastra y hermanastra.

Por manera que, es la confirmación íntegra de la sentencia impugnada, la decisión que se impone para esta Magistratura en el presente evento, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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

Nº Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

FALLA

PRIMERO.- SE CONFIRMA íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, de 6 de febrero de 2024, en contra del señor CARLOS MARIO ISAZA MESA, según las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

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

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE

N° Interno : 2024-0399-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 360 61 00 000 2023 00006
Acusado : Carlos Mario Isaza Mesa
Delito : Secuestro extorsivo

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: **5240212bc335a0e2521ad4a2df4a7beac8d24e9af3a98ae6849b0a462c4d9596**

Documento generado en 19/03/2024 03:52:06 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 DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, diecinueve (19) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Nº Interno : 2024-0419-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI : 05697 61 09940 2020 00088
Acusado : Rubén Darío Marín Franco
Delito : Acceso Carnal Abusivo Con Menor
De Catorce Años en Concurso
Homogéneo y Sucesivo
Decisión : Revoca parcial

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta No. 113

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la Defensa frente a la decisión proferida el 29 de febrero de 2024 por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, a través de la cual denegó solicitud probatoria.

HECHOS

Fueron narrados en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“La menor MDZD, nacida el 28 de marzo de 2.007, fue abusada sexualmente por su padre RUBÉN DARÍO MARÍN FRANCO. En efecto, en cierta ocasión entre los meses de julio y septiembre de 2.020 cuando la aludida menor se encontraba al interior de un pequeño apartamento donde su padre se hospedaba, ubicado en el barrio Tiberiales, zona urbana de El Santuario

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

(Ant.), se acuesta al lado de él y despierta al día siguiente con un fuerte dolor en la zona vaginal y con los interiores y su pijama bajados hasta las rodillas, presentando sangrado en la vagina, producto de la penetración que él le realizara con el miembro viril. Días antes, para la misma época, él ya le había hecho tocamientos en sus senos.

Esta menor fue valorada por el médico legista quien concluye que presenta desgarros recientes en el himen, lo cual corrobora el relato de la paciente...”

La audiencia de acusación se tramitó el 24 de abril de 2023 y la audiencia preparatoria se celebró el 29 de febrero de 2024.

DE LA SOLICITUD PROBATORIA

En esa última sesión, el abogado defensor solicitó se decrete el testimonio de la **Perito en Psicología Ana María Calderón Pérez** pues brindará su concepto frente a las diferentes entrevistas realizadas a la menor víctima con el fin de identificar las características de la declaración, esto es, de su credibilidad.

Esa prueba es pertinente a la luz de lo dispuesto en decisión SP2709 con Radicado 50637 proferida el 11 de junio de 2018 por parte de la Corte Suprema de Justicia, pues incidiría en la valoración que realice el Despacho frente a esos dichos vertidos por parte de la postulada víctima en esos elementos recolectados bajo los protocolos de CBCA y SVA.

Refirió que, presentaría la base de opinión pericial al menos con 5 días de anticipación a la celebración de la audiencia pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 415 de la ley 906 de 2004.

Asimismo, peticionó que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 396 de la Ley 906 de 2004, se permita la presencia ininterrumpida de la declarante en la sala de audiencias para apoyar a la Defensa pues

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

ella ha desempeñado un rol importante en la preparación de la investigación y tiene conocimiento completo de la carpeta.

Solicitó que, se proceda también con la escucha de la señora **María Belén Carmona Loaiza** pues ésta dará cuenta de las manifestaciones exteriorizadas por parte de la madre de la menor frente a sus intenciones de cobrar venganza contra el señor Rubén Darío, dado el supuesto no reconocimiento de su hija, hoy víctima.

El testimonio relacionado es pertinente porque está dirigido a hacer menos probable las circunstancias mencionadas por la progenitora del infante, adicionalmente podrá referirse a una posible manipulación maternal.

Recordó que, uno de los criterios para valorar el testimonio de acuerdo con el artículo 404 del C.P.P., es precisamente la personalidad, el carácter o patrón, la amistad íntima o la enemistad, las diferencias de discordancia, y justamente sobre esos tópicos se referirá la señora Carmona Loaiza.

DECISIÓN

El Juez de primera instancia no decretó el testimonio de la **Perito en Psicología Ana María Calderón Pérez** pues, la valoración de los dichos de la menor, esa es una labor que le compete únicamente a la Judicatura.

Recordó que, la entrevista que rindió es un elemento material probatorio y evidencia física que no ha ingresado al juicio y, la postulada víctima comparecerá a la audiencia pública a rendir su declaración.

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

En ese sentido, no resultaría de interés conocer el concepto de la perito sobre esas declaraciones anteriores pues reitera que, la menor brindará su testimonio en la audiencia pública y, la valoración de sus dichos es una tarea que le corresponde al operador judicial.

A pesar de ello, autorizó la presencia de la profesional durante toda la diligencia para que, le preste la asesoría a la defensa en relación con lo que sea de su interés para el contrainterrogatorio.

Por otra parte, decretó de manera parcial, el testimonio de la señora **María Belén Carmona Loaiza**.

La declarante indicará lo que le contó la madre de la menor pero la progenitora de la postulada víctima, comparecerá al juicio, escenario en el cual, podrá ser contra interrogada por parte de la defensa.

Indicó que, frente a ese aspecto, su declaración se considera una prueba de referencia y no cumplieron con los presupuestos de cara a lo dispuesto en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

Refirió que, sólo procede el decreto de ese testimonio en lo que tiene que ver, con la *observación* que realizó frente a la presunta manipulación maternal más no para replicar lo dicho por la señora madre de la postulada víctima pues, ello constituye prueba de referencia.

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

DEL RECURSO

Frente a ambas determinaciones el abogado defensor presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación.

En lo correspondiente a la **Dra. Ana María**, señaló que, no desconoce que la valoración del medio de conocimiento sea una tarea que le compete a la Judicatura sin embargo que, la Corte Suprema de Justicia ha permitido la práctica de esta clase de pruebas cuando se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito de cara a los lineamientos consagrados en el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal.

Recordó que, en su fundamentación inicial citó la decisión del órgano de cierre y en esa providencia al igual que como sucede en el presente caso, se está solicitando la declaración de una profesional experta para que rinda su concepto sobre esas entrevistas recolectadas bajo la técnica de CBCA y SVA

No se trata de una perita que comparecerá a rendir su testimonio sobre la credibilidad de la menor, sino que brindará su concepto científico sobre esas experticias practicadas bajo unos protocolos técnicos.

También solicitó se decrete de forma completa el testimonio de la señora **María Belén** pues ésta fue testigo directa de las afirmaciones de madre de la menor.

No configura una prueba de referencia pues, la declarante informará a la audiencia lo que de forma directa escuchó de la progenitora de la postulada víctima frente a las consecuencias que

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

debería soportar el señor Rubén Darío por negarse a reconocer a su hija.

NO RECURRENTES

Delegado del Ministerio Público

Solicitó se mantenga la decisión adoptada pues, la pertinencia, conducencia, admisibilidad y el objeto de prueba debe estar encaminado a dar luces al proceso, a esclarecer, más no a oscurecer.

Entiende que la Defensa pretende a través de esta profesional Ana María Calderón validar o confrontar el tecnicismo aplicado en esas entrevistas preliminares, esto es verificar si ejecutó de manera adecuada esa herramienta por parte del psicólogo John Fredy Quinchía adscrito a la Comisaría de Familia, pero olvida que, éste comparecerá al juicio oral y, podrá hacer uso del contrainterrogatorio para cuestionarlo sobre la técnica empleada. Luego de ello podrá capitalizar los resultados de sus valoraciones en los alegatos de conclusión.

No se refirió a la sentencia aludida por la Defensa pues es una providencia de más de 150 páginas y no ha alcanzado a evacuarla, sin embargo, estima que la decisión adoptada se encuentra conforme a derecho y de ahí que depreca su confirmación.

También solicitó que se mantenga el decreto parcial frente al testimonio de la señora María Belén pues recuerda que, la madre de la menor, esto es, la señora Luz Adelaida Zuluaga Duque, comparecerá al juicio oral y a ella se podrá contrainterrogar de manera directa sobre una eventual venganza, animadversión o

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

problemas de relación en el núcleo familiar que pueden dar bases a una hipótesis fáctica alternativa para la defensa y sacar adelante sus descargos.

No se observa en qué medida María Belén Cardona va a rendir una declaración frente a unos problemas entre el acusado y la madre de la alegada víctima, si su deseo era indagar sobre ese tópico lo pertinente era solicitar como prueba común a la señora Zuluaga Duque pero ello no sucedió.

Solicita la confirmación de la decisión adoptada.

Fiscalía Delegada

Solicita se declare desierto el recurso pues, no se atacó de manera directa la argumentación brindada por la Judicatura.

El despacho indicó cuales eran los puntos fundamentales para inadmitir el testimonio de la perito Ana María y decretar parcialmente el de la señora María Belén pero esas motivaciones no fueron atacadas por la Defensa, pues el señor abogado sólo se limitó a reiterar lo manifestado en su solicitud inicial.

De darse trámite al recurso, considera que, la decisión adoptada debe ser confirmada pues lo que pretende la Defensa con el testimonio de la psicóloga es impugnar la credibilidad de la persona que llevó a cabo esas entrevistas preliminares y para ello, cuenta con la oportunidad de conainterrogar al profesional que las realizó. Justamente para garantizar ese adecuado ejercicio defensivo fue que se autorizó la presencia ininterrumpida de la Dra. Ana María en las diligencias.

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

En su criterio, la Defensa pretende incorporar los dichos de la señora Ana María como testigo de refutación pero para ello, los requisitos de admisibilidad son diferentes.

Frente a la declaración de la señora María Belén indicó que, la misma es una prueba de referencia y para aceptarla se requiere el cumplimiento de unas circunstancias particulares pero las mismas no fueron acreditadas.

Recuerda que, los dichos que se pretende ingresar al proceso, fueron presuntamente esbozados por la señora Luz Adelaida Zuluaga Duque, quien precisamente comparecerá a sede del juicio oral y podrá interrogársele de manera directa sobre lo que piensa, siente y percibe.

En ese sentido la decisión adoptada se encontró ajustada a derecho pues, claramente se indicó por la judicatura que, la señora María Belén únicamente podrá dar cuenta de su visualización frente a la posible manipulación maternal y, ello sí sería un conocimiento directo admisible en el juicio.

RESOLUCIÓN RECURSO DE REPOSICIÓN

El Juez de primera instancia decidió no declarar desierto el recurso de apelación por cuanto, el abogado a diferencia de lo manifestado por la Delegada Fiscal, atacó la decisión adoptada indicando que, no se tuvo en cuenta que, la Dra. Ana María explicaría unas técnicas de recolección de la prueba que no fueron utilizadas por parte de quien realizó esas entrevistas a la menor y que justamente la forma en la que se practica incide en la valoración de la testigo.

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

Aunado a ello, en su recurso indicó que, en la providencia emanada no se tuvo en cuenta las decisiones jurisprudenciales que obran al respecto, es decir que, efectivamente atacó la decisión proferida.

Frente a la señora María Belén el abogado refirió que, hay una concatenación en cuanto a lo dicho por la madre de la menor a esta testigo y la observación de las manipulaciones de la progenitora hacia la postulada víctima.

En ese entendido entendió que, se sustentó en debida forma el recurso y procedió a pronunciarse de fondo frente a ambos requerimientos.

Después de dar lectura a algunos apartados de la decisión invocada por el abogado defensor, indicó que, la psicóloga estaría realizando una valoración de una prueba de referencia y, en razón de ello, no podría comparecer la profesional a señalar si lo expuesto allí resulta ser falso o verdadero.

Recuerda que, la prueba es la que se recibirá en sede de juicio oral y la menor comparecerá a la audiencia a brindar su testimonio, razón por la cual, será en el conainterrogatorio cuando podrá refutarse su ponencia y, para ello se autorizó el acompañamiento de la psicóloga para que, brinde asesoría a la Defensa en relación con las técnicas aludidas.

Frente al testimonio de la señora María Belén reitera que, no se cumplen con los requisitos de que trata la prueba de referencia y el recurrente no indicó que se cumplieran con los requisitos excepcionales en los cuales procedería su recepción.

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

Conforme con ello, mantuvo la decisión adoptada y concedió el recurso de apelación.

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.

Como lo indicó el juez de primera instancia, en el presente asunto, el abogado defensor no se dedicó a sustentar nuevamente los criterios de admisibilidad de los medios de conocimiento solicitados, sino que, de forma concreta y específica esbozó una serie de argumentos con el fin de atacar la decisión de primer nivel.

De su intervención se logran extraer dos motivaciones principales para que se revoque la decisión adoptada, en primer lugar que, resulta viable el decreto probatorio correspondiente al testimonio de la Dra. Ana María porque contrario a lo manifestado por la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia ha permitido la escucha de expertos en el tema para que desde su conocimiento y experiencia brinden su concepto sobre la realización de esos actos previos.

También indicó que el juez no tuvo en cuenta que la señora María Belén es una testigo directa de las afirmaciones realizadas por la madre de la menor, razón por la cual resultaría viable su decreto.

En ese sentido, no resulta procedente declarar desierta la impugnación, tal y como lo deprecó la Delegada Fiscal sino que, lo que corresponde es dar trámite a la alzada.

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

Frente a la inadmisión del testimonio de la perito en psicología, Dra. Ana María Calderón Pérez

El artículo 16 de la Ley 906 de 2004 consagró como principio rector del proceso penal acusatorio la inmediación, consistente en que:

En el juicio oral únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

Con esto, se garantiza que el juez tenga conocimiento directo y personal de las pruebas que debe valorar para tomar una decisión acertada y se protege el derecho a la confrontación de quien puede verse afectado con las pruebas.

En consecuencia, por regla general y en principio las entrevistas, declaraciones y/o exposiciones anteriores al juicio carecen de vocación probatoria. Sin embargo, la Ley 906 de 2004 consagró algunas excepciones a esta regla, las cuales permiten que en ciertos casos específicos y con el cumplimiento de requisitos precisos, puedan prestar cierta utilidad para alcanzar la verdad procesal o incluso ingresar como pruebas.

Dentro de estas excepciones se encuentra la prueba de referencia. De la redacción del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 se determina que las características de la prueba de referencia son: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem; y (iv) no es posible practicarla en el juicio.

En el presente caso, el abogado defensor pretende que la Profesional en psicología, Dra. Ana María Calderón Pérez brinde

N° Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

su concepto frente una entrevista previa rendida por la menor MDZD indicando que, conforme con sus conocimientos podrá señalar si la misma cumplió o no con las técnicas dispuestas para la recolección de este tipo de medios de prueba.

Sin embargo, olvida el apoderado judicial que, tanto la menor como el profesional en la psicología que confluyeron en la producción de ese documento comparecerán al juicio oral, razón por la cual no tendría sentido presentar un dictamen pericial, sobre un elemento que, en principio no está llamado a ingresar pues hasta este escenario procesal no se ha solicitado y tampoco cumple con los requisitos para ser considerada como de referencia. Itérese que, será posible escuchar a ambos declarantes en el juicio oral, materializándose así, el principio de inmediación.

Y es que, si bien la sentencia aludida por parte de la Defensa esto es, la SP2709-2018 preceptúa en su apartado 6.1 que, resulta viable practicar prueba pericial que se refiera a los estudios de la **“validez” y “credibilidad” del testimonio, a la luz de técnicas como las denominadas CBCA y SVA**, lo cierto es que, en este caso lo que se pretende por parte de la Defensa es presentar una testigo experta para que brinde su concepto no frente a un testigo, sino frente a una declaración previa sin que la misma haya sido solicitada y mucho menos decretada.

En ese orden de ideas, al no haberse solicitado ni decretado esa declaración previa como prueba de referencia, en consecuencia, tampoco resultaría admisible aceptar la incorporación de peritajes realizados frente a ese documento.

Tal como lo ha señalado la defensa, la profesional en psicología forma parte de su equipo de trabajo y en ese rol puede brindarle

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

apoyo especializado y científico si lo que pretende es impugnar la credibilidad bien sea del psicólogo o de la menor; para ello, tal como con atino lo autorizó el juez, contará con la asistencia de la profesional en psicología durante toda la diligencia, la cual le brindará asesoría para realizar el contrainterrogatorio y, en caso de que observe la necesidad de rebatir las respuestas brindadas podrá realizar solicitud para practicar la prueba de refutación, pero para ello, como resulta apenas lógico, es necesario esperar al desarrollo del juicio oral.

Así las cosas, frente a ese primer problema jurídico se procederá a confirmar la decisión del A quo.

Frente a la inadmisión del testimonio de la señora María Belén Carmona Loaiza

En el caso en concreto, el Despacho de primera instancia decretó la inadmisión parcial del testimonio de la señora María Belén Carmona Loaiza pues, comparecerá a la audiencia a narrar lo que escuchó de la señora Luz Adelaida Zuluaga Duque progenitora de la menor. Señaló que, en ese sentido su declaración configura una prueba de referencia sin que se hayan acreditado el cumplimiento de las exigencias de que trata el artículo 437 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, debe empezar diciéndose que, la Ley 906 de 2004 en el artículo 381 inciso final, contempla una tarifa legal negativa al fijar un valor menguado a la prueba de referencia, al prohibir que la condena se fundamente exclusivamente en prueba de esta naturaleza.

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

Este impedimento guarda correspondencia con las garantías del acusado de contradecir la prueba y de confrontar en el juicio a su acusador.

El artículo 437 de la citada ley dispone que prueba de referencia es toda declaración realizada por la persona por fuera del juicio oral, con la cual se *pretende “probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate”*, siempre que la misma no sea posible practicarla en él por alguna de las circunstancias previstas en el 438 de ese cuerpo normativo.

En tanto, el artículo 383 consagra la obligación de declarar, al señalar que toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral, salvo las excepciones contempladas en la ley.

Mientras el artículo 402 alude al conocimiento personal al consagrar que el testigo únicamente podrá declarar *“sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”*.

Entre la prueba de referencia y la testimonial media una gran diferencia. En la primera, la persona no acude al juicio a declarar sino que su declaración la realiza por fuera de él. En la segunda, asiste al juicio a declarar lo observado o percibido por ella.

Conforme con lo anterior, la declaración la señora María Belén no constituiría prueba de referencia como lo alude la primera

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

instancia, sino que, configura una prueba testimonial, porque se trata de una persona que asistirá al juicio oral.

Ahora bien, en relación con el conocimiento personal, el testimonio es directo cuando el testigo declara sobre lo que vio o percibió, e indirecto cuando relata los hechos conocidos a través de otra persona. En este último caso, se está frente a un testimonio de oídas.

Bajo tales premisas normativas, se equivoca el A quo al aludir que, la declaración de la testigo antes mencionada no resulta admisible en el proceso acusatorio porque comparecería a la audiencia pública a narrar lo que otra persona le contó sin que se hayan cumplido los requisitos preceptuados en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

Es evidente que lo hace a partir de una confusión. Es inapropiado hablar de testigo de referencia y, además, equiparlo al de oídas.

En sentido jurídico no hay un testigo de referencia sino prueba de referencia, que según la definición legal es toda declaración realizada por fuera del juicio oral sobre los temas mencionados en el artículo 437, lo que excluye que el testigo de oídas sea de aquella naturaleza, en cuanto este acude al juicio a relatar el hecho contado a él por otra persona.

Así las cosas, el grado de conocimiento que se proporcione con el testimonio de la señora María Belén (directo o de oídas) es un tema netamente de valoración probatoria, sin que con su decreto o recepción se quebrante alguna disposición legal.

Igualmente recuérdese que en términos del artículo 375 parte final, un elemento material probatorio "*También es pertinente*

Nº Interno	2024-0419-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	05697 61 09940 2020 00088
Acusado	Rubén Darío Marín Franco
Delito	Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión	Revoca parcial

cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”

Por manera que, frente a este aspecto se impone la revocatoria de la providencia, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE, la decisión proferida el 29 de febrero de 2024 por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario y, en su lugar decretar íntegramente el testimonio de la señora **María Belén Carmona Loaiza.**

En lo correspondiente a la Dra. Ana María Calderón Pérez se confirma la decisión adoptada.

SEGUNDO: REMITIR la presente actuación al Juzgado de origen para que, se continúe con desarrollo de las diligencias.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

N° Interno 2024-0419-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI 05697 61 09940 2020 00088
Acusado Rubén Darío Marín Franco
Delito Acceso Carnal Abusivo Con Menor De Catorce Años
en Concurso Homogéneo y Sucesivo
Decisión Revoca parcial

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: **72bd750162cf5d29b39a9b12d514932a278a91b0ecb7b15db35e33622e00e2b3**

Documento generado en 20/03/2024 02:35:19 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Radicado: 05809-3189001-2024-00010 (2024-0456-3)
Accionante: Carlos Acosta Rojas
Accionada: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones.
Asunto: Impugnación Fallo Tutela
Decisión: Modifica
Acta y fecha: N° 119 de abril 03 de 2024

Medellín, tres (03) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada Nueva EPS contra el fallo de tutela del 27 de febrero de 2024, emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí, Antioquia.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó el abogado del afectado que, desde mayo de 2023 el señor CARLOS ACOSTA ROJAS ha estado incapacitado para laborar.

Aunque solicitó a la Nueva EPS el pago de incapacidades, esta no accedió a lo pedido; por tanto, remitió la misma petición ante Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, pero no se ha pronunciado. Además, tampoco ha adelantado el correspondiente trámite para la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Por tanto, solicitó la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, debido proceso y mínimo vital y, en consecuencia, se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, efectúe el pago de las incapacidades médicas desde mayo de 2023 y hasta la presentación de esta acción, más las que se sigan causando. Así mismo, se ordene a dicha entidad que realice al señor CARLOS ACOSTA ROJAS calificación de pérdida de capacidad laboral.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo concedió parcialmente el amparo de tutela invocado a favor del señor CARLOS ACOSTA ROJAS, y en consecuencia dispuso:

“(…)

SEGUNDO: SE ORDENA al Representante Legal de la NUEVA EPS S.A. o a quien haga sus veces, para que, en el término de 48 horas, contadas desde el momento de notificación de esta providencia, proceda a reconocer y pagar el subsidio de incapacidades que reclama el accionante, las cuales no han sido canceladas desde el mes de mayo de 2023, siempre y cuando el trabajador y/o su empleador acrediten y radiquen en la respectiva EPS las incapacidades transcritas que desde esta fecha se han causado.

TERCERO: SE ORDENA LA DESVINCULACIÓN de COLPENSIONES y de la sociedad empleadora “ARIS MINING MARMATO S.A.S.”, toda vez que los vinculados respecto al pago de incapacidades laborales, no tienen por el momento ninguna responsabilidad frente a la vulneración de los derechos fundamentales invocados en esta tutela.

CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por el apoderado judicial: OSCAR ANTONIO ENCISO RODRÍGUEZ, actuando como representante judicial del afectado: CARLOS ACOSTA ROJAS, identificado con la C.C.770.917 en contra de La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, en relación al Derecho de Petición formulado por el accionante para que se efectúe la calificación de pérdida de capacidad laboral, por las razones expuestas en precedencia.

QUINTO: SE FACULTA a la NUEVA EPS S.A., para que, de conformidad con el artículo 6º de la Resolución 71842 de 2022, solicite el reembolso a LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), de todos aquellos gastos en que incurra la NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela. (…)”

Expuso que la Nueva EPS debía realizar el pago reclamado por el actor, en tanto, se superan 540 días continuos de incapacidad (artículo 67 de la Ley 1753 de 2015).

En el cumplimiento de esta responsabilidad legal, las EPS, podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El auxilio de incapacidad incide en la garantía del derecho a la salud en la medida en que permite la recuperación satisfactoria del paciente. Por tanto, debe evitarse la negación del trámite de las incapacidades posteriores a 540 días sin el debido fundamento legal.

Ante el no pago del subsidio de incapacidad, el accionante no tuvo otra alternativa que acudir a este mecanismo constitucional para garantizar su mínimo vital. Ello, por cuanto carente de recursos, el pago del subsidio de incapacidades se convierte en una fuente de ingresos durante el cese de actividades laborales, ante su actual condición médica.

Mientras se adelanta la discusión entre la EPS y la AFP acerca de sobre quién recae la obligación de asumir dichas prestaciones, el accionante no puede quedar desprotegido, sin que ello sea óbice para que la entidad destinataria de la orden tutelar, si fuere el caso, pueda repetir luego frente a quien resulte ser la responsable de las obligaciones que le fueron impuestas.

De otro lado, frente la petición de calificación de pérdida de capacidad laboral por parte del Fondo de Pensiones accionado, expuso que si el accionante no aporta la documentación que le fue requerida desde un inicio, Colpensiones no puede resolver de fondo la solicitud que está reclamando, por lo que no puede considerarse que tras la desidia del actor en allegar dichos documentos en las calidades solicitadas, la responsabilidad sea de la entidad, cuando lo cierto es que si este hubiera cumplido con su obligación de allegar los documentos requeridos, quizás a la fecha ya se había resuelto la solicitud.

El accionante debe radicar la documentación completa, así como el formato debidamente diligenciado con la información clara y detallada de su enfermedad para emitir la calificación de pérdida de capacidad laboral ante la Administradora Colombiana de pensiones.

Dicha información que se torna indispensable para que COLPENSIONES inicie o continúe con el trámite de la pérdida de capacidad laboral del accionante y así determinar si es procedente o no reconocer pensión de invalidez, en razón de las enfermedades que el accionante dice estar padeciendo.

Colpensiones dio aplicación al artículo 17 de la Ley 1755 de 2015, con el fin de que el accionante pueda completar la información requerida y necesaria para que la entidad accionada adopte una decisión de fondo, sobre la pretensión que reclama el accionante.

El peticionario tiene el deber de completar y suministrar la información exigida en el término máximo de un mes. *“...Y a partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos, se reactivará el término para resolver la petición...”*.

Aún no se han agotado los términos previstos en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia y en la Ley 1755 de 2015, para que la entidad accionada pueda tomar una decisión concreta, de fondo y congruente sobre la pretensión del accionante.

No está demostrado la vulneración del derecho fundamental de petición, en tanto, pues hasta tanto el accionante no aporte y acredite de manera efectiva la información requerida por COLPENSIONES, no podrá la entidad accionada iniciar y/o continuar con el trámite de pérdida de capacidad laboral y emitir un dictamen definitivo sobre el particular.

Adicionalmente expuso que lo anterior no obsta para que el accionante CARLOS ACOSTA ROJAS, si lo considera pertinente, pueda acudir a la justicia ordinaria (proceso laboral), a fin de compeler tanto a COLPENSIONES, como a las entidades del sistema integral de la seguridad social competentes en tramitar y resolver la pretensión en relación a la calificación por pérdida de capacidad laboral, la cual constituye una obligación derivada del sistema de seguridad social.

Por regla general, la acción de tutela no procede para ventilar asuntos cuyo conocimiento ha sido deferido a la jurisdicción ordinaria, como lo son las controversias alusivas a la reclamación de pensiones y otras prestaciones económicas de que se ocupan los jueces laborales, so pena de desnaturalizar el carácter excepcional de la acción constitucional.

DE LA IMPUGNACIÓN

La Nueva EPS inconforme con la decisión adoptada manifestó que, es improcedente el reconocimiento económico de las incapacidades desde mayo de 2023, porque el afiliado CARLOS ACOSTA ROJAS cumplió 180 días de incapacidad el 25 de febrero de 2023., y, por tanto, era obligación de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones asumir las mismas.

Adicionalmente, adujo que la acción de amparo es improcedente en virtud de la subsidiaridad que la caracteriza.

Por lo tanto, solicita se revoque el fallo confutado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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.

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

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.

Teniendo en cuenta que el objeto de la impugnación se centra en la orden de pago de incapacidades laborales en favor del señor CARLOS ACOSTA ROJAS y a cargo de la Nueva EPS, procederá la Sala a pronunciarse solo sobre este asunto.

Previo a analizar de fondo el asunto planteado, se verificará los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela así:

Legitimación por activa. Conforme la disposición contenida en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y desarrollado por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, toda persona tiene derecho a interponer acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, en todo momento y lugar. En el presente caso, el presupuesto mencionado se encuentra acreditado en tanto que el señor CARLOS ACOSTA ROJAS es el titular de los derechos fundamentales cuya protección invoca en la acción constitucional.

Legitimación por pasiva. El artículo 86 superior, ya citado, en concordancia con lo previsto en los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, prevé que la acción de amparo procede frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, cuando la transgresión de estos proviene de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley. En el asunto de la referencia, las entidades que fungen como demandada y vinculada son particulares que forman parte del Sistema General de Seguridad Social y prestan los servicios públicos de salud y de seguridad social, por lo que se encuentran legitimadas por pasiva dentro del trámite de tutela.

Principio de inmediatez. Si bien la acción de tutela puede formularse en cualquier tiempo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, su interposición debe darse dentro de un plazo razonable, para lo cual se

considera el tiempo transcurrido entre el momento en el que se produjo la vulneración o amenaza a un derecho fundamental y la interposición de la acción. De acuerdo con lo indicado, para el caso objeto de estudio, el requisito de inmediatez se encuentra satisfecho, por cuanto la vulneración de los derechos invocados por el actor es continuada y persiste toda vez que se ha prologando en el tiempo y a la fecha este último sigue sin percibir, por parte de las accionadas, el pago de las incapacidades.

Subsidiariedad. Los artículos 86 de la Constitución Política y el 6 del Decreto 2591 de 1991, disponen que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Con relación al pago del auxilio por incapacidad, la Corte Constitucional ha sostenido que, si bien existen mecanismos judiciales para obtener lo pretendido, el tiempo que lleva dirimir un conflicto de esta naturaleza desdibuja la eficacia de la vía, en razón a que podría atentar directamente frente al mínimo vital del accionante, quien adicionalmente se encuentra en condiciones de vulneración en atención a su salud.

Para reclamar el pago del auxilio por incapacidad, en sentencia T-161-19 la Corte Constitucional determinó su procedencia como quiera que *“garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente”*.

En el presente caso, el señor CARLOS ACOSTA ROJAS es una persona de 63 años de edad que ha sido incapacitado por más de 180 días por enfermedad común, que le impide desempeñarse laboralmente y obtener los recursos mínimos necesarios para su subsistencia, su fuente de ingresos económicos se circunscribe al pago que percibe por concepto de subsidio de incapacidad el cual fue suspendido desde mayo de 2023.

Siendo así, se puede concluir que, debido a sus limitaciones físicas, las sumas de dinero recibidas por su incapacidad constituyen la única fuente de ingresos con que cuenta para subsistir, aspecto que no fue rebatido por las entidades accionadas y que conlleva a que se torne procedente la acción de tutela para decidir este asunto.

Pues, aun cuando existen, para el caso objeto de estudio, otros medios de defensa judicial, tales como la acción ordinaria ante el juez laboral o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, estos resultan ineficaces para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece el accionante. Lo anterior, encuentra su fundamento en: (i) el deterioro progresivo y marcado del mínimo vital del tutelante, y (ii) su condición de sujeto de especial protección constitucional, derivada del estado de debilidad manifiesta que presenta en razón de sus problemas de salud.

De tal forma, se considera que mediante la presente acción se busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable que se materializa en la amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital del peticionario el cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración.

En consecuencia, se concluye que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad.

Establecida la procedencia de la acción de tutela, y previo a resolver el problema propuesto, se abordará: *i)* Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y las entidades responsables de efectuar el pago, *ii)* la interrupción de las incapacidades, *iii)* Responsable provisional del pago de incapacidades cuando no exista certeza de cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe pagarlas, y *iv)* el caso concreto.

i) Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y las entidades

responsables de efectuar el pago. De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política, el Estado colombiano “*garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*”, y con fundamento en esta disposición, se ha instituido dentro del régimen del Sistema General de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional².

Esto, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo³.

Tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de esta, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que el pago

² Sentencia T-194 de 2021, de la Corte Constitucional.

³ *Ibíd.*

de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación⁴.

En el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *"hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS"*. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. Contrario *sensu*, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

Igualmente, el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días, está a cargo de las EPS, y no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las

⁴ Ver entre otras, las sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010, T-401 de 2017, y T-194 de 2021, de la Corte Constitucional.

entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada (sentencias T-194-21, T-265-22).

ii) La interrupción de las incapacidades. El ejecutivo, en uso de sus facultades legislativas expidió el decreto 1333 de 2018 en el que su artículo 2.2.3.2.3. define la prórroga de la incapacidad como aquella derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario.

La Corte Constitucional en Sentencia T 401 de 2017, abordó el tema de la interrupción de las incapacidades, señalando que:

“Ahora bien, contrario a lo sostenido por la EPS Sanitas, la simple interrupción de la continuidad de los períodos en los que se prescriben certificados de incapacidad no basta para que se pueda predicar una ausencia de continuidad en las incapacidades. En efecto, como lo han reconocido tanto esta Corporación, como el Ministerio de Salud y Protección Social, las interrupciones inferiores a 30 días no rompen con la continuidad de un período de incapacidad. De este modo, a partir de la aplicación analógica del artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, “se entiende como prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario”.

En razón de lo anterior, resulta necesario establecer en cuáles casos se prorrogaron las incapacidades de la accionante y en cuáles eventos existió una interrupción que implica reiniciar la contabilización de los días de incapacidades continuas. (...).”

iii) Responsable provisional del pago de incapacidades cuando no exista certeza de cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe pagarlas. Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T-268-20 citó:

“En efecto, en la Sentencia T-004 de 2014 resaltó: “La jurisprudencia constitucional ha sostenido que en los casos en que no se tiene certeza de cuál es la entidad responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, es obligación de alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social

de pagarlas o de lo contrario se causaría al trabajador una afectación a su mínimo vital, por lo cual es juez de tutela debe (sic) señalar quién es el responsable provisional de cumplir dicho deber, aun cuando se otorgue la posibilidad de repetir contra aquél que resulte ser el verdadero obligado. Tal como lo mencionó la sentencia T-786 de 2009:

'La tutela es, entonces, procedente en ciertos casos para obtener el pago de incapacidades laborales. Cuando lo es, la tutela debe ser resuelta con una definición provisional acerca del sujeto que en principio está obligado al pago de las referidas incapacidades. Pero, la definición que al respecto pueda dar el juez de tutela en nada determina el verdadero y real origen que, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes, tienen la enfermedad o el accidente sufrido por el tutelante. Si alguna provisión se adopta en ese sentido, está justificada porque del pago de las incapacidades depende la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que, si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyan las sentencias de tutela en esta materia, estima que es otro sujeto el que debe correr con ellas, debe iniciar el correspondiente trámite regular que el ordenamiento dispone para la definición del origen de las enfermedades o los accidentes, y para la consecuente determinación del sujeto legal y reglamentariamente obligado al pago de la prestación'. [Negrita y subraya fuera del texto original]

En la sentencia T-418 de 2006 la Corte decidió que no era constitucionalmente viable postergar el pago de mesadas cuando no se tiene certeza legal y reglamentaria de cuál es la entidad que está obligado a hacerlo, pues se le vulneran derechos fundamentales a una persona en condición de debilidad manifiesta, así se estableció que:

'la Corte ha considerado que la carga que conlleva la incertidumbre entre distintas entidades sobre cu[á]l de ellas debe asumir el pago de obligaciones pensionales ciertas e indiscutibles, no puede ser trasladada al titular del derecho. Menos aún, como se ha manifestado, cuando dicho titular depende del pago de la mesada a la que tiene derecho, para satisfacer el derecho al mínimo vital suyo y de su familia'.

La anterior consideración podría ser aplicable a casos en los cuales, entidades del Sistema General de Seguridad Social, por ausencia de reglamentación eluden el pago de incapacidades laborales y dilata el goce efectivo del derecho al mínimo vital, así, como lo consagró la sentencia T-404 de 2010, 'lo que corresponde en esos casos es resolver la solicitud ciudadana con la salvedad de no tener certeza acerca de quién debía pagar la correspondiente prestación, y luego repetir contra quien se considera que es el realmente responsable de satisfacer los derechos invocados (...)''.

44. Aunado a ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado: "Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009^[74] que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%**".^[75]

45. En el mismo sentido, también se ha sostenido que "el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la

disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales".^[76]

46. Finalmente, en la sentencia **T-144 de 2016 se dijo:** "Así, en esa ocasión, se amparó el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han expedido incapacidades laborales por más de 540 días como consecuencia de varios diagnósticos que habían redundado en **una pérdida de capacidad laboral del 51.77%**, sin que la EPS, la empresa accionada o la AFP hubieren pagado oportunamente las incapacidades prescritas, ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez. En ese caso existía un dictamen que ofrecía certeza de la imposibilidad de rehabilitación del accionante y una negligencia de las entidades en el trámite de su pensión, por tal razón se aplicó una interpretación constitucional del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que condicionaba el pago de las incapacidades superiores a los 540 por parte del fondo de pensiones, al trámite y reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor (...)"

iv) **Caso concreto.** En el sub judice, la Nueva EPS expresó su inconformidad con el fallo de primera instancia al considerar que las incapacidades reclamadas en esta oportunidad por CARLOS ACOSTA ROJAS, estas son, las causadas desde mayo de 2023, deben ser cubiertas por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, y no por ella, en tanto, los 180 días de incapacidad se configuraron el 25 de febrero de 2023.

Esta Sala, en primer lugar, habrá de señalar que en el presente caso se superan los requisitos generales de procedibilidad de la acción constitucional, inclusive el de subsidiariedad, como ya se explicó.

Ahora, de acuerdo a la prueba documental que reposa en el expediente, se cuenta con certificado de incapacidades expedido por la EPS, luego de que el afiliado efectúa el proceso establecido de transcripción, en los siguientes términos:

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados
0004696025	ENFERMEDAD GENERAL	16/05/2018	20/05/2018	N428	5
0004653714	ENFERMEDAD GENERAL	11/10/2018	11/10/2018	R104	1
0004820759	ENFERMEDAD GENERAL	12/12/2018	10/01/2019	C169	30
0005506530	ENFERMEDAD GENERAL	11/01/2019	09/02/2019	C169	30
0005103795	ENFERMEDAD GENERAL	11/04/2019	10/05/2019	C169	30
0005555055	ENFERMEDAD GENERAL	11/05/2019	09/06/2019	C169	30
0005571294	ENFERMEDAD GENERAL	10/06/2019	09/07/2019	C169	30
0005670106	ENFERMEDAD GENERAL	09/08/2019	07/09/2019	C169	30

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados
0005683257	ENFERMEDAD GENERAL	08/09/2019	07/10/2019	C169	30
0007277269	ENFERMEDAD GENERAL	30/04/2021	29/05/2021	I671	30
0007590208	ENFERMEDAD GENERAL	30/05/2021	28/06/2021	I671	30
0007590235	ENFERMEDAD GENERAL	29/06/2021	28/07/2021	I671	30
0007590238	ENFERMEDAD GENERAL	29/07/2021	27/08/2021	I671	30
0007590259	ENFERMEDAD GENERAL	28/08/2021	25/09/2021	I671	29
0007590276	ENFERMEDAD GENERAL	26/09/2021	25/10/2021	I671	30
0007590293	ENFERMEDAD GENERAL	26/10/2021	24/11/2021	I671	30

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados
0007590313	ENFERMEDAD GENERAL	25/11/2021	24/12/2021	I671	30
0008906354	ENFERMEDAD GENERAL	25/03/2022	23/04/2022	I671	30
0008906366	ENFERMEDAD GENERAL	24/04/2022	23/05/2022	I671	30
0008906390	ENFERMEDAD GENERAL	24/05/2022	22/06/2022	I671	30
0008906395	ENFERMEDAD GENERAL	25/06/2022	16/07/2022	I671	22
0008906405	ENFERMEDAD GENERAL	30/08/2022	28/09/2022	I671	30
0008906409	ENFERMEDAD GENERAL	29/09/2022	28/10/2022	I671	30
0008906415	ENFERMEDAD GENERAL	29/10/2022	27/11/2022	I671	30

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados
0008906420	ENFERMEDAD GENERAL	28/11/2022	27/12/2022	I671	30
0008906425	ENFERMEDAD GENERAL	28/12/2022	26/01/2023	I671	30
0008906429	ENFERMEDAD GENERAL	27/01/2023	25/02/2023	I671	30
0008919101	ENFERMEDAD GENERAL	01/03/2023	30/03/2023	I671	30
0009076159	ENFERMEDAD GENERAL	31/03/2023	29/04/2023	I671	30
0010168326	ENFERMEDAD GENERAL	29/05/2023	27/06/2023	C169	30
0010168344	ENFERMEDAD GENERAL	08/07/2023	06/08/2023	C169	30
0010168352	ENFERMEDAD GENERAL	07/08/2023	05/09/2023	C169	30

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados
0010168368	ENFERMEDAD GENERAL	06/09/2023	05/10/2023	C169	30
0010168373	ENFERMEDAD GENERAL	06/10/2023	04/11/2023	C169	30
0010168380	ENFERMEDAD GENERAL	05/11/2023	04/12/2023	C169	30

Con todo, observa la Sala que los periodos de incapacidad generadas a favor del actor no han sido continuos, en tanto, se han presentado interrupciones superiores a 30 días, lo cual implica reiniciar la contabilización de los días de incapacidad continuas.

Consecuente con lo anterior, en el presente asunto el conteo de incapacidades se reinició el 30 de agosto de 2022, por tanto, el día 180 de incapacidad se cumplió el 25 de febrero de 2023.

Además, soportado en el certificado de incapacidades expedido por la EPS, se tiene que la prórroga de las referidas incapacidades se extendió hasta el cuatro de diciembre de 2023, término este que no supera el día 540.

Y aunque en el anterior listado de incapacidades se precisa de un diagnóstico concreto por cada periodo de incapacidad, pareciera que el "I671" y "C169" tienen alguna relación entre sí, pues al verificar los certificados de incapacidades expedidos por los galenos, se advierte que se prorroga la incapacidad señalando de manera conjunta ambos diagnósticos.

De tal manera, como se explicó en líneas anteriores, la responsabilidad de su pago, en caso de incapacidades menores a 180 días, corresponde a las Entidades Promotoras de Salud, mientras que las que superen tal término y hasta el día 540 están a cargo de los Fondos de Pensiones.

Por ende, en el sub judice en principio la responsabilidad del pago de las incapacidades superiores al día 180 correspondería a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; sin embargo, en el plenario no obra constancia de que la Nueva EPS haya remitido a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones concepto de rehabilitación por los referidos diagnósticos, por tanto, es la Nueva EPS la responsable de asumir el pago de las incapacidades reclamadas por el actor.

No obstante, es oportuno precisar que si bien con el presente amparo se solicita a favor del señor CARLOS ACOSTA ROJAS el pago de las incapacidades comprendidas desde mayo de 2023 y hasta el momento de la presentación de la acción (14 de febrero de 2024), más las que se siguieran causando, lo cierto es que, conforme al certificado expedido por la EPS, las incapacidades laborales fueron expedidas a favor del afiliado hasta el cuatro de diciembre de 2023, fecha incluso anterior a la radicación de esta demanda.

Por lo tanto, se modificará el numeral segundo de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí, Antioquia, el 27 de febrero de 2024, y, en consecuencia, se ordenará al representante legal de la

Nueva EPS, o quien haga sus veces, que en un término no mayor a cuarenta y ocho horas (48) hábiles posteriores a la notificación de esta providencia, reconozca y pague al señor CARLOS ACOSTA ROJAS las incapacidades médicas por enfermedad general comprendidas entre el 29 de mayo de 2023 y hasta el cuatro de diciembre de 2023.

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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida el 27 de febrero de 2024 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí, Antioquia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la Nueva EPS, o quien haga sus veces, que en un término no mayor a cuarenta y ocho horas (48) hábiles posteriores a la notificación de esta providencia, reconozca y pague al señor CARLOS ACOSTA ROJAS las incapacidades médicas por enfermedad general comprendidas entre el 29 de mayo de 2023 y hasta el cuatro de diciembre de 2023.

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

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

Notifíquese y cúmplase,

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
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: **3485494e75a2097ff6b7e097da3901451ace4b7f61233313c096a0257323a6a**

Documento generado en 03/04/2024 03:51:48 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Radicado: 05579-3104001-2024-00031 (2024-0469-3)
Accionante: Rosalba Méndez De Charry
Accionada: Nueva EPS.
Asunto: Impugnación Fallo Tutela
Decisión: Adiciona
Acta y fecha: N° 120 de abril 03 de 2024

Medellín, tres (03) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionante contra el fallo de tutela del 28 de febrero de 2024, emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, Antioquia.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

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

Manifestó la señora ROSALBA MÉNDEZ DE CHARRY que cuenta con 70 años de edad, y desde hace más de 3 años se encuentra incapacitada de manera continua e ininterrumpida, motivo por el cual la NUEVA EPS expidió dictamen de rehabilitación desfavorable y se inició proceso de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral ante COLPENSIONES, la cual fue dictaminada en más del 28%; que dicha calificación fue apelada, siendo remitido el proceso ante la Junta Departamental de Calificación de Invalidez de Antioquia, la cual, a su vez, determinó una pérdida de más del 30%; sin embargo, contra esa calificación también presentó recurso.

Igualmente, informó que mediante fallos de tutela se ha ordenado el pago de las incapacidades, siendo uno de ellos proferido por esta misma agencia judicial, en el que se ordenó a la NUEVA EPS el pago de dicho auxilio hasta el día 22 de septiembre de 2023, pero resalta que a partir de esa fecha esa entidad no ha cubierto las incapacidades médicas generadas hasta el momento de la interposición de la presente acción de tutela, no obstante que aquellas han sido radicadas oportunamente.

Resaltó la accionante que en este caso resulta procedente la acción de tutela dada su avanzada edad, su estado de salud, la continuidad de las incapacidades y su dependencia económica del pago de las incapacidades.

Con fundamento en lo anterior, la señora ROSALBA MÉNDEZ DE CHARRY solicitó que se ordene a la NUEVA EPS que pague las incapacidades radicadas y adeudadas a la fecha de interposición de la presente acción de tutela; asimismo, que se le ordene a esa EPS que continúe pagando las incapacidades que se sigan generando hasta tanto se dé una calificación definitiva de su porcentaje de invalidez; que se ordene igualmente a esa entidad que no incurra en ese tipo de situaciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y vida en condiciones dignas de la señora ROSALBA MÉNDEZ DE CHARRY, y en consecuencia dispuso:

“(…)

SEGUNDO. ORDENAR a la NUEVA EPS que dentro del término de cuarenta y ocho (48) contados a partir de la notificación de esta providencia, pague a favor la señora **ROSALBA MÉNDEZ DE CHARRY** los dineros adeudados por concepto de subsidio por incapacidad por los períodos del 21 de septiembre de 2023 al 20 de octubre de 2023, del 21 de octubre de 2023 al 19 de noviembre de 2023, del 20 de noviembre de 2023 al 19 de diciembre de 2023, y del 20 de diciembre de 2023 al 18 de enero de 2024, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

Expuso que, las incapacidades generadas a la señora ROSALBA MÉNDEZ DE CHARRY iniciaron el 02 de enero de 2021; el 30 de junio de 2021 se cumplieron 180 días de incapacidad, y el día 25 de junio de 2022 se alcanzó el término de 540 días. Mediante sentencia de tutela proferida por ese mismo despacho judicial el 15 de septiembre de 2023, se ordenó a la NUEVA EPS el pago de las incapacidades generadas desde el 23 de febrero de 2023 al 22 de septiembre de 2023; sin embargo, el fallo fue claro en ordenar el pago únicamente por esas incapacidades.

En esta oportunidad acreditó la accionante que el médico tratante ha expedido unas nuevas incapacidades, estas son, las comprendidas entre el 21 de septiembre de 2023 hasta el 18 de enero de 2024. No se allegó al plenario ninguna otra prueba que lleve a demostrar que con posterioridad al 18 de enero de 2024 se hayan generado nuevas incapacidades a su favor.

Si bien la accionante inició proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante Colpensiones, el dictamen aún no se encuentra en firme, en tanto, fue objeto de recurso; y apoyado en la sentencia T-421 de 2023, adujo que el reconocimiento y pago de incapacidades médicas superiores al día 540 no se encuentra condicionado a que el paciente tenga un concepto favorable o desfavorable.

La Ley atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, teniendo estas la facultad de perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Finalmente, negó el recobro ante el ADRES solicitado por la EPS, toda vez que por ley la entidad cuenta con los mecanismos para tal fin, sin que se hiciera necesario, en su momento, su vinculación al trámite de tutela y menos la orden del juez constitucional para un eventual recobro.

DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante inconforme con la decisión adoptada manifestó que, la determinación no es congruente, en tanto, no se ajusta de manera integra a los hechos y antecedentes de la tutela ni al derecho impetrado.

Ignoró que está siendo incapacitada de manera continua, de no ampararse igualmente o prevenir a la accionada de su deber de seguir pagando las incapacidades continuas posteriores, hasta tanto se le dé el alta o se termine

la valoración por parte del comité nacional de Invalidez donde se determine de manera efectiva la merma total de su capacidad laboral o que en su defecto, una vez agotada la calificación y en caso de no reconocer su estado de indefensión total, solicita que haya un pronunciamiento frente a la petición de ordenarse el pago de las incapacidades que se generen de manera continua, pues de lo contrario, tendría que accionar cada tres meses para que le paguen las incapacidades que se generen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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.

Teniendo en cuenta que el objeto de la impugnación se centra en la omisión del A quo de ordenar el pago de las incapacidades continuas y futuras que se causen a favor de la señora ROSALBA MÉNDEZ DE CHARRY procederá la Sala a pronunciarse solo sobre este asunto.

La Corte Constitucional en varias decisiones ha referido que el pago inoportuno de las incapacidades laborales afecta derechos fundamentales como el del mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en tanto, dichos emolumentos cubren los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario.

Así, por ejemplo, el Alto Tribunal de lo constitucional en sentencia T-144-16, indicó:

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

“(...) Adicionalmente esta Corporación ha resaltado que cuando se busca la obtención del dinero derivado de un auxilio por incapacidad laboral, el juez de tutela debe considerar que la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna.

(...)

40. Aunado a lo anterior, ha de resaltarse que las personas, como la aquí accionante, que reclaman el pago de las incapacidades superiores a los 540 días son aquellas que han intentado reintegrarse a la vida laboral, a pesar de la disminución de su fuerza de trabajo, pese a lo cual no ha logrado estabilizar su vida laboral, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad.

En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud.

(...)

El pago de las incapacidades que se sigan causando en favor de la accionante, también serán asumidas por Salud Total EPS, en los términos expuestos en precedencia, hasta tanto se revise y recalifique su pérdida de la capacidad laboral.”

En el asunto bajo examen, el debate no se circunscribe a la simple procedencia del pago de incapacidades superiores al día 540 a cargo de la Nueva EPS, pues valga recordar que el A quo la ordenó, pero solo hasta el 18 de enero de 2024, limitante que reprocha la accionante, en tanto también pretende se ordene el pago de las incapacidades que se sigan causando.

Para la Sala, no hay razón válida para que la protección constitucional no comprenda las incapacidades que eventualmente se causen a posterioridad, pues limitarla a una fecha significaría que la actora se viera en la necesidad de interponer una nueva acción de tutela por cada periodo de incapacidad que

le sea generado, como ha ocurrido con la presente; lo cual no solo constituye una barrera al acceso a los derechos fundamentales de la actora, sino un desgaste innecesario de la administración de justicia.

Por tanto, se adicionará el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, Antioquia, el 28 de febrero de 2024 teniendo en cuenta que, aunque dicha providencia accedió al amparo solicitado, también se debe adoptar orden para garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales de la accionante.

En tal sentido, se ordenará a la Nueva EPS el pago de las incapacidades continuas que en el futuro sean expedidas en favor de la señora ROSALBA MÉNDEZ DE CHARRY, hasta que se le resuelva en definitiva su situación de calificación de pérdida de capacidad laboral.

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: ADICIONAR el fallo del 28 de febrero de 2024 del Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, Antioquia, que tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital, digna humana y vida en condiciones dignas de la señora ROSALBA MÉNDEZ DE CHARRY.

SEGUNDO: ORDENAR a la Nueva EPS el pago de las incapacidades continuas que en el futuro sean expedidas en favor de la señora ROSALBA MÉNDEZ DE CHARRY, hasta que se le resuelva en definitiva su situación de calificación de pérdida de capacidad laboral.

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

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

Notifíquese y cúmplase,

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)

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: **7bc4a5811c5a55571056d1e1a7e74a3f6f85db44393aa2ee32cdaadc5ffc2022**

Documento generado en 03/04/2024 03:52:00 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, diecinueve (19) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª
instancia
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional
Decisión : Confirma sentencia.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la
fecha. Acta N° 114

M.P. JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa del procesado, señor LUIS ENRIQUE CARO GRACIANO, frente a la sentencia proferida el 16 de febrero de 2024 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia (Ant.) y a través de la cual se le declaró penalmente responsable por la comisión de la conducta punible de Homicidio preterintencional y se le condenó a la pena de setenta y dos (72) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, en virtud del preacuerdo logrado entre la Fiscalía y la defensa del procesado.

Nº Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

Se le denegó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, tanto la del artículo 38B del C.P., como por cabeza de familia, decisión en concreto que fue objeto del recurso de alzada.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se desprende del escrito de acusación que ocurrieron el 19 de marzo de 2023 en el barrio “El Filito” localizado en el municipio de Caicedo (Ant.) cuando en medio de una riña, el señor LUIS ENRIQUE CARO GRACIANO le propinó tres puñaladas al señor JAVIER ALEJANDRO HENAO GARCÍA, dos en la parte lumbar posterior y una en el costado izquierdo penetrante a torax, lesiones que le causaron la muerte.

RESUMEN DE LO ACTUADO

Ante el Juez de control de garantías el 20 de marzo de 2023, se imputó al procesado el delito de Homicidio simple art. 103 del C.P., imputación que fue modificada en audiencia del 7 de junio siguiente, en la que se le cambió el cargo por el punible de Homicidio preterintencional de que trata el art. 105 del CP, sin que se allanara.

Posteriormente, el 31 de julio de 2023, se llevó a cabo audiencia de acusación, y previo a la apertura de la preparatoria, el 29 de noviembre siguiente, las partes

Nº Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

suscribieron un preacuerdo consistente en que el procesado aceptaría los cargos por el delito de Homicidio preterintencional, y para efectos punitivos, la Fiscalía le reconocería un estado de ira, pactando una pena de setenta y dos (72) meses de prisión, bajo la advertencia de que no habría lugar ni a beneficios ni a subrogados penales. Así entonces, el 5 de diciembre de las misma anualidad, se celebraron las audiencias de verificación de preacuerdo e individualización de pena; y el 16 de febrero de 2024 se leyó la respectiva sentencia.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En virtud del preacuerdo celebrado entre el procesado asesorado por su defensor y la Fiscalía, el Juez de primera instancia emitió sentencia condenatoria en contra de LUIS ENRIQUE CARO GRACIANO por el delito Homicidio preterintencional en los términos pactados en la negociación.

Consideró el *A quo* que en el presente caso el acusado aceptó cargos de forma libre, voluntaria, espontánea, y estuvo debidamente asesorado por su defensor. Asimismo, advirtió que de los elementos materiales probatorios aportados por el ente Fiscal se desprendía certeza más allá de toda duda razonable, tanto la existencia del hecho como la responsabilidad del procesado en el delito endilgado.

En cuanto a la solicitud que hiciera la defensa para conceder al procesado la prisión domiciliaria explicó el

Nº Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

sentenciador que, en el presente caso no se cumplía con las exigencias del art. 38 B del CP, en el entendido que el requisito objetivo para su otorgamiento requería que el delito cometido tuviera una pena mínima de 8 años, y en el presente caso, la conducta punible cometida traía un *quantum* superior, toda vez que el reconocimiento de la ira solo se hizo para efectos de la rebaja punitiva como ficción jurídica.

Por otra parte, también advirtió el fallador de primera instancia, después de haber analizado los elementos presentados por la defensa, que el procesado tampoco cumplía con la condición de padre cabeza de familia, y, por lo tanto, no se podía acceder a dicha solicitud.

Por último, el Juez de primera instancia, ordenó el traslado inmediato del procesado al centro penitenciario que designara el INPEC, para que pudiera descontar allí la pena impuesta.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

La defensa del procesado interpuso el recurso de apelación y lo sustentó por escrito, manifestando su desacuerdo respecto de la negación de la concesión de la prisión domiciliaria y de la existencia de una nulidad desde la audiencia del art. 447 del CPP. El extenso memorial presentado por el apelante, se concreta básicamente en lo siguiente:

Nº Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

- Su representado cumple con el requisito del art. 38 B para que le sea concedida la prisión domiciliaria, toda vez que con el preacuerdo se modificaron los extremos punitivos, al habersele reconocido el estado de ira e intenso dolor. Adicionalmente se demostró el arraigo familiar del señor CARO GRACIANO.

- Una vez corrido el traslado de la audiencia del art. 447 la defensa solicitó aplazamiento de la diligencia, bajo la consideración que el preacuerdo se había logrado hacía unos pocos días, por lo que requería de un plazo razonable para reunir elementos que le permitieran acreditar la condición de padre cabeza de familia de su prohijado; sin embargo, el Juez de primera instancia negó su solicitud, vulnerando el derecho de defensa y al debido proceso. Si bien es cierto la diligencia del art. 447 comporta la acreditación informal del hecho, no por ello se deben desconocer las garantías procesales mínimas de las partes o intervinientes.

Por lo anterior, solicita la revocatoria del numeral tercero de la sentencia de primera instancia y en su defecto se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de individualización de pena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la defensa, de conformidad

N° Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

con lo previsto en los artículos 34 numeral 1°, 176 inciso final, y 179, Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Del escrito de sustentación del recurso de alzada presentado por el defensor, se advierte que, en su calidad de único sujeto procesal recurrente, cuestionó la decisión de primera instancia sólo en lo que respecta a la no concesión del sustituto de la prisión domiciliaria. Por una parte, al considerar que su representado cumple con los requisitos del art. 38 B; y por otra, porque argumenta que se incurrió en una violación al derecho de la defensa y del debido proceso, toda vez que el Juez de primera instancia, no aceptó la suspensión de la audiencia del art. 447 del CPP, de tal manera que pudiera acreditar elementos relacionados con la calidad de padre cabeza de familia de CARO GRACIANO; por tal motivo, advierte, que se está ante una causal de nulidad.

En un primer orden, pretende el impugnante que a su prohijado se le conceda el beneficio de la prisión domiciliaria, al considerar que el Juez de primera instancia interpretó erróneamente el requisito contenido en el numeral 1° del art. 38 B del CP, toda vez que al señor CARO GRACIANO se le impuso una condena inferior a los 8 años de prisión.

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

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

Nº Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

1) Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos (...)

En el caso que nos convoca es fundamental señalar que, el preacuerdo suscrito entre las partes consistió en que el procesado aceptaba su responsabilidad a título de autor por el delito de Homicidio preterintencional (art. 105 C.P.), pero para efectos punitivos se le reconocería el descuento de la ira, pactándose la sanción en setenta y dos (72) meses de prisión. Siendo relevante mencionar, que esta Sala escuchó el registro de la audiencia de verificación de preacuerdo, donde la Fiscalía le advirtió al procesado que el descuento solo se aplicaría para efectos punitivos, sin que pudiera hacerse acreedor de beneficios o subrogados (escúchese mins. 9:33 a 10:15 del audio del 05-12-2023); situación que le fue reiterada por el *A quo* (min. 17:55-18:28 del audio del 05-12-2023), y pese a ello el acusado afirmó que comprendía las consecuencias del preacuerdo, aceptándolo de forma libre, voluntaria, informada y debidamente asesorado por su defensor.

Y aunque el recurrente considera que el Juez de primera instancia exageró la interpretación que debía dársele al num. 1º del art. 38 B –anteriormente citado–, porque en su sentir al procesado se le condenó a una pena inferior a la exigida por la mencionada normativa, considera esta Sala que el *A quo* realizó un análisis acertado.

Nº Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

Durante los últimos años, la Corte Suprema de Justicia de manera mayoritaria ha considerado que cuando se acude a una figura que trae aparejada una pena menor, como contraprestación en virtud de un preacuerdo, llámese complicidad, marginalidad, ira, entre otras, ello tiene solamente efectos punitivos, es decir, se impondrá la pena prevista para el cómplice o para quien obró en circunstancias de marginalidad o ira, sin que se varíe en realidad, el grado de participación o la responsabilidad penal, y de contera, tampoco los límites punitivos del delito por el cual se emite la sanción; y esto, porque la conducta punible que se ejecutó y que se investigó no puede variarse en virtud de un preacuerdo (véase CSJ SP 359-2022, rad. 54535, 16-02- 2022).

Así las cosas, estima la Sala que el Juez *A quo* no erró al interpretar el contenido del art. 38 B del CP, pues se insiste, el procesado fue condenado –y así se le explicó oportunamente– por el delito contenido en el art. 105 del CP que parte de una pena mínima de 104 meses de prisión, sin que la negociación que se hiciera afectara los límites del tipo penal. Por lo tanto, no se accederá a la solicitud del recurrente.

Ahora bien, en cuanto al argumento principal expuesto por el recurrente en el escrito de apelación, el cual se encuentra orientado a que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia del art. 447 del CP, porque considera que en el presente caso, el Juez de primera instancia vulneró los derechos a la defensa y al debido proceso, al no acceder a la solicitud de suspensión de la diligencia para que pudiera

Nº Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

presentar elementos adicionales para acreditar la condición de cabeza de familia del señor CARO GRACIANO. Dígase de una vez que, esta Sala tampoco accederá a dicha solicitud.

Sobre la nulidad, señala el art. 457 del C.P.P., lo siguiente:

Nulidad por violación de garantías fundamentales: Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales (...)

De la anterior normativa se desprende que la solicitud de nulidad no puede promoverse de manera caprichosa, sino que aquella está regida entre otros, por el principio de residualidad, según el cual solo podrá decretarse aquella cuando no exista ninguna otra forma menos extrema para restablecer las garantías vulneradas.

En el presente caso, tal y como lo afirma el impugnante una vez verificado el preacuerdo pactado por las partes, la defensa solicitó la suspensión de la audiencia del art. 447 del CPP, toda vez que le resultaba menester acreditar la condición de padre cabeza de familia de su representado a través de un informe psicofamiliar, arguyendo que como el preacuerdo se había suscrito una semana antes, no había logrado concretar dicha valoración; sin embargo, el Juez negó la solicitud bajo el entendido que la defensa debía estar preparada para la diligencia y contó con un término prudencial para presentar los elementos que pretendía hacer valer, más

N° Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

aún cuando ese documento podía presentarlo ante el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (escúchese mins. 23:55 a 24:14 del audio del 05-12-2023).

Es así como el *A quo*, instaló formalmente la audiencia del art. 447 del CPP, les concedió la palabra a las partes y al interviniente. No obstante, el recurrente insistió en su solicitud, la cual fue negada de nuevo, por lo que, sin más, se le permitió explicar ampliamente las condiciones y calidades individuales del señor LUIS ENRIQUE CARO GRACIANO, allegando al Despacho diferentes documentos con los que pretendía demostrar la calidad de padre cabeza de familia de su prohijado (escúchese desde el min. 51:29 a 1:08:29 del audio del 05-12-2023).

Así las cosas, de lo anterior se desprende que el Juez de primera instancia, en su facultad discrecional rechazó la solicitud que hiciera la defensa de aplazar la diligencia de que trata el art. 447 del CPP. No obstante, contrario a lo deprecado por el impugnante, ello no fue motivo para que se le impidiera pronunciarse acerca de las calidades de señor CARO GRACIANO y allegar pruebas que soportaban el pedido de reconocimiento de cabeza de familia, elementos que además fueron debidamente valorados por el fallador en la sentencia de primera instancia para negar la concesión de la prisión domiciliaria.

Contrario a lo alegado por el apelante, es del mismo inciso 2° del art. 447 del CPP que se desprende que es

Nº Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

potestativo del Juez, ampliar la información sobre las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes del procesado. Al respecto el articulado dice expresamente:

Si el juez para individualizar la pena por imponer, **estimare necesario** ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición. (negritas y subrayado nuestro)

Así las cosas, el fallador de primera instancia, no incurrió en ninguna vulneración al derecho a la defensa ni tampoco al debido proceso, porque como se ha podido advertir, el impugnante contó con todas las garantías procesales para presentar sus argumentos en la audiencia del art. 447 del CPP, resultando facultativo del Juez, suspender o no, la diligencia para conceder un plazo adicional para que se allegara nueva información.

En un caso similar al que es objeto de este debate, la Corte Suprema de Justicia se pronunció indicando lo siguiente (CJS AP2731-2023, rad. 60031 del 06-09-2023):

En el caso que se examina, la Sala no rebatía la corrección de la premisa procesal que sustenta la queja del censor: revisada preliminarmente la actuación, se tiene que en la audiencia de 22 de septiembre de 2020, una vez aprobado el preacuerdo, el defensor pidió que «se... fij(ara) otra fecha» para «la disposición del artículo 447» porque haría «una postura frente a la

N° Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

concepción del padre cabeza de familia». El fallador negó tal pretensión y dictó sentencia en esa misma fecha.

Pero tal situación no entrafía, desde ninguna perspectiva, una anomalía: sencillamente, no existe ninguna norma que obligue a los funcionarios judiciales a otorgar los aplazamientos reclamados por las partes e intervinientes. Lo que sí establece la legislación procesal (en concreto, el literal i del artículo 8° de la Ley 906 de 2004) es que el imputado tiene derecho a «disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa», lo cual se satisfizo holgadamente en este asunto.

En el *sub judice*, la defensa contó desde la audiencia de imputación con un término razonable para recaudar material suficiente en favor de su representado, y una vez se suscribió el preacuerdo, también contó con un plazo adecuado para presentar la información que pretendía hacer valer en la audiencia del art. 447 del CPP, pues de no haber sido así, en dicha diligencia no hubiese allegado elementos para acreditar la condición de cabeza de familia que pretendía hacer valer.

Por lo tanto, la solicitud de nulidad deprecada por el impugnante no será admitida por esta Magistratura, más aún porque como se anunció en línea atrás, la nulidad está regida por el principio de residualidad, y en este caso, la controversia sobre la viabilidad de otorgar al enjuiciado la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia puede promoverse, ante el Juez de ejecución de penas.

Nº Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

Por manera que, es la confirmación íntegra de la sentencia impugnada, la decisión que se impone para esta Magistratura en el presente evento, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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 condenatoria proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia (Ant.) , de 16 de febrero de 2024, en contra del señor LUIS ENRIQUE CARO GRACIANO, según las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

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

Nº Interno : 2024-0501-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 847 60 00354 2023 00028
Acusado : Luis Enrique Caro Graciano
Delito : Homicidio preterintencional

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

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: **5e19f76164b5e6da90f417566d74a302d7133b9e88bb61e5d312af77e3731415**

Documento generado en 20/03/2024 07:10:13 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 05761-31-89001-2024-00022-01 (2024-0510-3)
Accionante Nidia María Saucedá Peña
Accionado Nueva EPS.
Asunto Impugnación fallo de tutela
Decisión Confirma
Acta: N° 121 de abril 03 de 2024

Medellín, tres (03) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada Nueva EPS, contra el fallo de tutela del primero de marzo de 2024¹, emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

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

Señala el accionante, que tiene 50 años de edad, vive en el municipio de Sopetrán, se encuentra afiliada en calidad de cotizante activa en Nueva EPS, como trabajadora dependiente, quien indica que desde hace varios años viene atravesando graves dificultades de salud, debido a múltiples patologías que la aquejan, entre otras denominadas por los médicos especialistas tratantes como: ARTROSIS DEGENERATIVA, TRASTORNO DE ANSIEDAD, TRASTORNO DEL SUEÑO, DEDO EN GATILLO, SINDROME DE MANGUITO ROTADOR, BURSITIS SUBACROMIO SUBDELTOIDEA, entre otras, motivo por el cual fue remitida a múltiples especialidades por parte de medicina general desde hace un par de meses.

¹ PDF N° 005 del expediente digital

Aduce que, con ocasión de los quebrantos a que hace referencia, y dado que no tiene un pronóstico claro de recuperación, no ha sido posible desde hace varios meses que la atiendan o le asignen cita con MEDICINA LABORAL, lo que ha imposibilitado su recuperación oportuna y el reintegro laboral, a pesar de que desde el pasado mes de enero de 2024 le fueron prescritas las evaluaciones con dichas especialidades clínicas, no ha sido posible que por supuesta falta de agenda de la EPS, que es lo que siempre le dicen cuando se acerca a las instalaciones de la accionada.

3. PRETENSIONES

Ordenar a Nueva EPS, autorice y garantice de forma completa e integral todos los exámenes, medicinas, terapias, revisiones con especialistas, intervenciones quirúrgicas, ayudas diagnósticas, citas médicas y tratamiento integral que se derive de las patologías que en la actualidad tiene pendientes y las que de aquí en adelante le sean programadas y/o recetadas por los médicos tratantes, con ocasión de los padecimientos que actualmente la aquejan denominados: ARTROSIS DEGENERATIVA, TRASTORNO DE ANSIEDAD, TRASTORNO DEL SUEÑO, DEDO EN GATILLO, SINDROME DE MANGUITO ROTADOR, BURSITIS SUBACROMIO SUBDELTOIDEA y muy especialmente a que se me programe cita de control con MEDICINA LABORAL tal cual le fue prescrito desde hace varios días por el ortopedista tratante."

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán – Antioquia, el primero de marzo de 2024², amparó los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la accionante y en consecuencia dispuso:

"(...)

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a NUEVA EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, si aún no lo hubiere hecho, proceda a la asignación de la cita con especialista denominada "MEDICINA LABORAL", requerido por la señora NIDIA MARÍA SAUCEDA PEÑA identificada con la cedula de ciudadanía Nro. 22.117.345, en las condiciones ordenadas por el médico tratante.

TERCERO: ORDENAR a NUEVA EPS, que garantice el TRATAMIENTO INTEGRAL que la señora NIDIA MARÍA SAUCEDA PEÑA identificada con la cedula de ciudadanía Nro. 22.117.345, requiera en relación con el diagnóstico denominado: "ARTROSIS DEGENERATIVA, TRASTORNO DE ANSIEDAD, TRASTORNO DEL SUEÑO, DEDO EN GATILLO, SINDROME DE MANGUITO ROTADOR, BURSITIS SUBACROMIO SUBDELTOIDEA.

(...)"

² PDF N° 005 de la carpeta digital.

Expuso que se encontraba acreditado que la accionante presenta como diagnósticos los de “ARTROSIS DEGENERATIVA, TRASTORNO DE ANSIEDAD, TRASTORNO DEL SUEÑO, DEDO EN GATILLO, SINDROME DE MANGUITO ROTADOR, BURSITIS SUBACROMIO SUBDELTOIDEA”, y que se encontraba pendiente el agendamiento de una cita con médico especialista en medicina laboral, la cual había sido ordenada desde el cinco de junio de 2023 y 11 de enero de 2024, en razón de las enfermedades que padece.

Adujo que la atención en salud no puede suspenderse invocando razones de carácter administrativo, pues “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.”.

DE LA IMPUGNACIÓN

La apoderada especial de la Nueva EPS³ solicitó se revoque la orden de 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 tienen fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad o de particulares. Determinarlo de esa manera es presumir la mala actuación de la institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados.

Subsidiariamente, en caso de ser confirmado el fallo, solicita se ordene a la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud -ADRES- que garantice el reconocimiento del 100% a la Nueva EPS de los costos en que incurra por atenciones NOS PBS en cumplimiento del fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES

³ PDF N° 007 de la carpeta digital.

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁴, 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.

Teniendo en cuenta que el objeto de la impugnación se centra en el reconocimiento del tratamiento integral concedido en favor de la señora NIDIA MARÍA SAUCEDA PEÑA para las patologías de “*artrosis degenerativa, trastorno de ansiedad, trastorno del sueño, dedo en gatillo, síndrome de manguito rotador, bursitis subacromio subdeltoidea*” procederá la Sala a pronunciarse solo sobre este asunto.

Para ello, se hará un estudio de los siguientes tópicos: (i) la figura del tratamiento integral, y (ii) caso concreto.

(i) La figura del tratamiento integral. La Honorable Corte Constitucional en las Sentencias T-1000 de 2016, T-062 y T1-172 de 2017, ha sido enfática en determinar en qué eventos es procedente acceder a la orden de integralidad, circunscribiéndolo a la existencia de una orden médica dada por el galeno tratante, donde se especifique claramente el diagnóstico padecido por el paciente, veamos:

“...el concepto de integralidad no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada; debe existir un diagnóstico médico que haga determinable, en términos de cantidad y periodicidad, los servicios médicos y el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud del paciente y su integridad personal, salvo situaciones excepcionalísimas.”

⁴ 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

Se desprende del anterior planteamiento, que los principios que rigen la prestación del servicio de salud, contienen limitaciones determinadas, que para el caso de la integralidad, debe verificarse la existencia de un diagnóstico cierto, que permita al Juez Constitucional dirigir la orden sobre las reales afectaciones que padece el doliente. En la sentencia T-081 de 2019, se expuso:

4.2. Tratamiento integral en salud. En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente^[39], "(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan"^[40]. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias^[41].

Al mismo tiempo ha señalado esta corporación que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación^[42], poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte^[43]; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente^[44]. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes^[45].

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine^[46].

(ii) Caso concreto. En el asunto que se ventila, se aprecia jurídicamente acertada la decisión del a quo de ordenar la prestación de un servicio integral de salud, en aras de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de NIDIA MARÍA SAUCEDA PEÑA, dadas las patologías que la aquejan "artrosis

degenerativa, trastorno de ansiedad, trastorno del sueño, dedo en gatillo, síndrome de manguito rotador, bursitis subacromio subdeltoidea”.

Se evidencia que existió una mora en la prestación del servicio requerido por la usuaria, pues la actora se vio en la obligación de incoar el presente amparo constitucional a fin de que la Nueva EPS programara cita con “*medicina laboral*”. Situación que, sí permitía advertir una eventual situación de negación de servicio de salud que debía ser abordada y garantizada en el fallo de tutela.

De ahí que, resultó acertada la orden de a quo, de disponer: i) la prestación del servicio de salud, estuviese a cargo de la NUEVA EPS, pues, SAUCEDA PEÑA ostenta la condición de afiliado activo al sistema de salud en el régimen contributivo, y ii) que la misma involucrara un tratamiento integral con las limitaciones antes descritas, esto es, el tratamiento integral a los servicios de salud que se puedan derivar de las patologías que presenta.

Decidir lo contrario sería tanto como amparar el diagnóstico, pero dejando el procedimiento a seguir al vaivén de lo que decida la EPS, en claro desmedro de su derecho a ser atendida en condiciones de prontitud y continuidad. Además, a la postre de alegarse que se están amparando prestaciones futuras e inciertas, se advierte que las condiciones médicas de SAUCEDA PEÑA permiten contemplar la muy segura necesidad de un tratamiento prolongado, que no puede ser separado o sujeto a un sin número de tutelas para cada etapa del tratamiento, máxime que los diagnósticos se encuentran claramente definidos.

De tal suerte, al encontrarse acreditados los requisitos jurisprudenciales instituidos para el otorgamiento del tratamiento integral, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

Ahora, frente la petición de la NUEVA EPS de que se adicione el fallo para que se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad

Social en Salud -ADRES- reconozca a favor de la Nueva EPS el 100% de los costos en que incurra por atenciones NO PBS en cumplimiento de la sentencia, debe señalar la Sala que lo pretendido es un trámite administrativo entre entidades del Sistema de Seguridad Social Integral que, al no comprometer derechos fundamentales, no podría ser ordenado a través de la acción de tutela.

Sobre ese aspecto la Corte Constitucional en Sentencia T-122/21 refirió:

“...de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; **una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente...**” (Subrayas fuera del texto)

Luego, este mecanismo constitucional ha sido concebido exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, por tanto, los aspectos económicos que puedan derivarse del cumplimiento del fallo de tutela, no son objeto de definición en este trámite preferente. Máxime cuando, las EPS cuentan un procedimiento ordinario para solicitar el recobro directamente. No es la acción de tutela el instrumento adecuado para reemplazar las acciones ordinarias.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia, el primero de marzo de 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

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: **7e4b4a3c0288adc7d53d6c33cf339bb8d75c63b270c84733a3b63121d029a35a**

Documento generado en 03/04/2024 03:52:10 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 05000-22-04-000-2024-00170 (2024-0547-3)
Accionante Johnatan Matía Caballero
Accionado Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia.
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Concede parcialmente
Acta: N° 118 abril 03 de 2024

Medellín, tres (03) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por JHONATAN MATIA CABALLERO, en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹ que en varias oportunidades ha solicitado al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, la actualización de sus redenciones; sin embargo, no recibido respuesta alguna.

Relacionó los certificados No. 18214908, 18268739, 18374059, 18470499, 18566548, 18662157, 18748219 y 18816787 aduciendo que son estos los que desea le sea redimido, al igual que los periodos comprendidos entre abril y junio de 2023, julio y septiembre de 2023 y octubre y diciembre de 2023.

¹ PDF 003, expediente digital de tutela.

Por lo anterior, demandó se le ampare el derecho fundamental invocado, y, en consecuencia, se ordene al Juzgado accionado actualice sus redenciones desde el inicio hasta la fecha.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el 20 de marzo de 2024², se avocó la acción de tutela, se corrió traslado al despacho demandado y se vinculó al EPMSC Apartadó para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, dieran respuesta sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente.

2. El asesor jurídico del EPMSC Apartadó manifestó que el actor se encuentra a cargo de ese penal, pero que es el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medida de Seguridad de Apartadó, el despacho competente para resolver las peticiones de redención.

3. La titular del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, manifestó que JHONATAN MATIA CABALLERO fue condenado el 18 de junio de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia, a la pena de 144 meses de prisión, por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado. Decisión confirmada por este Tribunal.

El tres de mayo de 2023 el Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia, remitió a ese despacho el expediente del sentenciado el cual era vigilado por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, con una solicitud de redención de pena pendiente por resolver.

Además, el CPMS Apartadó, también remitió para estudio de redención de pena los cómputos del siete de julio, 22 de septiembre y 12 de diciembre de 2023.

² PDF N° 005 Expediente Digital.

Con ocasión de la acción de tutela, resolvió las peticiones que se encontraban pendientes, y ofició al EPMSC Apartadó para que allegara a dicha dependencia los cómputos 18470499, 18566548, 18662157 y 18748219, que figuran en la cartilla biográfica y corresponden a las actividades realizadas por el penado durante los cuatro trimestres del año 2022, para el correspondiente estudio de redención.

De tal forma, solicitó se declare la improcedencia por tratarse de un hecho superado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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.

El objetivo de este trámite preferente no es otro diferente a que el juez constitucional, en uso de sus facultades, mediante sentencia, haga cesar la vulneración de prerrogativas fundamentales alegada en el libelo.

No obstante, ha ilustrado la jurisprudencia constitucional, que existen eventos en los que el pronunciamiento del juez carece de objeto, bien sea porque ha cesado la afectación al derecho o, también, porque la misma se ha materializado de forma irreversible.

Los anteriores eventos fueron rotulados por la Corte Constitucional como hecho superado y daño consumado, respectivamente. Así los desarrolló el alto Tribunal:

*“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. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor. El **daño consumado** tiene lugar cuando “la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela. La configuración de este supuesto ha sido declarada por la Corte, por ejemplo, en los casos en que el solicitante de un tratamiento médico fallece durante el trámite de la acción como consecuencia del obrar negligente de su E.P.S., o cuando quien invocaba el derecho a la vivienda digna fue desalojado en el curso del proceso del inmueble que habitaba”.³*

Del estudio de la demanda, se tiene que la pretensión del accionante va dirigida a que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, se pronuncie acerca de sus solicitudes de redención de pena soportadas en los certificados No. 18214908, 18268739, 18374059, 18470499, 18566548, 18662157, 18748219 y 18816787, al igual que los periodos comprendidos entre abril y junio de 2023, julio y septiembre de 2023 y octubre y diciembre de 2023.

Frente a lo anterior, 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*

Ahora, durante el trámite de este asunto constitucional, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, acreditó que con autos interlocutorios del primero de abril hogaño, resolvió lo siguiente:

Auto Interlocutorio	Certificado Cómputo	Total redención
667	18214908	200.25 días
668	18268739	30.5 días
669	18374059	30.5 días
670	18816787	31.5 días

³ Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 2016.

⁴ STP8654-2023

671	18948265 (Del 01 de abril al 30 de junio de 2023)	29.5 días
672	19034037 (Del 01 de julio al 30 de septiembre de 2023)	30.5 días

Adicionalmente, con oficio No. 404 de la misma data, el Juzgado accionado solicitó al CPMS Apartadó, lo siguiente:

Atendiendo a lo ordenado en auto de la fecha, le solicito comedidamente remitir a este Juzgado los cómputos 18470499, 18566548, 18662157 y 18748219, los cuales figuran en la cartilla biográfica y corresponden a las actividades realizadas por JOHNATAN MATÍA CABALLERO durante los cuatro trimestres del año 2022, pero no han sido allegados para efectos de estudio de redención.

Cada certificado debe ser enviado con la calificación de la conducta y la correspondiente evaluación de la actividad.

En caso que los cómputos excedan las horas de labor permitidas, le solicita remita la autorización que le permitió a JOHNATAN MATÍA CABALLERO, laborar los días domingos y festivos, dado que, según el caso especial, debe acreditarse la justificación avalada por la dirección del C.P.M.S.C para el reconocimiento de las mismas

Los autos anteriormente aludidos fueron remitidos por el juzgado de ejecución, vía electrónica, al EPMSC Apartadó con fines de notificación al sentenciado, sin embargo, en el expediente no obra constancia de que el establecimiento carcelario haya permitido al actor acceder a esas providencias y de esa manera garantizarle, si así lo considera, la interposición de los recursos de ley que contra esas providencias procedan.

Así las cosas, la Sala concederá parcialmente el amparo constitucional solicitado para proteger el derecho fundamental al derecho al debido proceso de JHONATAN MATIA CABALLERO.

En consecuencia, se ordenará al EPMSC Apartadó que, en un término de cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, ponga en conocimiento del accionante los autos No. 667, 668, 669, 670, 671 y 672 del primero de abril de 2024 antes referidos.

Igualmente, para que, en el mismo término, remita al Juzgado que actualmente vigila la condena de JHONATAN MATIA CABALLERO, esto es, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, los certificados de cómputo No. 18470499, 18566548, 18662157 y 18748219, así como el certificado actualizado que acredite lo correspondiente para redención de pena del actor, en el periodo comprendido entre octubre a diciembre de 2023.

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: AMPARAR PARCIALMENTE el derecho fundamental al debido proceso del señor JHONATAN MATIA CABALLERO.

SEGUNDO: ORDENAR al EPMSC Apartadó que, en un término de cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la notificación de esta providencia, ponga en conocimiento de JHONATAN MATIA CABALLERO, si aún no lo ha hecho, los autos No. 667, 668, 669, 670, 671 y 672 del primero de abril de 2024 referidos en la parte motiva de esta decisión.

Igualmente, para que, en el mismo término, remita al Juzgado que actualmente vigila la condena de JHONATAN MATIA CABALLERO, esto es, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, los certificados de cómputo No. 18470499, 18566548, 18662157 y 18748219, así como el certificado actualizado que acredite lo correspondiente para redención de pena del actor, en el periodo comprendido entre octubre a diciembre de 2023.

TERCERO: 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: **0fc9439547e0228dada123acf9eece35cd5e3fe063f003fcb834e829b5d8984**

Documento generado en 03/04/2024 03:51:41 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 05376-31-04-001-2024-00003 (2024-0566-3)
Accionante Nancy Yainy Pérez Almeida
Accionados Savia Salud EPS
Asunto Consulta desacato
Decisión Confirma
Acta: N° 117 abril 03 de 2024

Medellín, tres (03) de abril 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 SAVIA SALUD EPS, debido a la sanción que le fuera impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia, mediante auto interlocutorio adiado el 19 de marzo de 2024.

ANTECEDENTES

Con sentencia del 31 de enero de 2024, se ampararon los derechos fundamentales de la señora Nancy Yainy Pérez Almeida, en consecuencia, se dispuso:

“SEGUNDO: ORDENAR a SAVIA SALUD EPS que, en el término de las 48 horas siguientes al enteramiento de esta providencia, si aún no se ha hecho, procedan a materializar las citas médicas con profesionales de la misma especialidad que los que emitieron la orden de cirugía en paquete, aplicación de toxina botulínica, colocación de catéter intraperitoneal, exámenes prequirúrgicos y terapia respiratoria, de forma que se cumpla con el principio de continuidad de los servicios médicos.”

TERCERO: CONCEDER EL TRATAMIENTO INTEGRAL a la señora NANCY YAINY PÉREZ ALMEIDA respecto a la patología denominada HERNIA VENTRAL."

El 27 de febrero del año que transcurre¹, la parte promotora presentó incidente de desacato alegando el incumplimiento de la accionada frente a lo ordenado en el fallo de tutela.

Con auto adiado el 28 de febrero de 2024², se requirió al Dr. Edwin Carlos Rodríguez Villamizar como Agente Interventor de SAVIA SALUD EPS, para que informara la situación por la cual no se había dado cumplimiento al fallo de tutela. Sin embargo, guardó silencio.

El seis de marzo de 2024³ se dio apertura formal al trámite incidental de desacato, ordenando la notificación del mismo al antes señalado para que en el término de tres días acreditara el cumplimiento de la sentencia, y ejercieran su derecho de defensa. Sobre el particular no hubo pronunciamiento alguno.

Mediante auto del 19 de marzo de 2024⁴, se declaró el incumplimiento de la tutela y se ordenó arresto por tres días y el pago de multa de cinco SMLMV.

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

1PDF N° 002 del expediente digital.

2PDF N° 003 del expediente digital.

3 PDF N° 005 del expediente digital.

4 PDF N° 009 del expediente digital.

que la Sala ostenta respecto de la autoridad judicial que tramitó la tutela y el incidente.

La finalidad del incidente de desacato no es propiamente la sanción como desarrollo de las facultades coercitivas del juez constitucional, sino la de garantizar la realización efectiva de los derechos protegidos por vía de la acción de tutela. Al respecto ha considerado la Corte Suprema de Justicia:

“Ha de subrayarse, igualmente, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el incidente de desacato no tiene como finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla...”⁵

En el presente asunto, se tiene que Nancy Yainy Pérez Almeida interpuso incidente de desacato contra Savia Salud EPS, al estimar que no ha dado cumplimiento al fallo de tutela adiado el 31 de enero de 2024 por medio del cual, se dispuso:

“SEGUNDO: ORDENAR a SAVIA SALUD EPS que, en el término de las 48 horas siguientes al enteramiento de esta providencia, si aún no se ha hecho, procedan a materializar las citas médicas con profesionales de la misma especialidad que los que emitieron la orden de cirugía en paquete, aplicación de toxina botulínica, colocación de catéter intraperitoneal, exámenes prequirúrgicos y terapia respiratoria, de forma que se cumpla con el principio de continuidad de los servicios médicos.

TERCERO: CONCEDER EL TRATAMIENTO INTEGRAL a la señora NANCY YAINY PÉREZ ALMEIDA respecto a la patología denominada HERNIA VENTRAL.”

Ante el incumplimiento de la orden emitida por el juzgado, la accionante, interpuso incidente de desacato, pues la accionada no ha garantizado la prestación de los referidos servicios de salud; trámite al que se vinculó al Dr. Edwin Carlos Rodríguez Villamizar como Agente Interventor de SAVIA SALUD EPS, quien fue sancionado con arresto domiciliario por tres días y el pago de multa por valor de cinco SMLMV.

⁵ CSJ STP14262-2015, rad 77727 del 10 de feb de 2015. Reiterado en radicados 75340 del 28 de agosto de 2014 y 66245 del 9 de abr de 2013.

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.

Ahora bien, es menester que la entidad accionada entienda que existe una orden de tutela que dispuso la prestación de los servicios de salud requeridos por la señora Nancy Yainy Pérez Almeida y la entidad debe otorgar todos los servicios ordenados para garantizar y respetar el derecho fundamental a la salud y vida digna de los usuarios, con el pleno respeto de los límites que regulan el sistema de salud.

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 SAVIA SALUD EPS no ha procedido a “materializar las citas médicas con profesionales de la misma especialidad que los que emitieron la orden de cirugía en paquete, aplicación de toxina botulínica, colocación de catéter intraperitoneal, exámenes prequirúrgicos y terapia respiratoria, de forma que se cumpla con el principio de continuidad de los servicios médicos.”, a favor de la señora Nancy Yainy Pérez Almeida, se procederá a confirmar la sanción impuesta por el Juez de primera instancia al Dr. Edwin Carlos Rodríguez Villamizar, como agente interventor de SAVIA SALUD EPS.

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 La Ceja - Antioquia, el 19 de marzo 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: **29c52a9cc6813e5e73966beacca1646804053adf091c900c952a97aa6b8944fa**

Documento generado en 03/04/2024 03:51:34 PM

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

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, abril cuatro (04) de 2024.

Radicado: 053186000000202100006 [N.I.2023-1865-6]

Sentenciado: Daniela Flórez Jaramillo

Delito: Cohecho por dar u ofrecer

En atención a la constancia Secretarial que antecede, y como quiera que la apoderada de la señora Daniela Flórez Jaramillo sustentó oportunamente el **recurso extraordinario de casación** debidamente interpuesto, se ordena remitir ante la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal a través de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, las presentes diligencias a fin de que se imprima el trámite pertinente por parte de la Alta Corporación.

En virtud del poder conferido por la señora Flórez Jaramillo a la Dra. Claudia Patricia Morales Manrique, se le reconoce personería.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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: **004ea4222abe2641e25d520cd252d076e171dfb6eb38d79669f941b3cefaf425**

Documento generado en 04/04/2024 11:46:37 AM

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

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 05 000-22-04-000-2024-00122 (2024-0394-1)
Accionante: Yorman Yair Pertúz Mena
Accionado: Juzgado 1° de E.P.M.S. de Apartadó Antioquia y otros

Medellín, abril tres (03) 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 Yorman Yair Pertúz Mena, 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: **65ef5189c2f525531fb641352f175834638d1f05072fa184b8a92d8f455a6c07**

Documento generado en 03/04/2024 06:47:25 PM

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

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 05 000-22-04-000-2024-00136 (2024-0431-1)

Accionante: Adán Machado Hurtado

Accionado: Juzgado 1° de E.P.M.S. de Apartadó Antioquia y otros

Medellín, abril tres (03) 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 Adán Machado Hurtado, 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: **442685dc0e2bd92ea21d2a0e7a8d689cf7bd2538f2dc9d74809cb48aafe4a9b7**

Documento generado en 03/04/2024 06:48:16 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL



M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

RADICADO	0583760003672022-00073
N.I.	2024-0205-2
PROCESADO	CARLOS ANDRÉS GARCÉS TEHERÁN
DELITO	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN	REVOCA / CONFIRMA

Medellín, veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado según acta Nro. 025

1. ASUNTO

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del proceso **CARLOS ANDRÉS GARCÉS TEHERÁN**, contra el auto proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo - Antioquia, el 25 de enero de 2024, a través de la cual inadmitió dos solicitudes documentales y una testimonial, al considerar no cumplían los parámetros legales para su decreto.

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

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

A voces del escrito de acusación presentado por el Fiscal 73 Seccional:

“El día 27 de octubre de 2022, en horas de la mañana, en la Institución educativa Pueblo Bello, ubicada en el municipio de Turbo, Antioquia, en uno de los salones de clase, el señor CARLOS ANDRES GARCES TERAN quien para el momento de los hechos se desempeñaba como profesor de educación física, realizó actos sexuales diversos al acceso como son manoseo, tocamiento en los senos por encima de la ropa, abrazos y besos en la boca a la menor de edad CMPV nacida el 13 de noviembre de 2009, quien para esa fecha contaba con 12 años de edad, hechos que se presentaron en al menos 4 oportunidades”.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por tales sucesos, el 05 de marzo de 2023 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Turbo – Antioquia, se llevó a cabo audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del referido ciudadano, siéndole imputado la autoría del ilícito de acto sexual con menor de 14 años agravado e imponiéndoseles finalmente medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario.

Se presentó escrito de acusación contra el procesado por los mismos cargos, correspondiéndole la actuación por reparto el 04 de junio de 2023 al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo - Antioquia, fijándose fecha para dar trámite a la audiencia de formulación de

acusación, misma que se surtió el 27 de julio de 2023, para seguidamente continuar con la audiencia preparatoria, la cual después de varios aplazamientos tuvo su inicio el 22 de noviembre de 2023.

4. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO

En sesión del 04 de diciembre de 2023, una vez culminada por los intervinientes el petitum probatorio, se siguió con las manifestaciones de rechazo, inadmisión o exclusión que procedían para ese momento procesal.

La Fiscalía solicitó la inadmisión del ingreso de los papелitos o carticas suscritas por la menor porque no eran documentos auténticos de cara a lo dispuesto por el artículo 425 C.P.P. y no es el investigador el llamado hacer la autenticación para que se pudiera ingresar como prueba documental, ya que quien los realizó presuntamente fue una menor.

Por su parte, el representante de las víctimas suplicó la inadmisión del video que indicaba la defensa donde estaba inmersa la menor al no cumplirse con la autorización de los padres o representantes que de este tipo de actuaciones debía tenerse.

La apoderada del procesado, en su alocución deprecó se rechazaría el testimonio del doctor Harold Enrique Salas Mendoza, Comisario de Familia del municipio de Turbo – Antioquia ante la falta de descubrimiento probatorio y las entrevistas de los señores Yony Liston

Palencia González, Gustavo Enrique Gaviria Alcázar y Delia Sofia Plaza Pacheco, por cuanto no se había cumplido con la carga de pertinencia, además de haberse extralimitado en su exposición, contaminando a la Judicatura con su solicitud testimonial.

Cerró su ruego de rechazo, aludiendo al testimonio de la doctora Lizeth Vásquez Agudelo, al no haberse agotado en que calidad lo hizo, ya que no se sabía si hace parte del cuerpo técnico de investigación y si cumplió con los requisitos que para este tipo de diligencia al estar inmersa una menor de edad se exige.

4. PROVIDENCIA APELADA

En la data del 25 de enero de 2024, la Juez Primigenia dio apertura del laudo aduciendo que, se pronunciaría en lo tocante a las solicitudes probatorias que realizaron en su oportunidad cada una de las partes, y para ello conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en múltiples actuaciones, debía considerarse esa oportunidad procesal conforme le establece la Ley 906 de 2009, donde tanto la Fiscalía como la defensa suplican las pruebas que pretendan llevar al juicio oral, teniéndose como carga los petentes la correspondiente sustentación.

Aludió a lo dispuesto en el art. 357 del C.P.P., para resaltar que el juez decreta las pruebas cuando se refieran a los hechos de la acusación que requieren prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia, a efectos de proceder a pedir la admisión, exclusión o su rechazo, dentro del marco de la correspondiente actuación probatoria que

impide el ingreso del proceso de evidencias que sean inútiles, impertinentes, ilegales, ilícitas o no descubiertas.

Detalló que, la Fiscalía de manera directa solicitó la inadmisión del uso que realizaría la defensa del investigador en lo concerniente a los 12 papelitos y/o cartas, toda vez que incumplía lo dispuesto en el artículo 425 C.P.P., esto es, la autenticación del documento por parte del investigador como quiera que la Defensa refirió que esto lo había realizado una menor, por tanto, la acreditación del mismo no corresponde al investigador y no posee esa presunción autenticidad.

Definió que, el representante de víctimas, expuso en su requerimiento de inadmisión del video donde se hicieron unas manifestaciones de la menor, que no se percibía la correspondiente autorización de los padres de la presunta víctima para poder llevar a cabo la toma, argumento que fue refutado por la defensa al aducir en su intervención que, el vídeo contaba con los respectivos controles por parte del Juez de Control de Garantías, de allí entonces que no se evidencia algún tipo de vulneración de los derechos a la menor, que fue un video que se realizó en el patio del colegio donde circulan menores, por lo tanto, esa expectativa de intimidad, tampoco se encontraba allí presente.

Por su lado, narró que, la defensa sustentó 03 rechazos frente a la petición cognoscitiva del ente acusador, el primero correspondió a la intervención del testigo Harold Enrique Salas Mendoza, Comisario de familia del Municipio de Turbo- Antioquia ante la falta de descubrimiento probatorio; el segundo a la información adicional que se sustrajo de las entrevistas tomadas a las testigos Yony Liston Palencia González, Gustavo Enrique Gaviria Alcázar y Delia Sofia Plaza Pacheco, pues no había información de que se manejó la

pertinencia; y el último corresponde a la intervención de la funcionaria Elizabeth Cristina Vázquez como quiera, no se tiene certeza de la calidad de asistente fiscal o fue la persona que tomó la entrevista, no había forma de poder establecer que fue ella quien realmente realizó la actuación, no se identifica.

Enfatizó que, la Defensora refirió impertinentemente que la Judicatura revisará la entrevista para que se percatara de la información, asegurando que se desconoció el artículo 206 del C.P.P. en cuanto a las entrevistas que se le deben formular a los niños, y a los adolescentes.

Hizo un recuento detallado y extenso de los requerimientos evidenciables que elucubraron cada una de las partes, con sus respectivos fundamentos para que se accediera a su decreto.

Para fundamentar su disposición, recalcó nuevamente que el rechazo procedía únicamente por falta de descubrimiento, comenzando con el escenario del testimonio pretendido del señor Harold Enrique Salas Mendoza, Comisario de familia del municipio de Turbo – Antioquia, donde la misma Representante del Órgano Persecutor señaló que de manera equivocada lo consignó, manifestación que de manera automática generaba el rechazo, como quiera que no hace parte del proceso.

Enunció que, respecto a la súplica de rechazo por parte de la defensa, fundado en que la intervención de la Fiscalía fue extensa y la información se salía de las entrevistas, no acarrearía tal sanción; por otro lado, destacó que, si el disenso estaba encaminado a la pertinencia, el análisis debía ser de inadmisión, de la cual no encontró tampoco la Juez de primera instancia, fundamento para

decretarla, toda vez que, las entrevistas eran documentos que se practicaban antes de las audiencias de juicio y dentro de las intervenciones que el testigo realizaba en la audiencia podían o no usarse, añadiendo que, la entrevista en ningún aspecto enmarcaba o delimitaba la intervención del testigo en la sesión de juicio oral, en tanto, eran orientadoras para tener una idea de que aspectos conocían.

Dilucido que, la entrevista tenía unos alcances como impugnar credibilidad respecto a la información que expone y para refrescar memoria, por ello el testigo asiste al proceso para que ser confrontado, por lo tanto, la Judicatura demando que no vislumbraba que se configurara alguna causal para inadmitirse.

Objetó, el fundamento dado por la apoderada del señor Garcés Terán, sobre la contaminación que pudo tener el Despacho, ya que en su sentir era un argumento que iba en contra de la misma rogante, porque incluso en su solicitud le dio a conocer de manera extensa la teoría defensiva, que no era el momento para conocerla y de hecho le pidió delimitara su pretensión, porque dio a conocer de manera precisa y detallada todo lo que sus testigos tenían, incluso la llevó más allá de la información que se tiene del proceso, máxime cuando le requirió revisar la entrevista o el informe, cuando no era posible en esa fase. Por lo expuesto el argumento de rechazo de los testimonios no fueron acogidos por la Agencia Judicial Originaria.

Respecto al rechazo de la intervención de la funcionaria que realizó la valoración a la menor, esto es, de la doctora Lizeth Vázquez Agudelo, reiteró que, la fase preparatoria era para dar a conocer la pertinencia, y no para establecer si cumplía o no con las calidades para haber desarrollado esa entrevista, además no procedía el

rechazo al haberse descubierto perfectamente, quién era la persona que realizó la actuación con la menor.

Con ocasión a la solicitud que elevó la delegada del ente acusador, de que se inadmitiera el ingreso de los papелitos por parte del investigador, al no cumplir con los presupuestos del artículo 425 C.P.P., apuntó textualmente a lo que el canon disponía: *"...se tendrá como auténtico cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. También lo serán la moneda de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los títulos valores, los documentos notarial o judicialmente reconocidos, los documentos o instrumentos públicos, aquellos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o de simple autenticación, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, las etiquetas comerciales, y, finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad"*.

Esclareció que, esos papелitos en su discernimiento, si el investigador hizo la correspondiente actuación de extraer o de obtener esos documentos por Intermedio de la señora Luz Marina García Pérez, madre de la menor, a quien se le entregaron los papелitos, no era el investigador el dado a entregar "los papелitos" a la judicatura, porque no fue él quien tuvo el conocimiento inicial directo para poder saber cómo los obtuvo y si efectivamente fue la menor la que los entregó, se presume que fue la niña la que los hizo.

Recalcó que, no los recibió de la menor sino de un tercero, por lo tanto, esa autenticidad sí se podía ver afectada; situación aplicable

al vídeo que presentó o exhibió el señor Representante de Víctimas, al considerar que el video podía cumplir con todas las condiciones de legalidad previstas en control de garantía, pero para la audiencia de juicio, era necesario que lo ingresará, quién lo tomaba o quien lo había elaborado, empero nuevamente la parte defensiva lo pretendía ingresar con el investigador que lo adquirió de la señora Rudith Richard Batista, esposa del señor Carlos Andrés Garcés Terán, quien tampoco lo elaboró, de acuerdo con la pertinencia que el Despacho le entendió a la Defensa, al ser de una conversación que ella sostuvo con su esposo, donde le da a conocer la situación y él le envía el video de la menor donde le pide perdón.

Advirtió que, el video no podía ser ingresado ni con la señora Rudith Richard Batista, pues no fue quien lo elaboró ni quien lo recibió en primera mano de la persona que lo realizó y es que en efecto ese aspecto de la autenticidad es que efectivamente sea ese el documento, ingresándolo por lo menos con la persona que lo hizo o quien lo recibió directamente.

En ese orden de ideas, inadmitió la intervención del investigador de la bancada defensiva respecto del ingreso de esos 02 documentos, es decir, el vídeo y los 12 papelitos; y rechazó la solicitud de la Fiscalía respecto del doctor HAROLD ENRIQUE SALAS MENDOZA, Comisario de familia.

6. DE LA IMPUGNACIÓN

La letrada defensora interpuso recurso de apelación, al discrepar con la decisión emitida, iniciando su argumentación, aduciendo que, frente a la negativa de la introducción de los 12 papelitos que recibió la señor Luz Marina, si bien era cierto, no era quien conocía lo

que estaba ocurriendo, si podía testificar acerca de la información que su descendiente le brindó y la autenticidad, ya que, quedaría de una u otra manera, vedada en el sentido de que tanta validez probatoria se le da en el juicio.

Dilucido que, la misma víctima, en su momento podía brindar información acerca de si es existió o no, resaltando que al negarse el ingreso de los "12 papelititos", no solamente se estaría cometiendo un error, sino que se vulneraba los derechos de la defensa.

Respecto al vídeo, enunció que, quien grabó el vídeo era el procesado, por lo que no comparte que se niegue completamente el ingreso al video, cuando de una u otra manera el testigo principal, que fue el que recaudó el vídeo, es el mismo procesado y efectivamente, con él podría ingresarlo.

Aclaró que, frente a la persona que realizó la entrevista de la menor, no solicitó el rechazo sino la inadmisión, pero no haría ningún reparo.

7. NO RECURRENTES

La delegada de la Fiscalía General de la Nación y el Apoderado de la víctima deprecaron se mantuviera incólume la decisión adoptada por la A quo.

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) las actuaciones que se desarrollan en la audiencia preparatoria (ii) procedencia del recurso de apelación frente a la decisión que resuelve las solicitudes probatorias requeridas por las partes; y (iii) Las pruebas documentales y el cumplimiento de los estándares de utilidad y pertinencia de los elementos cognoscitivos.

En el caso actual, durante el decreto de pruebas al interior de la diligencia preparatoria del juicio oral, la representante del ente acusador y el Apoderado de las Víctimas, solicitaron “*la inadmisión*” de 02 pruebas documentales, recopiladas por la defensa, esto es, 12 papelitos, y un video donde aparece presuntamente la menor.

Para dar apertura al análisis de la litis, se tiene entonces que, la audiencia preparatoria es el suceso procesal para perpetrar los intereses cognoscitivos, que habrán de practicarse en el juicio oral. Por tal motivo los roles de quienes interactúan en la diligencia están absolutamente determinados; así, la Fiscalía petitionará la práctica de las pruebas que estén dirigidas a sostener la acusación, su teoría del caso y la necesidad de la pena; el representante de las víctimas las que conduzcan a demostrar la responsabilidad penal del acusado y, en un escenario especialísimo, el Delegado del Ministerio

Público, suplicará la práctica de aquellas que no fueron peticionadas por los sujetos procesales y alcanzan a tener peso en la resulta del juicio; y por último, la bancada defensiva pedirá se admitan las evidencias que derroquen las allegadas por el ente persecutor y, confirmen su hipótesis, es decir, la inocencia o mitiguen la situación jurídica de su poderdante.

Bajo este panorama, se asume el deber de observar a cabalidad tres exacciones: (i) que se refieran directa o indirectamente a los hechos de la acusación – pertinencia-; (ii) que se requieran para el juicio oral – utilidad- , y (iii) **resulten legalmente obtenidas o recolectadas - admisibilidad-.**

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

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP4640-2022, Radicado 61078

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 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 (trátase 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.

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.

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 dudarlo 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 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 unánime, 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,

⁴ AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130.

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 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.

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.

⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, numeral 5º, 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 2º, literal h, señala que toda persona tiene «*derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior*».

Por su parte, la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, establece la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, y el 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, entendiendo 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.

Habiéndose elucubrado y zanjado latamente la procedibilidad del recurso de alzada y las características propias del estadio procesal de la que se ocupa la Magistratura, se descenderá al análisis de las alegaciones para suplicar la admisión de los medios suasorios relacionados con “12 papelitos y/o carticas” y el testimonio de la señora García Pérez, madre de la compañera con quien presuntamente la menor víctima los suscribió.

Sea imperioso dar apertura a este tópico, haciendo un reparo a las apreciaciones dadas por la Juez de instancia, ya que, escuchado el registro de la reunión virtual del 04 de diciembre de 2023, - min 57:57; folio 059⁷- la defensa en ningún momento enuncia que las 12 cartas y/o papelitos serían ingresados con el investigador Emilio Carmona, que de haber sido así, la funcionaria primigenia desconoció en su

⁷ Dirigirse al expediente en la denominada “C01PrimerInstancia”.

totalidad lo estipulado en la Ley 1453 de 2011, cuyo artículo 63 adicionó al artículo 429 de la Ley 906 de 2004:

“El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”

A este tenor, al valorar el pedido demostrativo objeto de debate, debe dejarse claro desde ya que, la Corporación se aparta de la inadmisión decretada por la Juez Originaria, toda vez que, el testigo de acreditación del cual se expuso su pertinencia y utilidad fue la señora Luz Marina García Pérez, madre de la menor que era compañera de la presunta víctima y a la que se le encontraron presumiblemente los 12 “papelitos”.

De esta forma, debe acudirse a lo decantado por la Sala de Casación Penal de diversa manera. Así, en CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920 sostuvo:

“...la forma de introducir documentos al juicio oral “se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que” un “documento es lo que la parte que lo aporta dice que es”.

Ese criterio lo matizó la Sala en CSJ SP, 19 oct. 2011, rad. 36844 cuando dijo:

“Es que, la introducción de los documentos, objetos u otros elementos al juicio oral se cumple a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de corroborar que el elemento, objeto o documento es lo que la parte dijo que era y no otra cosa”. No obstante, en CSJ SP, 24 jul. 2012, rad. 38187, la Sala retomó lo expuesto en la decisión del 26 de enero de

2009 para precisar otra vez que los documentos que gozan de la presunción de autenticidad no requieren testigo de acreditación.

Una vez más en CSJ AP, 17 sept. 2012, rad. 36784 nuestro Órgano de Cierre, expresó que todo documento, para que adquiera la condición de prueba, debe ingresar al juicio oral a través de un **testigo de acreditación, en orden a validar y corroborar su origen, procedencia y obtención y garantizar, consecuentemente, su publicidad y debida confrontación.**

Ahora bien, en otras disposiciones hizo énfasis que, la Prueba documental sin presunción de autenticidad, su incorporación debía efectuarse por medio de testigo de acreditación:

“La Corte juzga necesario reconsiderar parcialmente ese criterio y retomar de nuevo aquel según el cual el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, de tal manera que aquellos que gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada”.

Debido a lo dilucidado, debe significarse por este Ente Tribunalicio, que será en sede de juicio oral, el estadio procesal acertado para atacar la mismidad; la cadena de custodia no sólo si aquella no se cumplió, sino si se cumplió defectuosamente; la autenticidad, genuinidad, alteración, modificación o falsedad, de los “12 papelitos”.

En esta medida, a efectos de llevar a cabo la autenticación de tal evidencia documental, aunque debería prevalecer la sujeción a los protocolos de cadena de custodia, la parte que la peticona y la aporta se halla en libertad de requerir los medios que discurra

apropiados e idóneos para su demostración, predominando el principio de libertad probatoria, regulado en la Ley 906 de 2004, que establece en su canon 373 que:

“los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

Lo enarbolado en precedencia tiene como corolario que, se invierta la carga de la prueba, de modo que será la otra parte a quien le corresponderá desvirtuarla, si considera que la escritura es falsa, total o parcialmente, obligación, se itera, no opera en relación con los documentos enlistados en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004; canon que fue el cimiento de la objeción expuesto por la Delegado de la cartera fiscal.

De otro lado, no puede perderse de vista que, se tiene dos oportunidades adicionales para la réplica de este medio de prueba, el primero tiene que ver con los alegatos de clausura y el último está relacionado con el instituto del mérito de la prueba, donde deberá ser apreciada, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, exponiéndose por el director del proceso siempre razonadamente el peso que él le asigne, a raíz de esa operación realizada a instituir la eficacia de los sumarios actuados; ejercicio que podrá evidenciarse en la sentencia.

Se tiene entonces, que los “12 papelitos y/o cartitas” son pertinentes porque guardan estrecha relación con los hechos jurídicamente relevantes y son útiles porque soportan la teoría del caso de la defensa, siendo útil y acorde el testimonio de la ciudadana Luz

Marina, al encontrarnos con vicisitudes en las que los sujetos relevantes son menores de edad.

Acorde lo que viene examinándose, la Corporación sostiene que la evidencia o elemento aludido por la censora, no solo fueron reveladas, sino debidamente argumentadas para su concesión.

De conformidad con lo anterior, encuentra esta Sala de decisión que, es indefectible **REVOCAR** la inadmisión de la testigo **Luz Marina García Pérez**, en calidad de testigo de acreditación, además de decretarse los **“12 papelitos”** para que ingresen y sean debatidos en el juicio oral.

Por último, frente al reproche de la inadmisión del registro audiovisual, donde se encuentra implicada la menor víctima y que intenta ingresar la defensa con la señora Rudith Ricard Batista, esposa del procesado conforme a lo aludido en el audio -min: 1:01:05-, se aduce que acertada fue su negativa, en tanto que, desde el punto de vista procesal, son la autora y el destinatario los sujetos idóneos para allegarlo al proceso, pues téngase en cuenta que la interlocutora principal es una menor de edad, quien ostenta una calidad especial, al ser sujeto de especial protección; criterio que adquiere especial trascendencia cuando han sido víctimas de delitos sexuales.

De modo que, en lo tocante al compendio videográfico, objeto de esta ponencia, la problemática no se plantea sobre la peripetia de su utilización en el proceso, sino en el cómo se produjo, se utilizará, introducirá en el procedimiento y qué eficacia probatoria vaya a proporcionar, pues la misma va a perturbar inexcusablemente determinados derechos fundamentales de la niña.

Desde la visión del derecho internacional, entre otras garantías, el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes ha sido una preocupación constante que ha llevado a implementar mecanismos necesarios y suficientes, que admita su ejercicio y protección ante cualquier injerencia arbitraria. De igual forma, el artículo 15 de la Constitución Política garantiza el derecho a la intimidad, que circunscribe a los niños, niñas y adolescentes.

De forma concreta la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el artículo 33 dispone que:

“...los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia, al igual, que serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad...”

Si bien, por mandato constitucional del artículo 44, se impone que los derechos de los niños prevalecen sobre las garantías de los demás, al corresponder a personas de especial protección en favor de quienes existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos, la Sala debe advertir que el ejercicio del derecho a la intimidad debe estudiarse desde un todo, pues como se destacó en la doctrina constitucional ya evocada, esta garantía puede ser afectada judicialmente en los eventos autorizados en la ley, como cuando se debe ingresar al ámbito de la intimidad personal o familiar de un niño, niña o adolescente para obtener la evidencia física o los elementos materiales probatorios indispensables para la acreditación de la ocurrencia de un delito o la responsabilidad del autor o partícipe en su comisión, eso sí, con sujeción de las exigencias

establecidas en la Ley 906 de 2004, al igual que por sus padres en el cumplimiento de los deberes y obligaciones de protección y cuidado de sus hijos menores de edad.

De otro modo, no puede desecharse que, los menores ante el avance de la tecnología están expuestos a múltiples espacios que pueden llevarlos a la puesta en peligro o quebrantamiento de sus derechos, dada la aparición de prácticas sociales en la comunicación y las interrelaciones personales que van desde la utilización de celular, computadores, Tablet, mensajes de datos, internet, correo electrónico, redes sociales y toda clase de campos virtuales.

La Corte Constitucional, en sentencia T-260/12 trajo a colación las recomendaciones del Memorandum de Montevideo⁸, que da traste con las aludidas por el apoderado de la víctima en su alegato de oposición, referidas a la protección de los datos personales y la vida privada en las redes sociales y ámbito escolar, en particular, de niños, niñas y adolescentes, máxime cuando no se tiene autorización de sus padres para la divulgación de una información que tenía un receptor específico:

«Los estados y las entidades educativas deben tener en cuenta el rol de los progenitores, o cualquier otra persona que tenga bajo su responsabilidad el cuidado de las niñas, niños y adolescentes en la formación personal de ellos, que incluye el uso responsable y seguro del internet y las redes sociales digitales. Es tarea del Estado y las entidades educativas proveer información y fortalecer las capacidades de los progenitores, sobre los eventuales riesgos a que se enfrentan los menores en internet.»

⁸ Realizado en Montevideo, Uruguay, durante los días 27 y 28 de julio de 2009.

Y encomienda que en esa tarea que cumplen el Estado, las entidades educativas y los progenitores, deben observar que:

«Toda medida que implique control de las comunicaciones tiene que respetar el principio de proporcionalidad, por tanto se debe determinar que la misma tiene como fin la protección y garantía de derechos que es adecuada al fin perseguido y que no existe otra medida que permita obtener los mismos resultados y sea menos restrictiva de derechos.»

En consecuencia, los padres, en ejercicio de la patria potestad, constitucional y legalmente se encuentran autorizados para asistir, orientar, autorizar, y controlar las comunicaciones de sus hijos menores de edad, limitados solamente por la menor afectación de otras prerrogativas y por la finalidad de protección y garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Por consiguiente, los ascendientes de aquellos sujetos de especial protección que pueden ser objeto de un delito como el que nos ocupa, en cumplimiento de la responsabilidad que se les asigna y las obligaciones de asistencia y protección, más allá de los límites que fija el derecho a la intimidad, tienen la facultad de acceder a las comunicaciones de las plataformas tecnológicas que los niños, niñas y adolescentes reciben y abordan, pues no de otro modo, al estar bajo su amparo, pueden verificar el contenido de los mensajes y la clase de personas con las que interactúan a través de tales medios, que de ser necesario, consientan su mediación oportuna para prestarles ayuda, apoyo y resguardo, conforme su encargo les demanda. Escenario que en efecto no es el que esta bajo discernimiento de la Magistratura, no pudiéndose hacer la analogía con esa tercera persona, quien adquirió el video sin autorización de los tutores de la menor y ni siquiera la niña remitió el mismo a la esfera

digital de la señora Ruth Ricard Batista, fueron por circunstancias totalmente ajenas a ella. Haciéndose énfasis que los únicos llamados a hacer algún tipo de declaración del video son la victima interlocutora directa, el procesado receptor del comunicado o el investigador dando cumplimiento a las exigencias de índole legal de sus actividades investigativas o sus padres; destacándose que, cuando se aporta una evidencia de audio o de vídeo, la parte activa o pasiva debió participar en el diálogo digital.

Contrario, a lo pretendido por la togada, no resulta admisible que se limite a exponer de manera lacónica que, el elemento material de prueba es útil y pertinente, porque es la cónyuge del procesado con quien se ingresará este medio de prueba, cuando se recalca, es una tercera que tuvo acceso a este sin consentimiento de la menor, saltándose aquellos requisitos que por deber legal debe consumarse y que toman mayor importancia al encontrarnos en un delito de índole sexual donde la afectada es una menor.

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, respecto al video remitido por la menor al acusado.

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 parcialmente, la decisión proferida el 25 de enero de 2025, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo – Antioquia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Se **DECRETA** el testimonio de la señora Luz Marina García Pérez y los “12 papelitos” suscritos por la presunta víctima y la hija de la declarante.

TERCERO: Esta providencia queda notificada y contra ella **no** procede recurso alguno.

CUARTO: 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: **017d8487ac5ef20ae634a4c2c16d86d80c2f3136ab703128b658c27450c342fb**

Documento generado en 20/03/2024 03:34:33 PM

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

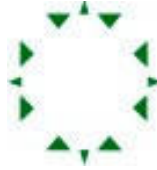
Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Walter Holguín Caicedo

Delito: Femicidio agravado en concurso heterogéneo
con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego

Radicado: 05 376 60 00339 2022 00150

(N.I. 2023-2115-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, cuatro (4) abril dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en acta N° 30 de 19 de marzo de 2024

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05 376 60 00339 2022 00150 (N.I. 2023-2115-5)
Decisión	Confirma, revoca parcialmente y modifica

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación, interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia.

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

HECHOS

La sentencia de primera instancia los fijó así:

“Entre la noche del 7 de julio al amanecer del 8 de julio de 2022, en la vereda el Chuscal jurisdicción del municipio del Retiro, WALTER HOLGUÍN CAICEDO, ultimó con arma de fuego a YAJAIRA ISABEL HERRERA ARRIETA de 24 años de edad, persona con la cual sostenía una relación sentimental desde hacía aproximadamente año y medio, causándole lesiones en su cabeza lo que le produjo su muerte. La relación sentimental entre HOLGUÍN y HERRERA estuvo marcada por actos de violencia en los cuales HOLGUÍN CAICEDO hacía víctima a YAJAIRA ISABEL HERRERA de improperios, de violencia psicológica y física agrediéndola en su integridad personal y no permitiéndole que la misma tuviera amistades, amigos o saliera con ellos, todo en virtud a una situación de celotipia que el manejaba hacia YAJAIRA. WALTER HOLGUÍN CAICEDO se aprovechó de las condiciones de indefensión e inferioridad en que se encontraba la víctima ya que estaba sola, en zona rural, desarmada, sin posibilidad de defensa y, bajo esas condiciones, segó su vida. WALTER HOLGUÍN TOBON (sic), tenía conocimiento que agredir con arma de fuego a su compañera sentimental podía causarle lesiones y como consecuencia de ellas producirle su muerte, como efectivamente ocurrió, sabía que la víctima estaba sin posibilidad de defensa, sola, desarmada, en una zona despoblada y rural. También sabía que no contaba con permiso para porte o tenencia de arma de fuego y a pesar de ese conocimiento utilizó un arma de fuego y realizó las conductas imputadas (dolo).”

LA SENTENCIA

El 8 de septiembre de 2023, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, el Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro, profirió fallo condenatorio en

contra WALTER HOLGUÍN CAICEDO como autor del delito un concurso de delitos de femicidio agravado y porte de arma de fuego, artículos artículo 104A, literales A y E, artículo 104B Literal G, 104 numeral 7 y artículo 365 del Código Penal., en consecuencia, le impuso pena de quinientos doce (512) meses de prisión y *la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo lapso*. Igualmente se negó la suspensión de la pena y la prisión domiciliaria.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión el defensor del procesado presentó y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

El defensor se enfocó esencialmente en un aspecto en relación con el delito de femicidio : “La indebida valoración de la prueba se basa en que se le da por parte del despacho plena credibilidad a testigos que son testigos de referencia y que en ningún momento fueron enunciados de tal forma por parte de la fiscalía y estos son los señores e Raeldis Bolívar, Aura Valentina Muñoz, Maura Alexandra Bedoya, Eleazar Ruiz Oviedo, Eily Luz Ramos Moreno y Carmen Teresa Herrera Arrieta.”

Alega que “las supuestas personas que conocían el lugar donde supuestamente convivía mi prohijado con la victima al momento de ser cuestionadas al respecto no fueron capaces de determinar el lugar concreto donde supuestamente convivían y habían visto la ropa de mi cliente.”

Agrega que la sentencia se basó solo en prueba indiciaria y en prueba de referencia por lo que no se colmaría el estándar de prueba para condenar. En este sentido luego de transcribir una parte la valoración de la sentencia en la que se relacionan los indicios y los testimonios en cuestión reclama que para la incorporación de la información de

referencia que aportaron los testigos, no se cumplió con los criterios jurisprudenciales reseñados en las sentencias 57963 del 7 de junio de 2023 Y 53838 del 24 de junio de 2020.

Advierte que vistos esos criterios “se logra extraer que se puede usar la prueba de referencia dentro del juicio oral y ser valorada en la misma diligencia, pero siempre y cuando la misma prueba de referencia haya sido solicitada en la audiencia preparatoria y debidamente sustentado el porqué de su decreto y práctica, lo cual no se presenta para el caso en concreto ya que la fiscalía la solicitó como prueba directa y el despacho la decretó de tal forma, por lo cual no puede ser valorada dentro del juicio oral ya que no cumple con las calidades y fines para los cuales fue decretada.”

Agrega que: “la fiscalía dentro de la solicitud probatoria solicitó como testigos directos a los usados dentro del juicio oral sin tener en cuenta esto dentro del juicio oral las mismas partes en el desarrollo de la diligencia manifestaron que les constaba los hechos, solo porque la víctima les había supuestamente contado determinadas intimidaciones, lo cual convierte la prueba testimonial tantas veces mencionada en una prueba que no pueden ser valoradas por parte del despacho”

Concluye que “al haberse valorado los testimonios se vulnera el derecho de la defensa a controvertir las pruebas y así mismo la solicitud probatoria, ya que sin la existencia de estos testigos no se podría en ningún momento configurar el delito de femicidio y mucho menos pregonar la responsabilidad de mi prohijado.”

A propósito del delito de porte de arma de fuego señala que el juzgado valoró una certificación aportada por la fiscalía “de no tener permiso para portar armas”, indebidamente, pues el número de cédula de acusado “se encuentra equivocado, por lo que de ese documento no se desprende prueba de que el acusado no tenga permiso para portar

armas. Estima que en estas condiciones no podía ser condenado por ese delito.

Solicita la revocatoria de la sentencia y la libertad inmediata del condenado en primera instancia.

Argumentos del representante de víctimas.

La representación de víctimas replicó a la solicitud del apelante. Advierte que el defensor se limitó a cuestionar el presunto carácter referencial del contenido de algunos testigos de cargo que dieron cuenta de los maltratos recibidos por la víctima, pero no se ocupó de “toda la otra prueba directa que se examinó en el juicio, y que llevó al juez de primera instancia al convencimiento de que efectivamente el señor Walter Holguín Caicedo estuvo presente en el lugar donde falleció la víctima, se quedó con pertenencias de ella, alentó a sus familiares para que frenaran su búsqueda, y todos los demás indicios que favorecieron la tesis de la Fiscalía y por lo cual fue hallado penalmente responsable del delito de femicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego.”

Acerca del reproche sobre el carácter referencial de las pruebas relativas al maltrato sufrido por la víctima puntualiza que “tal aserto es equivocado en tanto era la única forma de transmitirle ese conocimiento al Juez de instancia como quiera que la testigo directa de los actos violentos, del círculo de violencia y maltrato y del comportamiento celotípico del acusado era Yajaira, quien ya se encontraba fallecida al momento de recibir las declaraciones de los testigos que concurrieron al juicio, de allí que ese tipo de prueba se ampara en el contenido del Art. 438 literal D, es decir, constituye prueba de referencia sí, pero completamente admisible, en tanto, se reitera, la testigo directa se encontraba fallecida.”

CONSIDERACIONES

Se resolverá el recurso de apelación limitándose estrictamente a los temas que constituyeron su objeto. La Sala adelanta la conclusión de que la decisión de primera instancia será confirmada en relación con el delito de femicidio.

Para centrar la solución del primer problema que suscita la apelación se dirá que el defensor no cuestiona realmente el contenido de los testimonios de Raeldis Bolívar, Aura Valentina Muñoz, Maura Alexandra Bedoya, Eleazar Ruiz Oviedo, Eily Luz Ramos Moreno y Carmen Teresa Herrera Arrieta. Tampoco cuestiona la valoración probatoria realizada por el Juez o el contenido de los testimonios. Su reproche es puntual, considera, de la mano de las dos jurisprudencias ya relacionadas, que el Juez no podía valorar esos testimonios pues constituyen prueba de referencia. Alega que en el caso no se cumplieron los requisitos legales y jurisprudenciales que habilite la valoración de su contenido.

Estos testimonios fueron valorados por el Juez para establecer que la muerte de YAJAIRA ISABEL HERRERA ARRIETA constituyó un femicidio y no un homicidio. Resaltar esta circunstancia es relevante pues el apelante no atacó los restantes medios de prueba valorados por el Juez para endilgar la responsabilidad penal del acusado. De forma que si, en gracia de discusión, se excluyeran los testimonios cuestionados el resultado no sería la absolución, pues subsistirían las pruebas de responsabilidad en contra del acusado por la muerte de esa persona, por lo que en ese caso la condena se mantendría por el delito de homicidio.

Sin embargo, esa no será la conclusión del Tribunal puesto que, como se verá, los testimonios en cuestión sí son susceptibles de valoración de

conformidad con recientes decisiones jurisprudenciales en relación con el delito de feminicidio.

En verdad, la Fiscalía no mencionó explícitamente al momento de la solicitud probatoria, que los testimonios de Raeldis Bolívar, Aura Valentina Muñoz, Maura Alexandra Bedoya, Eleazar Ruiz Oviedo, Eily Luz Ramos Moreno y Carmen Teresa Herrera Arrieta, tuvieran contenidos no conocidos de forma directa y por tanto no los solicitó en condición de testigos de referencia. No obstante, los testimonios fueron decretados sin oposición de la defensa a pesar de que la solicitud probatoria relacionó como objeto de prueba su conocimiento de situaciones de pareja entre víctima y victimario. De esta forma fueron decretados como pruebas a practicar en el juicio oral. En ese momento la defensa no hizo explícita su oposición o inconformidad por haberse decretado los testimonios sin que se adujera algunas de las causales del artículo 438 del C.P.P que habilitan la prueba de referencia admisible. Se limitó a oponerse por considerar que los testimonios pudieran ser repetitivos.

En el contrainterrogatorio la defensa resaltó que lo expuesto por estos testigos acerca de la relación entre víctima y victimario no fue producto de su conocimiento directo. Aduce que los testigos “ manifestaron que les constaba los hechos, solo porque la víctima les había supuestamente contado determinadas intimidaciones, lo cual convierte la prueba testimonial tantas veces mencionada en una prueba que no pueden ser valorada por parte del despacho.”

En este evento, el carácter referencial de lo expuesto por los testigos sobre lo que conocieron de la relación en cuestión por dichos de la víctima, resultaba patente, dado que la defensa conocía abiertamente la circunstancia de que la víctima había fallecido, pues esta circunstancia era el objeto esencial del proceso.

De tal forma que, aunque era esperable que la fiscalía desde la audiencia preparatoria explicitara que esos testimonios podrían tener contenidos referenciales, tampoco se puede soslayar que tal circunstancia era manifiesta como central dentro de los hechos jurídicamente relevantes, así que su constatación no constituía un hecho desconocido para las partes en relación con el contenido de las declaraciones de quienes se pronunciarían sobre la relación entre víctima y victimario.

En este mismo sentido, las formalidades en vía de que se habilite la incorporación a juicio oral prueba de referencia, vienen siendo flexibilizadas por vía jurisprudencial para cierto tipo de delitos. En específico los delitos sexuales en contra de menores de edad¹ y el feminicidio².

En el caso de feminicidio decidido por la Corte Suprema se sostiene que si se verifica que en realidad la prueba de referencia está amparada por algunos de los eventos previstos en el artículo 438 del C.P.P., su contenido no puede dejar de ser valorado por algún tipo de deficiencia en la forma técnica que se dispone para su decreto y aducción a juicio oral. Resalta la Sala Penal de la Corte que lo que habilita su valoración es que se mantenga la indemnidad de los derechos de confrontación y contradicción. Igualmente resalta que no

¹ Rad 56902 de 2023 y Rad. 61671 de 2023

² Rad 55465 de 2023. “Mucho menos cabe cualquier réplica, si ello supusiera exaltar el procedimiento formulario en que se había convertido la metodológica formalización del proceso probatorio para incorporar el testimonio adjunto –y/o *mutatis mutandi*, la prueba de referencia-, cuando quiera que la postura actual de la jurisprudencia (Sentencia 62852 de 2023) ha clarificado que así formalmente no se haya dispuesto en la oportunidad debida la incorporación de una declaración anterior, nada obsta para que la misma sea valorada –**si emerge admisible**-, siempre y cuando se garantice su contradicción, haciendo de esta manera prevalecer una concepción sustancial de la justicia, sobre una meramente formal, como de ello ya se había ocupado su doctrina en esta materia sentada en la Sentencia 55959 de 2021.

se verificó oposición por parte de la defensa, por lo que cualquier irregularidad es objeto de convalidación³.

Puntualmente la Corte resalta la necesidad de asumir una perspectiva material de los requisitos que permiten la aducción de la prueba, en tanto que ellos no constituyen un fin en sí mismos:

“ En ese contexto, entonces, como lo decidió la Corte en la sentencia que se comenta, no es que el debido proceso sea un agregado de formas sin contenido, sino que estas deben considerarse en función de las finalidades del proceso penal y de la prueba -la aproximación racional a la verdad— en lo cual se debe garantizar su contradicción y confrontación. No en vano, en la SP del 12 de mayo de 2021, radicado 55959, la Sala fue enfática en determinar que en estos casos en donde la discusión radica en el cumplimiento de requisitos formales, se debe ponderar las finalidades y las formas con base en el principio de trascendencia.

Por consiguiente, únicamente ante manifiestos errores en la producción de la prueba que desquician la estructura conceptual del proceso, de la prueba y sus fines, procede la exclusión del medio”⁴.

Bajo esta comprensión, en el presente caso, el hecho de que la fiscalía no explicitara el contenido referencial de los testimonios en cuestión, no implica su exclusión puesto que, como ya se mencionó, la defensa no cuestionó en la audiencia preparatoria su decreto; no existió oposición en su práctica, y se permitió la confrontación, y la

³ 544655 de 2023 “sin que en relación con lo depuesto como relato de referencia por el agente Rojas Peña el defensor del procesado se hubiera opuesto en el juicio por entrañar el mismo tal excepcional naturaleza, con lo que su convalidación, siendo admisible, tampoco admitiría cuestionamiento alguno.”

⁴ Rad 55465 de 2023 citando un fragmento de la Sentencia 62852 de 2023.

contradicción probatoria de los testimonios. En especial, se evidenció que el contenido referencial sí cumplía con el criterio de admisibilidad del literal d. del artículo 438 del C.P.P. dado que la testigo directa falleció, con lo que se cumplen con los requisitos materiales para su valoración de conformidad con las claridades jurisprudenciales expuestas.

Dado que la apelación se limitó a reprochar que la sentencia se basó en prueba de referencia no admisible, descartada esta objeción se impone la confirmación de la sentencia por el delito de femicidio.

No obstante, se habrá de modificar la pena. La defensa resaltó que el único elemento de prueba que se llevó a juicio para establecer la carencia de permiso para porte de armas tiene un error referido al número de cédula del acusado.

La Sala revisó puntualmente el asunto y estableció que en realidad en el certificado exhibido en juicio oral directamente por la fiscalía con el que se pretendió probar la inexistencia de un permiso para portar armas, el número de cédula de ciudadanía no se corresponde con la que se identifica el acusado según lo consignado en la propia sentencia. Específicamente la consulta sobre la persona a quien se le ha expedido permiso para porte de armas se realizó con el número 112 101 997 por lo que si la consulta se realizó en el sistema de información de armas del departamento de control de comercio de armas, no se puede afirmar conclusivamente que el acusado no tenía tal autorización puesto que el número de cédula de ciudadanía del acusado no corresponde con aquel número sino con el 1 112 101 997.

Aunque en el certificado aparece el nombre y los apellidos del acusado, el certificado, por lo menos en la forma como fue presentado a juicio, no permite establecer si el criterio de búsqueda con el error

evidenciado permitiría conocer si la coincidencia en el nombre subsana la incorrección en el número de identificación. Ante la duda que genera esta circunstancia y dado que ese fue el único elemento de conocimiento para establecer el ingrediente normativo del tipo penal del artículo 365 del C.P. se habrá de absolver al condenado por este delito.

La redosificación de la pena consistirá en reducir el otro tanto que se aumentó por el concurso de delitos. Como el Juez adicionó 12 meses por el delito de porte ilegal de arma de fuego, se disminuirá en este tiempo la pena, con lo que la pena que deberá cumplir el condenado será de quinientos (500) meses de prisión.

De oficio se corregirá la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas, pues el Juez la impuso por el mismo lapso de la privativa de la libertad a pesar de que el máximo de esa sanción es de veinte (20) años por razón de los dispuesto en el inciso final del 52 y el inciso primero 1 del artículo 51 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: Confirmar la decisión de primera instancia en relación con el delito de Femicidio agravado. **REVOCAR parcialmente** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro el 8 de septiembre de 2023, en su lugar absolver a WALTER HOLGUÍN CAICEDO por el delito de porte ilegal de arma de fuego artículo 365 del C.P. de conformidad con los hechos que fueron objeto de la acusación.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Walter Holguín Caicedo

Delito: Femicidio agravado en concurso heterogéneo
con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego

Radicado: 05 376 60 00339 2022 00150

(N.I. 2023-2115-5)

SEGUNDO: Modificar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, por lo que la pena de habrá de purgar el condenado será de quinientos (500) meses de prisión.

TERCERO: Modificar el numeral tercero de la parte resolutive de sentencia por lo que la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será de veinte (20) años.

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

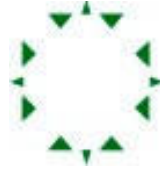
Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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: **367ae8ec41bed170d848add137ab4366d0c774d9e3425d68d32dbeb57bc936d7**

Documento generado en 20/03/2024 03:44:32 p. m.

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



TRIBUNAL SUPERIO DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, cuatro (4) de abril de dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 30 del 19 de marzo de 2024

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05-615-60-00364-2022-00103 (N.I. 2024-0395-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de allanamiento del 9 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia que negó a Jefferson David Hernández Eusse la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

HECHOS

Según la acusación:

*"Hacia las 11:16 horas del 16-03-2022 en el Aeropuerto Internacional José María Córdoba de éste municipio Rionegro Ant., policial aeroportuaria antinarcoóticos que inspeccionaba equipaje de bodegas en salida aérea internacional, y en presencia de su propietario JEFFERSON DAVID HERNANDEZ EUSSE quien se disponía a abordar el vuelo 7042 de la Aerolínea Wingo con itinerario Medellín-Panamá, se halló en su equipaje maleta grande color negro, con Bagtag 951093, tres (3) cajas Oka Loca contentivas de sustancia pulverulenta color rosado, de características de cocaína rosa o 2CB, cocaína o sus derivados, sin permiso sobre el estupefaciente, y ante objetiva flagrancia en hipótesis de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, le capturaron e incautaron los elementos, cuyo contenido se identificó como cocaína, con peso total neto de doscientos ocho coma ocho gramos (208,8 grs.)."*¹

ACTUACIÓN PROCESAL

El 17 de junio de 2022 la fiscalía acusó jurídicamente a HERNÁNDEZ EUSSE como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector transportar, con la finalidad de sacar del país, inciso 3° del artículo 376 del C.P.

El 11 de diciembre de 2023 instalada la audiencia preparatoria, conforme el artículo 356 numeral 5° del C.P.P., el acusado manifestó ser responsable de los cargos por los que fue acusado. El Juez lo ilustró respecto de los derechos que le asisten y las consecuencias de la aceptación de cargos, entre ellas que no tiene derecho a ningún subrogado punitivo.

¹ Escrito de acusación, archivo "03EscritoAcusacion", folio 2, y audiencia de acusación del 17 de junio de 2022, cuyo registro se encuentra en el enlace consignado al final del acta de la audiencia, archivo "09AcusaciónJeffersonHernandez170622", récord 00:07:50 a 00:09:11.

En el trámite de la audiencia del artículo 447 del C.P.P. la defensa pidió que se concediera a su representado la prisión domiciliaria de acuerdo con el artículo 38 del C.P.

El 9 de febrero de 2024 se dio a conocer la sentencia condenatoria proferida en contra de Jefferson David Hernández Eusse a quien se declaró responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes artículo 376 inciso 3º; se le impuso una pena principal de 88 meses de prisión y multa de 113.6 S.M.L.M.V. se le negó el subrogado de ejecución condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

IMPUGNACIÓN

La defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación con el fin de que se conceda la prisión domiciliaria.

El recurrente citó la decisión AP6304-2015 Rad. 45949, con la finalidad de restar relevancia a la presunta intención del expendedor del procesado y fortalecer su condición de consumidor. Además de cuestionar el peso de la droga incautada informó que: *“como quiera, que ese tema del precedente jurisprudencial vertical, fue presentado como EXCLUSIVO POR EL AD QUO, es evidente, que la presunción de acierto del fallo, en el tema del reconocimiento de los mecanismos sustitutivos es de mayor dificultad, porque inclusive al portador de los 4.672 gramos de marihuana en la terminal de transporte de Medellín, le impusieron una pena de prisión equivalente a 102 meses y se restringieron el acceso a los subrogados. Sin evidencia jurisprudencial que soporte la postura del respetable ad quo, solicitamos se revoque el numeral de la parte resolutive correspondiente.”*

Advierte que en sentencias: *“SP0 2940-2019 Rad. 41250, SP 497 Rad.50512 y SP 44997 Rad.44947” (sic)* finalizan revocando condenas impuestas a los acusados por violación al contenido del art. 376 del código penal, ante la circunstancia de que a fiscalía no probó el ánimo de distribución

en el porte del estupefaciente. Actuación que finalizaron con la sentencia ordinaria producto del agotamiento de la fase del juicio oral.

Indica que, en este evento, la Fiscalía no demostró en los escenarios procesales de la imputación, imposición de medida y acusación, que Jefferson David Hernández Eusse transportara los (208,8 grs.) de cocaína, con la intención de introducirlos al tráfico de estupefacientes. Además que: *“es de tan especial complejidad, el permanente alejamiento del juez ad quo de los PRECEDENTES VERTICALES en temas específicos elaborados por el tribunal de cierre para este tipo de eventos del hallazgo de sustancia estupefaciente, que exige el desarrollo de unos argumentos de contra- decisión, sobre el tema de la cantidad , para introducir la controversia de ese elemento, en la deducción relativa a que la PRESUNTA INTENCION DE DISTRIBUCION y FINALIDAD DE TRAFICO DERIVADO DE LA CANTIDAD, no aplica, como sistema legal de argumentación, luego, afecta y desvertebra en forma definitiva, la presunción de acierto del contenido del fallo”*

Advirtió que la argumentación anterior tiene la finalidad de plantear la controversia frente, al no establecerse la finalidad de tráfico, el alcance hermenéutico del contenido del art. 68ª del Código Penal, debe extenderse a los parámetros de la humanización del derecho penal, la prevalencia del derecho sustancial y la afirmación de la libertad.

“En este sentido, queda claro, entonces, que la postura de la judicatura en el tema de la NEGATIVA A RECONOCER LA POSIBILIDAD DE APLICAR EL MECANISMO DE LA PRISION DOMICILIARIA, no solo va en contravía de la aceptación de fenómenos POSITIVOS en el acusado(...) Sino que controvierte, lo especialmente desarrollado en decisiones de La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal, frente a las cuales, la APLICACIÓN DEL CONTENIDO DEL ART. 49 CONSTITUCIONAL, van generando verdaderas OPCIONES DE ALTERNATIVIDAD a lo que el ilustre señor juez, reafirma como que mi defendido, tendrá que: cumplir la pena en establecimiento carcelario”. Refiere que: *“La Corte Constitucional / Sentencia C-689 de 2002 aborda el nuevo concepto de tratamiento del*

consumidor que se incorpora al sistema penal, y al trazar pautas de interpretación de lo que debe ser la solución al problema en la perspectiva constitucional, evidentemente, identifica lo que se relaciona como el consumidor con Protección Reforzada.”

Refiere que coexisten temas jurisprudenciales que no fueron motivo de debate en la sentencia, por ejemplo, una opción alternativa que el condenado siga en rehabilitación para drogadictos donde se encuentra sometido a proceso de desintoxicación.

Por otro lado, informa que Jefferson David Hernández Eusse ha permanecido en detención domiciliaria más de 24 meses, lo que significa, que en nada se controvierte la legalidad, extender esa medida dentro de la fase procesal de la ejecución de la pena, para efectos de que continúe con su tratamiento de rehabilitación en el sistema de institucionalización. La restricción relacionada en el art. 68A del código penal opera en los eventos de tráfico de estupefacientes, pero no especifica que la prohibición sea para eventos como lo sucedido en el caso droga empacada para dosis de aprovisionamiento como le ocurrió a su defendido.

Desde esa perspectiva entonces, solicita revocar la sentencia condenatoria donde impone al condenado a purgar la pena en el sistema penitenciario, y en su lugar reconozca la prisión domiciliaria en los términos del art. 38 del Código Penal y siguientes.

CONSIDERACIONES

En atención a la naturaleza del recurso se limitará el estudio del asunto que fue objeto de disenso. El recurso es desatinado, aunque refiere que solo pretende controvertir la negativa de la prisión domiciliaria, en el transcurso del escrito cuestionó la falta del elemento subjetivo para probar la responsabilidad del procesado en el delito imputado; y advirtió que es

necesario que el procesado purgue la pena en un centro de asistencia a adictos a la drogadicción aplicando la protección a su derecho a la salud.

Procederá la Sala a resolver los temas propuestos por el recurrente. Se anuncia desde ya la confirmación de la sentencia:

- **Frente a la presunta falta de elementos para probar la responsabilidad.**

Sea lo primero indicar que, sumada a la aceptación voluntaria de responsabilidad de Jefferson David Hernández Eusse, la fiscalía dio traslado de varios elementos que soportan el mínimo probatorio² para definir la responsabilidad del procesado de forma anticipada en el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes artículo 376 inciso 3° del Código penal, con el verbo recto de transportar, con la finalidad de sacar del país. Si bien, el recurrente realiza una extensa narración frente a la posible ausencia del elemento subjetivo para probar la responsabilidad de la conducta, el debate en este punto es totalmente improcedente por lo siguiente:

El Juez verificó debidamente con el procesado los presupuestos contenidos en el artículo 131 del C.P.P.³ El acusado aceptó su responsabilidad como autor del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes artículo 376 inciso 3° del Código penal, con el verbo rector de transportar, con la finalidad de sacar del país. El Juez le hizo claridad de manera detallada que posiblemente podría verse afectado con pena de prisión intramural. Finalmente, luego de brindarle un tiempo prudente para que el procesado fuera asesorado por su abogado, Jefferson David Hernández Eusse aceptó su responsabilidad por el delito imputado.

² “38ElementosConocimientoFiscalia” mismos que fueron relacionados en el punto “4.5. Caso concreto” de la sentencia de primera instancia.”

³ Record 00:27:00 en adelante, “40GrabaciónMp3AudAllanamiento11122023 Jefferson David Hernández Eusse”

No son adecuados los cuestionamientos realizados por el recurrente frente a la falta del elemento subjetivo de la conducta, ya que no se generó el debate probatorio para ello. La fiscalía no tuvo oportunidad de probar su teoría del caso en juicio. Lo anterior, debido a que, Jefferson David Hernández Eusse asesorado por su abogado, teniendo la oportunidad de agotar todas las etapas del trámite, aceptó la responsabilidad de manera voluntaria en la audiencia preparatoria. Sumado a ello, la fiscalía aportó el mínimo probatorio para fundamentar la sentencia de condena anticipada en su contra.

- **Frente al sustituto de la prisión domiciliaria.**

No hay relación lógica ni jurídica de la controversia propuesta inicialmente, con la concesión o no del sustituto penal. El recurrente pretende que como faltó un presunto requisito de condena, se debe inaplicar la prohibición legal y en su lugar concederse la prisión domiciliaria.

Según el artículo 38B del Código Penal, y atendiendo a que los hechos ocurren con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1709 expedida el 20 de enero del año 2014,⁴ la cual adicionó al Estatuto Penal dicha norma en su artículo 23, tenemos que, entre los requisitos para su otorgamiento el siguiente: *“Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000. (...)”*

A su vez el artículo 68A del Código Penal al que alude el citado artículo fue modificado por el art. 32 de la ley 1709 en la que se conformó un listado de conductas excluidas de los beneficios y subrogados penales, entre ellas: **los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones.**

⁴ El recurrente en el escrito de apelación citó la sentencia SP500-2020 Radicación N° 54332 donde la Corte concede el sustituto de la prisión domiciliaria a una mujer condenada por omisión de agente retenedor, **sin percatarse que en esa oportunidad los hechos ocurrieron en el año 2008 antes de la entrada en vigencia de la ley 1709 expedida el 20 de enero del año 2014.**

Como lo informó el Juez de primera instancia, en cuanto el reparo del defensor al indicar que no es claro que el delito imputado a Jefferson David Hernández Eusse tenga que ver con los relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones, La Sala de Casación Penal en decisión AP6304 Rdo. 45949 del 28 de octubre de 2015, dejó claro que, los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones, son los previstos en el Capítulo Segundo del Título XIII (de los delitos contra la salud pública) de la Ley 599 de 2000, donde efectivamente se encuentra citado el artículo 376 sin distinción alguna.

Ahora, teniendo en cuenta que para la fecha de los hechos (16 de marzo de 2022) ya estaba vigente el artículo 32 de la ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 68A del Código Penal, es claro que la decisión de primer grado se encuentra ajustada a derecho, pues resulta evidente que el procesado no cumple con el aspecto objetivo que demanda la norma, toda vez que la conducta por la que fue condenado se encuentra expresamente excluida de beneficios y subrogados, circunstancia que torna inane un examen de otros aspectos como los alegados por la defensa.

En conclusión, la legislación vigente no permite que las personas condenadas por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sean acreedoras a ninguno de los subrogados penales establecidos en los artículos 38 o 63 del Código Penal (modificados por la ley 1709 de 2014).

Por último, frente a la presunta *opción de alternatividad* respecto a que el procesado purgue su pena en un centro de asistencia de adictos al consumo de drogas y alcohol, la legislación actual no contempla ninguna medida de internamiento en ese tipo de centros para purgar pena.⁵ Lo cierto es que, el establecimiento penitenciario y carcelario que le asigne

⁵ Aunque la sentencia C-689 de 2002 citada por el recurrente, expone problemas de afectación a la salud pública por temas de drogadicción, finalmente decidió declarar la exequibilidad de los artículos 375, 376, 377, 378, 379, 380, 382 y 385 de la Ley 599 de 2000.

el INPEC para cumplir su condena es el llamado a garantizar el derecho a la salud que podría ver afectada.

Sin necesidad de más consideraciones, además de las expuestas por el Juez de primera instancia, se confirmará la decisión apelada.

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

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.

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**

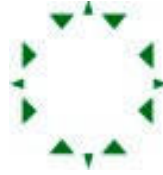
**Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

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: **c2e15cac888a07834f9a596a80a03b266adba0365c766278c11ca6b5ba199fde**

Documento generado en 20/03/2024 03:23:51 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, cuatro (4) de abril dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 31 del 20 de marzo de 2024

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria – declaraciones anteriores
Radicado	05-679-61-00219-2021-00086 (NI TSA 2024-0042-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa de WILLIAM DE JESÚS QUINTANA en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara – 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 1 de septiembre del año 2021, en la vereda La Herradura del Amarillo del municipio de La Pintada – Antioquia, la menor L.F.D., de 6 años de edad, fue tocada lascivamente en su vagina con los dedos por parte de WILLIAM DE JESÚS QUINTANA, compañero sentimental de una tía de la niña.

LA SENTENCIA

El 23 de noviembre del año 2023 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de WILLIAM DE JESÚS QUINTANA al declararlo penalmente responsable, como autor, del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, artículos 209 y 211-5 del C.P., en consecuencia, le impuso la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

IMPUGNACIÓN

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

- Los hechos de la sentencia difieren de los presentados por la fiscalía.
- No se demostró la existencia del delito.
- Se valoró de forma parcializada la prueba, dando peso a los aspectos que sirven para condenar y cercenando los puntos sobre los que emergen dudas que deben resolverse en favor del procesado.
- L.F.D. testificó cuando tenía 7 años de edad y se le dio credibilidad pese a que fue fantasiosa y contradictoria. Su relato no guardó un orden cronológico. No señaló con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Dijo que gritó después del abuso, pero no hubo corroboración de tal aspecto.

Se incorporaron y valoraron indebidamente distintas versiones de los hechos. No se respetó el derecho de la menor a no declarar en contra de su pariente. Se dio especial relevancia a las declaraciones previas dadas a las funcionarias de la comisaria de familia y al médico.

- No se demostró con claridad la fecha y hora de los hechos, ni que se llevaran a cabo el mismo día en que L. fue a la quebrada con su tía Amparo.
- No hubo una debida corroboración periférica. La prueba pericial practicada estaba encaminada a demostrar la coherencia del relato de la víctima, pero quienes se presentaron en juicio con dicho propósito solo efectuaron conclusiones a partir de las versiones de la menor y su madre, informes que se llevaron a cabo años después del delito.
- La víctima y su mamá, Sandra Patricia Díaz Arias, aportaron versiones inconsistentes en temas como la presencia de la progenitora en la habitación; la existencia de un balcón donde estuvo en algún momento el procesado; la ubicación de ambas durante los hechos; las

circunstancias en que se dio la revelación del abuso, y las supuestas amenazas emitidas por el procesado.

- Sandra Patricia no fue concluyente respecto al tocamiento lascivo que observó, solo dio cuenta de que QUINTANA tenía la mano en el estomago de la menor, respecto de la cual no precisó si estaba dormida o despierta, infundió temor en ella y no la vio mojada, tampoco al acusado.
- La psicóloga de la comisaría de familia aseguró que L.F.D. cambiaba las versiones para proteger a su mamá, en el juicio también lo hizo. Observó tendencia a la mentira y recomendó atención por psicología forense. La profesional aseguró que no efectuó una valoración sino simplemente una entrevista, por lo que no debe tomarse como una pericia, adicionalmente, la Juez efectuó un análisis muy somero de la prueba, sin adentrarse en el caso concreto.
- La trabajadora social refirió que L. comenzó con un relato fantasioso, por lo que fue necesario la intervención de la psicóloga, solo así describió los dos conductas abusivas.
- El médico Mario Alberto Marín testificó sobre hechos que no le constan, como la anamnesis y las conclusiones de la valoración, pues fue otro profesional de la medicina quien auscultó a la niña.
- Las versiones aportadas no provinieron de la víctima sino de su progenitora, quien no entregó detalles de los aspectos circunstanciales, además, los hallazgos no son coherentes con el dicho de la menor, quien fue fantasiosa.
- Eider de Jesús Álvarez Sánchez informó que Sandra Patricia Díaz Arias no denunció inmediatamente y se mostró feliz en compañía del agresor, lo que resulta "cuestionable". El testigo también señaló que a Díaz Arias nada le impedía salir del lugar, que esta le pidió dinero a WILLIAM DE

JESÚS y que quiso hacer ver que no necesitaba dinero, esto último desvirtuado por la trabajadora social.

No hubo pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada. A fin de sustentar debidamente tal anuncio, son necesarias dos precisiones iniciales:

Primero, una simple lectura y contraste del fallo de primera instancia¹ y la acusación² permite advertir que la Juez consignó en su providencia una premisa fáctica prácticamente igual a la hipótesis planteada por la fiscalía. Así que, contrario a lo afirmado por el apelante, no hay diferencias entre tales actuaciones.

Segundo, en desarrollo del principio de limitación de la segunda instancia, es deber de la apelante establecer con claridad los puntos de controversia que considera fueron indebidamente desarrollados en el fallo recurrido. En ese orden, a dichos objetos problemáticos y a los temas que le son inescindibles se debe limitar el pronunciamiento de la segunda instancia. En este caso, así: la trascendencia del testimonio de la víctima y el uso de sus declaraciones anteriores, el valor suasorio del testimonio de la madre de la niña, la relevancia y naturaleza de los testimonios de las funcionarias de la comisaria de familia, la posibilidad de incorporar y analizar la valoración médica con un galeno diferente al que auscultó a L., y el valor de la información aportada por el único testigo de descargo. De ello nos ocuparemos a continuación.

¹ Archivo "32SentenciaCondenatoria", folio 2.

² Escrito de acusación, archivo "01EscritoAcusacionWilliamDeJesusQuintana", folio 2, y audiencia de acusación, archivo "02 05679318900120220011300ContinuacionAcusacion 10-10-2023", récord 00:07:37 a 00:08:35.

1. Del testimonio de L.F.D.

En juicio, L.F.D.³ informó que contaba con 7 años de edad y relató que “*muchos años*” atrás fue a pasear a la casa de su tía Amparo, en La Pintada, allí el esposo de aquella, de nombre WILLIAM, la tocó en su vagina con los dedos por debajo de la ropa en dos oportunidades, un 23 de noviembre de una anualidad que no recordaba.

El primer tocamiento se dio en la cama en donde estaba recostada, pues se sentía llena después de haber comido, lo que ocurrió cerca al medio día. El sujeto le dijo que no contara lo sucedido a la mamá o “*le podía pasar algo*”, ella gritó y él se fue. Precisó que su mamá estaba en la cocina con la tía y que el agresor estuvo en el balcón.

La segunda ocasión, se llevó a cabo más tarde en ese mismo día, cuando salió junto con Amparo y WILLIAM a una quebrada que quedaba cerca, una vez allí, la tía se fue a buscar mandarinas, oportunidad aprovechada por el hombre para volver a tocarla libidinosamente, L. gritó. Posteriormente, le reveló los hechos a su madre, quien la llevó al hospital y a la comisaría de familia en donde contó lo mismo que relató en juicio.

Lo anterior es una síntesis del contenido del testimonio de la víctima, la que ciertamente mostró algunas dificultades para recordar con detalle todas las circunstancias relativas a tales hechos o respetar un estricto orden cronológico.

Sin embargo, no puede obviarse que la edad de la menor pudo influir en tal particularidad y que las partes, los intervinientes y la Juez no dieron la mejor dirección a la práctica de la prueba, pues las preguntas pudieron ser

³ Juicio oral del 14 de febrero de 2023, archivo “05 05679318900120220011300ContJuicioOral 14-02_2023”, récord 00:08:20 a 02:04:03.

formuladas en forma más comprensible y ordenada. Además, no se utilizaron correctamente todos los medios técnicos y las herramientas para el interrogatorio cruzado. Véase, por ejemplo, que la lejanía del micrófono impidió escuchar con precisión algunas preguntas o respuestas, tampoco se hizo uso de el refrescamiento de memoria o la impugnación de credibilidad.

A pesar de estas vicisitudes, un análisis del testimonio permite destacar que el mismo es claro en los aspectos sustanciales del delito acusado. L.F.D. relató sin lugar a equívocos que el compañero sentimental de su tía, WILLIAM, logró tocarla lascivamente en su vagina con los dedos en dos oportunidades, mientras estaba de paseo en la casa de aquel, ubicada en La Pintada, la primera conducta ocurrió un cuarto de la casa, la segunda, en una quebrada cercana.

Nótese que la niña sí señaló con suficiencia las circunstancias de modo y lugar en las que fue abusada. Ahora, sobre el aspecto temporal fue imprecisa, lo que intentó utilizar estratégicamente el defensor a su favor. Sobre esta particular crítica, importa reiterar que ello se debió principalmente a la falta de técnica y a la ligereza con que las partes asumieron la práctica de la prueba, sin que esto reste trascendencia al testimonio, pues los datos faltantes pueden superarse con los con los demás medios de conocimiento practicados, de lo que nos ocuparemos más adelante en esta decisión.

Así que, contrario a lo pretendido por el recurrente, tal prueba se advierte sólida sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado. A su vez, no se observan elementos que le resten credibilidad o de los que se pueda afirmar que se trata de un relato fantasioso.

Importa destacar que la fiscalía solo acusó por el delito que tuvo lugar en la habitación, así que lo sucedido en el río o quebrada no es un hecho jurídicamente relevante por el que se ejerciera la acción penal, así que esto

resulta un dato accesorio, en consecuencia, su demostración no es determinante para la decisión que se perfila.

La estrategia del apelante es objetar el medio de conocimiento aduciendo que la menor no fue consistente con otras pruebas, las que tampoco le corroboraron periféricamente, adicionalmente, sostuvo que se incorporó indebidamente información referencial y que no se respetó el derecho a no declarar en contra de sus parientes.

En relación a este último aspecto, se debe advertir que conforme al artículo 33 de la Constitución *"nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil"*.

Ahora, en este caso el procesado es el compañero sentimental de una tía paterna de la menor, así que el eventual grado de afinidad que se presenta entre L.F.D. y WILLIAM DE JESÚS QUINTANA no lo cobija la garantía constitucional referida, de ahí que el argumento del defensor resulte infundado.

En cuanto a la prueba de referencia aportada en el juicio oral, es importante exponer que recientemente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha matizado las exigencias para la incorporación de pruebas de tal tipo cuando se trata de casos de víctimas menores de edad en delitos sexuales, en ese sentido ha establecido que la disponibilidad de los menores estos no es un requisito esencial para el decreto y práctica de pruebas de referencia.⁴ Adicionalmente, sobre la formalidad que debe cumplirse para dichos efectos no es una fórmula estricta, así lo ha señalado:

"Mucho menos cabe cualquier réplica, si ello supusiera exaltar el procedimiento formulario en que se había convertido la metodológica

⁴ Sobre el tema, véase entre otras, SP CSJ radicados 61671 del 27 de septiembre de 2023, SP409-2023, M.P. Myriam Ávila Roldán, y 56902 del 16 de agosto de 2023, SP337-2023, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa y Diego Eugenio Corredor Beltrán.

*formalización del proceso probatorio para incorporar el testimonio adjunto – y/o mutatis mutandi, la prueba de referencia-, cuando quiera que la postura actual de la jurisprudencia (Sentencia 62852 de 2023) ha clarificado que así formalmente no se haya dispuesto en la oportunidad debida la incorporación de una declaración anterior, nada obsta para que la misma sea valorada –**si emerge admisible**-, siempre y cuando se garantice su contradicción, haciendo de esta manera prevalecer una concepción sustancial de la justicia, sobre una meramente formal, como de ello ya se había ocupado su doctrina en esta materia sentada en la Sentencia 55959 de 2021”⁵*

En ese orden, importa destacar que en el presente caso la fiscalía solicitó en la audiencia preparatoria⁶ los testimonios de Sandra Patricia Díaz Arias, madre de L., Jessica Alexandra Rendón Rendón, psicóloga de la comisaría de familia de Santa Bárbara, Juliana Andrea Quintana Pérez, trabajadora social de la misma dependencia y del médico Jorge Andrés Barrios Durán, quienes valoraron a la víctima. En su argumentación, la fiscal expuso que estos testigos tenían conocimiento de los hechos comunicados por la menor y que eventualmente podría utilizar esa información en el juicio oral. Véase que, aunque no se cumplió estrictamente con una solicitud y decreto de prueba de referencia explícita, sí era evidente para la contraparte la posibilidad del uso de tal información.

Precisamente, en el juicio oral con algunas de estas pruebas se incorporó información referencial, la que era admisible si se tiene en cuenta la edad de la menor víctima, además, en ese momento procesal, igual que en la audiencia preparatoria, la defensa no se opuso a su incorporación y tuvo oportunidad de controvertirla. En consecuencia, es posible analizar la información referencial aportada por aquellos medios de conocimiento.

Resulta contradictorio que el apelante refute la naturaleza referencial de dicha información y a la vez pretenda atacar la prueba proponiendo que

⁵ SP CSJ radicado 55465 del 29 de noviembre de 2023, SP512-2023, M.P. Gerson Chaverra Castro.

⁶ Audiencia preparatoria, archivo “03 05679318900120220011300Preparatoria 09-11-2022”, récord 00:16:40 a 00:41:35.

la Sala analice las afirmaciones fantasiosas que en aquellas versiones previas aportó la menor.

Jessica Alexandra Rendón Rendón⁷ y Juliana Andrea Quintero Pérez⁸ manifestaron que entre ellas dos y la comisaria de familia entrevistaron en una sola ocasión a la menor, el 6 de septiembre de 2021, ello a fin de no revictimizarla, ambas aportaron versiones similares a lo dicho por L.F.D. en juicio, es decir, dieron cuenta de dos tocamientos con las manos a la vagina de la niña por parte del acusado, en un cuarto de la casa del sujeto, ubicada donde la niña pasaba vacaciones por aquella época, y en quebrada cerca de allí. Así las cosas, la Sala advierte coherencia sustancial en el señalamiento al procesado.

Adicional a lo anterior, Quintero Pérez precisó que la niña relató que tales delitos sucedieron el 1 de septiembre de 2021, con lo que se logra superar el aspecto temporal de la conducta, dato que es congruente con la hipótesis acusatoria.⁹

Ahora, ambas testigos refirieron que al inicio de la entrevista la menor les resultó fantasiosa, lo que al parecer fue causado por un temor sugestionado a la niña, pues tuvo la idea de que su madre podría salir perjudicada ya que le asistía responsabilidad al haberla llevado al lugar de los hechos, lo que generó prevención en L.F.D. para relatar los delitos, situación que fue controlada por la comisaria y la psicóloga Rendón Rendón, lo cual permitió que finalmente L. aportara su versión de los hechos de manera más tranquila.

⁷ Juicio oral del 14 de febrero de 2023, archivo "06 05679318900120220011300ContJuicioRoal 14-02-2023", récord 00:01:18 a 00:45:58.

⁸ Juicio oral del 14 de febrero de 2023, archivo "06 05679318900120220011300ContJuicioRoal 14-02-2023", récord 00:48:45 a 01:26:31.

⁹ Sobre este punto resulta pertinente precisar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento matizó la postura que asumía una posición estricta sobre las circunstancias temporales definidas en la acusación, de cara al principio de congruencia, y refirió que "*el principio de congruencia pretende descartar un indebido sorprendimiento del procesado o de su defensor*". En ese orden, aseguró que "*la fecha en sí misma considerada no constituye un componente imprescindible en la definición de los hechos jurídicamente relevantes, siempre que de su presentación pueda establecerse el día o la época de su ocurrencia*". SP CSJ radicado 62801 del 4 de octubre de 2023, SP414-2023, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

Sobre las manifestaciones concretas que resultaban fantasiosas, Juliana Andrea Quintero Pérez adujo que ello se debió a que la niña dijo que la casa donde se cometieron los punibles estaba ubicada a orillas del río cauca, el que habían cruzado, nadado y corrido, además, que se subió a un palo de aguacates.

La otra profesional señaló que la niña variaba los detalles, como que estaba encerrada en la habitación, que no supo cómo entró allí, insistía en los tocamientos, pero cambiaba aspectos, por ejemplo, que la mamá estaba en la cocina, que no es escuchó, destacando que L. se ponía ansiosa cuando hablaba sobre el papel de su progenitora.

Véase que las testigos no precisaron porqué consideraba fantasiosas tales particularidades, así que sus afirmaciones carecen de un sustento suficiente para ser avalada por esta instancia. Además, aquellas apreciaciones de las profesionales no son vinculantes para la Sala, como parece entender el impugnante.

Además, resulta paradójico que la única prueba de descargo, el testimonio de Eider de Jesús Álvarez Sánchez,¹⁰ corrobora de cierto modo tales manifestaciones de la menor, véase que este adujo que para llegar al lugar de los hechos había que cruzar el río cauca a través de una garrucha, ello sin duda es una característica que la niña, para ese entonces de 6 años de edad, pudo relatar de una manera particular a las entrevistadoras y estas considerarlo irreal, pero que en realidad guardaba cierto sustento con un punto que, al parecer, era desconocido para ellas. Los otros aspectos, referentes a que la niña pudo subirse en un palo de aguacates o no supo explicar cómo llegó al lugar de los hechos, tampoco se observan inconsistentes.

¹⁰ Juicio oral del 13 de julio de 2023, archivo "09 05679318900120220011300ContJuicioORal 13-07-2023", récord 00:03:27 a 01:10:30.

En cuanto a que la menor pudo estar evadiendo información para no incriminar a su madre y que en ese sentido posiblemente aportó detalles fantasiosos, resulta un hecho que, en estricto sentido, no sirve para descartar el señalamiento en contra del acusado, en lo que fue persistente. En otras palabras, no se observa que esa supuesta posición de la niña obedeciera a que los hechos no existieron o que quisiera acusar falazmente al sujeto.

Así que no se observa elementos suficientes para catalogar como fantasioso aquella versión previa de la menor y menos que esto afecte lo dicho por ella en juicio, en donde se reitera, fue consistente y creíble.

Se destaca que Sandra Patricia Díaz Arias,¹¹ madre de la menor, se limitó a informar que su hija le reveló que había sido tocada en sus partes íntimas por WILLIAM DE JESÚS, información que no aporta detalles diferentes a los expuestos por la propia testigo directa.

Por su parte, el médico Mario Alberto Marín Marín,¹² quien asistió al juicio en reemplazo de su colega Jorge Andrés Barrios Durán, sostuvo que la anamnesis fue dada por la progenitora de L.F.D. y que esta última aportó una versión similar a la de la primera. El testigo no precisó el contenido concreto del relato ofrecido por la niña, en ese orden, esta prueba no entregó una clara versión previa de la menor que permita adentrarnos en su análisis, lo que tampoco es trascendente para la decisión que se perfila.

Sobre la credibilidad del relato de la víctima y su consistencia, no puede obviarse que conforme se ha analizado hasta este momento, siempre señaló a QUINTANA, pareja sentimental de su tía Amparo, como el sujeto que la tocó lascivamente en su zona vaginal. Así que las eventuales imprecisiones en que pudo incurrir no generen relevancia determinante que

¹¹ Juicio oral del 14 de febrero de 2023, archivo "05 05679318900120220011300ContJuicioOral 14-02_2023", récord 02:10:05 a 03:36:04.

¹² Juicio oral del 9 de junio de 2023, archivo "08 05679318900120220011300ContJuicioOral 09-06-2023", récord 00:02:30 a 00:49:07.

le reste credibilidad. Sobre el tema, la jurisprudencia ha expuesto reiteradamente que:

*“En punto de la credibilidad que se ha de conferir a un testimonio cuando el sujeto que lo rinde incurre en contradicciones consigo mismo o con otros medios de prueba, la Sala ha sido enfática en señalar que ante inconsistencias irrelevantes o marginales entre varios relatos y **coincidencia plena en lo principal**, no es posible magnificar aquéllas para restarle crédito al dicho del deponente sino que por el contrario, es posible conceder mérito persuasorio a la prueba”¹³.*

Nótese que la niña aportó un testimonio claro que es concluyente sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, lo que guarda consistencia con sus versiones previas, además, lo dicho en juicio encuentra corroboración en las demás pruebas practicadas, como se verá a continuación.

2. De la corroboración con las demás pruebas de cargo

- Sandra Patricia Díaz Arias,¹⁴ madre de L.F.D., informó que el procesado es el esposo de Luz Amparo Flórez Vallejo, tía paterna de la niña. Destacó que aquellos vivían en la vereda La Herradura del Amarillo, en La Pintada, lugar en donde estuvo paseando con sus hijas por unos días. Precisó que un día de aquellos, después del mediodía y de haber consumido alimentos, estando ella en la cocina, la que estaba alejada de las habitaciones, la víctima le dijo que se iba a recostar, a su vez, QUINTANA manifestó que se iría a trabajar. Sin embargo, la testigo sospechó y al entrar al cuarto descubrió al hombre con las manos en el abdomen de la menor, quien se encontraba despierta. Luego, aquella tarde, la niña se fue con la tía y el sujeto para la quebrada, al regresar L. le reveló que había sido

¹³ Véase CSJ SP Proceso 33558 del 7 de julio de 2010 M.P. Augusto J. Ibáñez Gúzman y proceso 25503 del 27 de julio de 2006, M.P. Marina Pulido de Barón.

¹⁴ Juicio oral del 14 de febrero de 2023, archivo “05 05679318900120220011300ContJuicioOral 14-02_2023”, récord 02:10:05 a 03:36:04.

abusada por WILLIAM DE JESÚS y no quería estar más allí. Aseguró Sandra Patricia que le contó lo sucedido a Luz Amparo y a otro hombre que trabajaba en el lugar, que el acusado le ofreció dinero y un pato para que callaran, y aunque dijo que sí, denunció cuando logró salir del sitio inventándose una excusa, por lo que fueron a la policía, a la comisaría y al hospital.

La anterior síntesis del testimonio obedece a un análisis pormenorizado de la prueba, así se logra advertir que, contrario a lo planteado por el apelante, no se presentaron inconsistencias relevantes entre el testimonio de la víctima y su madre.

En su lugar, la progenitora y L.F.D. son coherentes en que la revelación del delito se dio el mismo día de su ejecución, también son consistentes en la ubicación de ambas y del sujeto, y que posteriormente lograron poner los hechos en conocimiento de las autoridades. En otras palabras, el relato de la madre permite asegurar que el acusado sí estuvo en el lugar de los hechos, mientras ella estaba en la cocina, y aunque observó una situación comprometedoras cuando fue a verificar el estado de su hija, no se trató del tocamiento lascivo propiamente dicho, así que no es realmente una inconsistencia el que Díaz Arias no diera cuenta directa del punible, como sugiere el impugnante.

Sobre las amenazas emitidas por WILLIAM DE JESÚS, solo la niña las percibió y las informó en juicio, así que no se requería corroboración de tal aspecto por parte de la madre, quien sí expuso la intención de este de no ser denunciado, lo que resultaba razonable al verse expuesto a una situación grave.

El apelante pretende llevar la discusión a puntos irrelevantes, como establecer si en la casa de los hechos existía un balcón y si allí estuvo el procesado, véase que tal circunstancia en nada afecta los hechos jurídicamente relevantes demostrados con las pruebas. Tampoco era

trascendente, para resolver el caso, que la madre de L. hubiera visto a esta o al agresor mojados.

- La psicóloga de la comisaría de familia de Santa Bárbara, Jessica Alexandra Rendón Rendón,¹⁵ adujo que efectuó una valoración psicológica a la niña el 6 de septiembre de 2021 y un seguimiento posterior hasta mayo del año 2022, inicialmente, con la finalidad identificar tendencias mitómanas o fantasiosas de la niña en el relato y si los hechos la habían afectado psicológicamente, para lo que tuvo en cuenta la guía de medicina legal, la entrevista semiestructurada y la observación directa. Aseguró que las afectaciones psicológicas pueden no darse forma inmediata a los hechos, por lo que debía tener en cuenta que estos habían ocurridos pocos días antes a la valoración. Concluyó que, pese a no actuar como perito forense y a emitir conceptos de probabilidad y no de certeza, no se presentaba en aquel momento alteración psicológica relacionada con el abuso.

Por su parte, la trabajadora social Juliana Andrea Quintero Pérez,¹⁶ de la misma comisaría, manifestó que se encargó de identificar cómo se encontraba L. en relación a su entorno familiar. En desarrollo de tal actividad se ubicó a la menor con la familia paterna, en concreto, con una tía de nombre Marisel, pues la madre no garantizaba las mismas condiciones económicas, de vivienda y educación.

Nótese que durante los testimonios de las profesionales, principalmente la psicóloga, no se les indagó debidamente por la fiscalía para que explicaran los principios científicos o técnicos en que se fundamentaron sus intervenciones, consecuentemente, tampoco dieron cuenta de su grado de aceptación, ni de los *“métodos empleados en las investigaciones y*

¹⁵ Juicio oral del 14 de febrero de 2023, archivo *“06 05679318900120220011300ContJuicioRoal 14-02-2023”*, récord 00:01:18 a 00:45:58.

¹⁶ Juicio oral del 14 de febrero de 2023, archivo *“06 05679318900120220011300ContJuicioRoal 14-02-2023”*, récord 00:48:45 a 01:26:31.

análisis relativos al caso". Tales aspectos de los medios de conocimiento tampoco fueron acreditados con suficiencia en el resto del interrogatorio cruzado, de modo que finalmente lo que se evidenció fue la precariedad de las pruebas conforme a los lineamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁷ para efectos del análisis de la prueba pericial.

Adicional a lo anterior, los testigos solo hablaron en términos de probabilidad cuando se les preguntó sobre la existencia de elementos contundentes que sirvieran para asegurar que la sintomatología de la menor obedecía a los delitos que soportó.

En ese orden, estos medios de conocimiento no son concluyentes, lo que es razonable pues ninguno tenía por objeto verificar la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, así que sus manifestaciones resultan especulativas o sin base científica o técnica clara y contundente, por lo que no resultan vinculantes para la Sala, en tanto no sirven para probar un aspecto cierto que sirva para corroborar un elemento periférico del delito.

Aun así, se reitera, la decisión anunciada desde el principio de estas consideraciones no varía, ya que como se viene analizando, el testimonio de L.F.D. fue claro sobre la materialidad de las conductas y la responsabilidad del procesado. Además, en este tipo de delitos no es necesario que se presenten afectaciones psicológicas o psiquiátricas.

La trabajadora social se limitó a efectuar una narración de las condiciones sociales de la menor y sus familiares, sin que las dificultades económicas de su progenitora sirvan para fundamentar alguna duda que favorezca al procesado, como parece sugerir el defensor.

- El médico Mario Alberto Marín Marín¹⁸ asistió al juicio como testigo de cargo toda vez que no fue posible para la fiscalía ubicar al médico Jorge

¹⁷ SP CSJ radicado 50637, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹⁸ Juicio oral del 9 de junio de 2023, archivo "08 05679318900120220011300ContJuicioOral 09-06-2023", récord 00:02:30 a 00:49:07.

Andrés Barrios Durán, quien auscultó directamente a la niña, así se expuso en juicio y sobre tal aspecto no hubo discusión por parte de la defensa. En ese orden, era posible la práctica de este testimonio.¹⁹

En consecuencia, el galeno expuso que al momento de ser evaluada físicamente, el 4 de septiembre de 2021, L.F.D. presentaba una lesión eritematosa en el himen a las 2 de las manecillas del reloj, la que se podía corresponder con el relato de abuso consignado en la anamnesis, pues una herida de tal tipo puede durar hasta 7 días y de ser causada por un objeto diferente a una manipulación, dejaría otras evidencias.

Véase que esta prueba aporta información que permite advertir que la niña sí pudo ser manipulada indebidamente en sus genitales, lo que hace más probable la versión de la víctima, no puede olvidarse que esta solo relató haber sido tocado en su vagina por el esposo de su tía, particularidad que puede tener cierta correspondencia con las características encontradas en su zona vaginal.

3. El testimonio de Eider de Jesús Álvarez Sánchez, prueba de descargo

Eider de Jesús Álvarez Sánchez,²⁰ única prueba de descargo, informó conocer al procesado desde hace varios años, que este es su amigo y le tiene un gran aprecio, casi como un familiar. Adujo que aproximadamente entre junio y noviembre del año 2021 trabajaron por varios meses en una finca en el municipio de La Pintada – Antioquia, en la vereda El Amarillo, cerca del río Cauca y a una quebrada, a la casa se llegaba por medio de una garrucha. Afirmó que allí estuvieron por unos días la víctima, su hermana y su madre. Expuso que a la menor le regalaron un pato, para que esté no

¹⁹ Sobre la posibilidad de que al juicio acudan peritos diferentes a los que efectuaron las valoraciones cuando sea imposible ubicarlos, véase entre otras, SP CSJ radicados 47093 del 30 de agosto de 2017, AP5594-2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, y 58075 del 9 de junio de 2021, AP2311-2021, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

²⁰ Juicio oral del 13 de julio de 2023, archivo “09 05679318900120220011300ContJuicioORal 13-07-2023”, récord 00:03:27 a 01:10:30.

se muriera, que la mamá de aquella le mando pedir con él dinero al procesado, pero el testigo se negó por no ser “mandadero” de nadie. Aseguró que no vio problemas entre WILLIAM DE JESÚS y Sandra Patricia, pero que esta última le contó sobre los hechos, así que él le recomendó denunciar, sin embargo, le pareció extraño que la mujer solo se fuera del lugar días después y mostrándose alegre con el procesado.

Este testigo, pese a que por su aprecio al acusado declaró en su favor, aportó datos importantes para corroborar la hipótesis acusatoria, destacó que la niña, su madre y QUINTANA estuvieron en año 2021 en el lugar de los hechos y que allí se dio el conocimiento del abuso, además, describió el sitio de forma similar a las testigos de cargo y no advirtió animadversión o animo indebido por parte de la víctima o su madre en contra del acusado.

Aunque se mostró especulativo sobre la actitud asumida por la progenitora después de conocer el abuso y la solicitud de dinero, esto no vincula en modo alguno la posición de la Sala, pues no se aportaron datos claros que permitan edificar a partir de tales aspectos alguna circunstancia que afecte de modo sustancial las pruebas de cargo.

Conforme a lo analizado en esta providencia, de la valoración conjunta de la prueba no se advierte una hipótesis plausible de inocencia que beneficie al procesado. Por el contrario, se alcanzó en términos del artículo 381 del C.P.P., el conocimiento necesario para condenar, pues no existen dudas razonables sobre la responsabilidad penal del acusado en el acto sexual abusivo agravado del que fue víctima L.F.D. Respondidas así todas las inconformidades planteadas por el apelante, esta Sala confirmará la sentencia de primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, 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

En permiso

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas
Magistrado

Sala 005 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

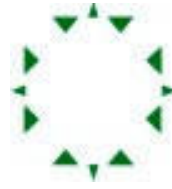
Código de verificación: **7843328e4553a5b6d7f098edc2f98191b8e2dc4dd2d4a11bede0a6ef9b759aed**

Documento generado en 20/03/2024 03:34:32 p. m.

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

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Jhon Alexander Ramos Jiménez,
Sebastián Ramos Jiménez y Fabio Antonio Pescador Durango
Delito: Hurto calificado y agravado
Radicado: 05 045 60 00 265 2023 00058
(N.I. 2024-0536-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, cuatro (4) de abril dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 31 del 20 de marzo de 2024

Proceso	Sentencia
Sistema	Ley 1826 de 2017—procedimiento abreviado—
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05 045 60 00 265 2023 00058 (N.I. 2024-0536-5)
Decisión	Modifica y confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2024 por el Juzgado Primero Penal Municipal de Apartadó Antioquia.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Jhon Alexander Ramos Jiménez,
Sebastián Ramos Jiménez y Fabio Antonio Pescador Durango
Delito: Hurto calificado y agravado
Radicado: 05 045 60 00 265 2023 00058
(N.I. 2024-0536-5)

HECHOS

Los relacionó así la sentencia de primera instancia:

El miércoles 19 de julio de 2023 a eso de las 20:00 horas en vía pública del barrio Serranía del municipio de Apartadó, EDILBERTO MOSQUERA LÓPEZ y ANDRÉS CAMILO CANO AMARILES, quienes se desplazaban en una motocicleta conducida por este último, fueron interceptados por cuatro sujetos que se movilizaban en tres bicicletas portando armas de fuego y armas blancas, quienes insultándolos, golpeándolos, e intimidándolos con estos elementos le hurtaron al joven Edilberto un celular marca Xiaomi 10 de color negro, y al joven Andrés Camilo un celular marca Xiaomi 12 de color azul, unos aretes de oro, \$50.000 en efectivo y unas gafas; elementos valorados en su totalidad en la suma de \$2.100.000. Cometido el hurto, las víctimas salieron tras ellos y dieron aviso a uniformados de la Policía Nacional, quienes persiguieron y capturaron en el barrio El Darien a tres de los sujetos que fueron señalados e identificados como JHON ALEXANDER RAMOS JIMÉNEZ, SEBASTIÁN RAMOS JIMÉNEZ y FABIO ANTONIO PESCADOR DURANGO. Al primero se le halló el celular de propiedad del señor Andrés Camilo; al segundo el celular del señor Edilberto, y al tercero dos armas blancas tipo cuchillo y un destornillador.

ACTUACIÓN PROCESAL

Luego de instalada la audiencia concentrada, el 10 de octubre de 2023 la fiscalía presentó un preacuerdo. Los procesados JHON ALEXANDER RAMOS JIMÉNEZ, SEBASTIÁN RAMOS JIMÉNEZ y FABIO ANTONIO PESCADOR DURANGO declararon su responsabilidad en la conducta de hurto calificado y agravado artículos 239 inciso 2º, 240 inciso 2º, 241 numeral 10º

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Jhon Alexander Ramos Jiménez,
Sebastián Ramos Jiménez y Fabio Antonio Pescador Durango
Delito: Hurto calificado y agravado
Radicado: 05 045 60 00 265 2023 00058
(N.I. 2024-0536-5)

C. P. A cambio se les reconoció la calidad de cómplice y se pactó una pena de seis (6) años de prisión.

SENTENCIA

El 21 de febrero de 2024 se profirió sentencia condenatoria en contra de JHON ALEXANDER RAMOS JIMÉNEZ, SEBASTIÁN RAMOS JIMÉNEZ y FABIO ANTONIO PESCADOR DURANGO al hallarlos penalmente responsables del delito de hurto calificado y agravado artículos 239 inciso 2°, 240 inciso 2°, 241 numeral 10° C. P. a la pena de treinta seis (36) meses de prisión. Les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

La Juez estimó procedente una rebaja del 50% de la pena de acuerdo con el artículo 269 del C.P. Lo anterior, debido al pago de indemnización realizado a las víctimas por la suma de cuatrocientos sesenta mil pesos (\$460.000), cifra definida por un perito de la defensa a falta de la comparecencia de las víctimas al proceso. No realizó ningún calculo especial para aplicar ese porcentaje de la rebaja punitiva.

Por otro lado, negó la atenuación punitiva del artículo 268 indicando que el valor de lo hurtado es superior al valor de un salario mínimo legal mensual vigente del año 2023.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa sustentó el recurso de apelación. Informó lo siguiente:

l) Omitió que la fiscalía al momento de pronunciarse en relación con las rebajas del artículo 268 no hizo ninguna oposición o manifestación alguna,

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Jhon Alexander Ramos Jiménez,
Sebastián Ramos Jiménez y Fabio Antonio Pescador Durango
Delito: Hurto calificado y agravado
Radicado: 05 045 60 00 265 2023 00058
(N.I. 2024-0536-5)

como tampoco se pronunció en lo relacionado con el monto de lo hurtado. Es decir, no se probó el valor de los dos celulares, igualmente los mismos no salieron de la esfera de dominio de las víctimas ya que los celulares fueron recuperados en el momento de la captura de los tres condenados. Contrario a lo que ocurrió con los topitos (aretes de oro), las gafas y los \$50.000 en efectivo que nunca aparecieron y obviamente estos tres últimos elementos sí salieron de la esfera de dominio, los cuales, sumados, según experticia técnica su valor es de trescientos setenta mil pesos (\$370.000). Es decir, el valor de lo hurtado no supera el salario mínimo mensual vigente.

Resaltó la Juez que el valor de \$2.100.000 es un aspecto fundamental que se encontraba incluido en la acusación donde se plasman los hechos fácticos y jurídicos que aceptaron en su integridad los acusados. En este punto, no le asiste razón, pues si bien los condenados aceptaron los cargos a cambio de una rebaja de pena, no menos es que aspectos como el valor de los dos celulares debieron probarse en la audiencia del artículo 447, para que la Juez valorara y concediera o no la rebaja del artículo 268 del C.P.

ii) Con respecto al quantum de rebaja por la indemnización integral del artículo 269 del C.P. dentro del marco legal posible en valores porcentuales del 50% al 75%, el Despacho solo reconoció el mínimo permitido, o sea el 50% (36 meses), demasiado castigo a pesar de que existe circunstancias de menor punibilidad. La indemnización se dio por consignación a la cuenta de depósitos judiciales, debido a que el Juzgado y la fiscalía no pudieron ubicar a las víctimas para acordar el monto a indemnizar.

Advierte que, presentado el escrito de acusación, los procesados mostraron voluntad de indemnizar a las víctimas, y el juzgado de conocimiento aceptó que el total de daños y perjuicios materiales al momento de presentado la experticia, alcanzó una suma de \$460.000, para las dos víctimas. Frente a este punto no hubo manifestación alguna de inconformidad u oposición por parte de la fiscalía.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Jhon Alexander Ramos Jiménez,
Sebastián Ramos Jiménez y Fabio Antonio Pescador Durango
Delito: Hurto calificado y agravado
Radicado: 05 045 60 00 265 2023 00058
(N.I. 2024-0536-5)

Agrega que se debió haber ponderado al menos en fase intermedia, y mínimamente reconocérsele la rebaja en el 65%, lo que correspondería a 46.8 meses de descuento sobre los 72 meses preacordados, dando como resultado final 25.2 meses de condena, o el 75% según el momento procesal en el que se realizó la indemnización.

iii) Refiere finalmente que, la Juez decidió en el literal cuarto del fallo, albérgales la oportunidad a las víctimas para que una vez en firme la sentencia y dentro del término legal establecido para ello, tramiten el respectivo incidente de reparación integral de perjuicios. Situación que no va en contraste con la realidad, puesto que quedó ampliamente probado la indemnización integral a las víctimas realizada por los tres condenados.

Solicita se revoque la decisión en los puntos cuestionados.

La Fiscalía como no recurrente informó que, del análisis de los EMP que soportan el caso y de los hechos Jurídicamente relevantes, queda claro que las víctimas, percibieron afectación en el bien jurídico patrimonio económico, a su vez, queda claro lo realizado por las víctimas para tratar de recuperar sus pertenencias. Las pertenencias salieron de la esfera de protección de los afectados. Los condenados se apoderaron de dichos bienes. Es cierto lo dicho por la defensa "los objetos fueron restituidos" pero si se analiza el contexto de la restitución aludida, se concluye que es en atención, a la pronta acción Policial. En el escrito de acusación se determinó el valor de la afectación, situación que fue aceptada en su integridad por el defensor.

Afirma que hubo una afectación de \$ 2.100.000 superiores al salario mínimo legal para el año 2023. Por tanto, no es procedente el descuento punitivo relativo a el artículo 268 ley 599 del 2000.

Agrega que, según lo estipulado en el artículo 269 del C.P.. El descuento se torna ajustado a la norma, en atención a la reparación y restitución del objeto. Siendo así, se les redujo de 6 años pena pactada vía preacuerdo y a 3 años por el descuento del 50% con la aplicación del artículo 269. Es válido recordar que en los hechos se usó arma de fuego y las víctimas sufrieron agresiones físicas. Solicita se confirme la decisión.

CONSIDERACIONES

La Sala abordará la inconformidad del recurrente para lo cual se analizará la interpretación de los artículos 268 y 269 del Código Penal y por último se hará referencia a la oportunidad de las víctimas para tramitar el incidente de reparación integral.

l) El artículo 268 del Código Penal establece lo siguiente: "**CIRCUNSTANCIA DE ATENUACIÓN PUNITIVA.** *Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica*".

Es así que, para aplicar la disminución de pena deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, (ii) que sobre quien recae la imposición de la pena no tenga antecedentes penales, y (iii) que con ocasión de la comisión de la conducta punible no se haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Jhon Alexander Ramos Jiménez,
Sebastián Ramos Jiménez y Fabio Antonio Pescador Durango
Delito: Hurto calificado y agravado
Radicado: 05 045 60 00 265 2023 00058
(N.I. 2024-0536-5)

El valor del bien hurtado constituye a la cuantía que se analiza al momento de realizarse la calificación jurídica, situación que no varía así los bienes hurtados sean recuperados. Esa cuantía es diferente al valor de la indemnización a que tiene derecho la víctima por la ejecución del delito, en la que sí tiene incidencia, para su monto, la recuperación de lo ilegalmente apropiado.

El apelante confunde cuantía con indemnización, incurriendo en el error de creer que corresponden a lo mismo y que como el monto de la indemnización fijado por su perito es inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, entonces se debe conceder la rebaja de pena consagrada en el artículo 268 del Código Penal.

El peritaje aportado por la defensa tenía como objetivo establecer el monto de la indemnización ocasionada por el hurto, no el valor de los bienes hurtados. La cuantía del hurto fue considerada por las víctimas en aproximadamente dos millones cien mil de pesos (\$2.100.000), mientras que la perito de la defensa calculó la indemnización en cuatrocientos sesenta mil pesos (\$460.000). Se repite: la primera es el monto que se debe tener en cuenta para dilucidar si procede conceder la rebaja de pena establecida en el artículo 268 del Código Penal. La segunda es el monto de la indemnización.

Como el hurto se cometió en el año 2023, se tiene que el valor del salario mínimo legal mensual vigente es de un millón ciento sesenta mil de pesos (\$1.160.000). En atención a que el valor de los bienes que los acusados pretendieron hurtarle a EDILBERTO MOSQUERA LÓPEZ y ANDRÉS CAMILO CANO AMARILES fue aproximadamente de dos millones cien mil pesos (\$2.100.000), tal como se informó en la acusación y como fue aceptado por los procesados en el acuerdo. No es posible conceder la rebaja de pena que solicita el apelante, pues el valor de los bienes mencionados es superior al de un salario mínimo legal mensual vigente.

No era necesario que la fiscalía se opusiera a la solicitud de aplicación de la atenuación punitiva en la audiencia del artículo 447 del C.P.P. y tampoco probara el valor de los celulares hurtados, pues los procesados aceptaron en el preacuerdo la responsabilidad en los hechos acusados, entre ellos, el valor total de la apropiación ilícita. Por tanto, esta situación quedó debidamente consolidada desde la aceptación de cargos. No es posible controvertir hechos que los procesados admitieron de manera voluntaria. Véase que constatada la diligencia de preacuerdo, la Juez verificó que en la aceptación de cargos se respetara lo establecido en el artículo 131 del C.P.P.¹ Acertó la Juez en este punto de la decisión.

ii) Ahora, frente a la aplicación del artículo 269 del Código Penal, esto es, disminuir la pena fijada de la $\frac{1}{2}$ a las $\frac{3}{4}$ partes, exige que se cumplan los siguientes requisitos en cuanto a la reparación: (i) que ocurra antes de dictarse sentencia de primera o única instancia; (ii) la restitución del objeto material del delito, cuando ello sea posible, o en su defecto, la cancelación del valor del mismo, y que (iii) sea integral, lo cual comporta la obligación de indemnizar los perjuicios causados.²

En lo referente a cálculo del monto a disminuir, la Sala de Casación Penal ha indicado que el Juez cuenta con la discrecionalidad para determinarla dentro del parámetro establecido en la ley, sin que en tal propósito se torne arbitrario. Indicado que se debe tener en cuenta: *"el interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas"* (CSJ SP16816/2014, rad. 43959).

¹ Record 00:32:00 en adelante. "22AudienciaConcentrada10Octubre2023(2)"

² SP2295-2020. Rad. N°. 50659, del 8 de julio de 2020.

En ese entendido ha definido la Sala de Casación Penal que -el momento de la actuación procesal en que se materializa la reparación, es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo, porque permitirá medir, a partir de la ocurrencia de los hechos y hasta antes de la emisión de la sentencia, la voluntad del acusado en resarcir el daño causado a las víctimas-.³

Por tanto, pese a la discrecionalidad de la Juez para determinar el monto de la rebaja, se deben tener en cuenta los parámetros enunciados, atinentes al momento procesal en que se llevó a cabo la reparación, a efectos de conservar una línea coherente en los casos que se identifican fáctica y procesalmente. Esta situación no fue evaluada por la Juez de instancia. Veamos:

Los hechos ocurrieron el 19 de julio de 2023, fecha en la que se produjo la captura en situación de flagrancia de Jhon Alexander Ramos Jiménez, Sebastián Ramos Jiménez y Fabio Antonio Pescador Durango. Se presentó escrito de acusación el 21 de julio de 2023. La audiencia concentrada fue programada para el 20 de septiembre de 2023, fecha en la que la defensa presentó aplazamiento, debido a que estaba adelantando un preacuerdo con la fiscalía y los procesados. El Juzgado fijó nueva fecha para el 10 de octubre de 2023.

En esta última, la fiscalía presentó escrito de preacuerdo, instalada la audiencia concentrada, la fiscalía solicitó se mutara la diligencia por un preacuerdo. Se expusieron los términos del acuerdo y al indagar a los procesados por la aceptación de cargos, informaron la necesidad de la presencia de las víctimas con fin de indemnizarlas, las cuales, a pesar de los esfuerzos de la fiscalía y el Juzgado para contactarlas no fue posible la comparecencia de las mismas.⁴

³ *Ibíd.*

⁴ Record 00:32:00 en adelante. “22AudienciaConcentrada10Octubre2023(2)” Fabio Antonio Pescador Durango informó que el día de la captura una de las víctimas le pegó un machetazo en la espalda. Que las víctimas

Según las manifestaciones de los procesados en la audiencia de verificación de preacuerdo, se puede inferir que desde esa época los acusados tuvieron la intención de indemnizar a las víctimas.

Es decir, en un lapso no superior a los cuatro meses luego de sucedidos los hechos, los acusados mostraron su interés en indemnizar a las víctimas por lo sucedido. Situación que solo pudo materializarse, mediante tasación de perjuicios realizado por la perito de la defensa el 12 de diciembre de 2023 con la suma de cuatrocientos sesenta mil pesos (\$460.000) depositados en una cuenta de depósitos judiciales del Juzgado. Lo anterior, debido a la falta de comparecencia de las víctimas al proceso.

Ademas, los procesados aceptaron su culpabilidad en las conductas acusadas, con lo cual, contribuyeron a la terminación temprana del proceso y al resarcimiento de las prerrogativas conculcadas a los afectados.

De acuerdo con los parámetros contemplados en la jurisprudencia, la Sala considera que en el presente asunto resulta procedente conceder una rebaja punitiva superior a la reconocida por la Juez Primera Penal Municipal de Apartadó Antioquia, pero no el máximo monto contemplado en el artículo 269 del Código Penal, por lo siguiente:

Es cierto que los condenados mostraron interés en cumplir relativamente pronto con la indemnización de las víctimas, pues este fenómeno se verificó en un tiempo que supera los tres meses después de ocurridos los hechos, en la audiencia de verificación del preacuerdo. Es decir, tal intención no se observó en el momento del traslado del escrito de acusación, en todo caso, esperaron que trascurrieran unos meses para manifestar o poner de

mantienen cerca de su residencia y hacen caso omiso a los llamados para ser indemnizadas pues quieren solucionar el problema.

presente ante el despacho el deseo de indemnizar a las víctimas. De manera que, no es viable descontar el máximo del 75 %.

La Sala considera razonable aplicar un porcentaje de descuento del 65%, teniendo en cuenta que el resarcimiento de los perjuicios no ocurrió inmediatamente después de la captura y tampoco en el último momento, sino, en una fase intermedia y mediante sentencia anticipada.

La pena pactada por las partes fue de 72 meses descontado el 65% por la reparación de las víctimas, queda una sanción definitiva en **25.2 meses de prisión.**

iii) Por último, las víctimas sí cuentan con la oportunidad para presentar incidente de reparación integral. La Sala de Casación Penal al respecto indicó lo siguiente:

“si la víctima se niega a colaborar con la justicia para la determinación del monto de los perjuicios causados, como ocurrió en el presente caso, o no comparece al proceso, es deber del funcionario que conoce del asunto garantizar el ejercicio de esta prerrogativa, acudiendo a la apertura del incidente de reparación integral”.⁵

No puede perderse de vista que los procesados a través de su defensor realizaron lo que estaba a su alcance para reparar los daños ocasionados al incurrir en la conducta delictiva. Acudieron a un perito para que avaluara los daños y perjuicios, acto que no tiene regulación normativa dentro de la sistemática procesal penal. Aunque esa vía puede tornarse legítima ya que los procesados no les quedaba otra vía procesal y no hubo oposición alguna por las partes, lo cierto es que las víctimas no pierden el derecho de iniciar el incidente, sede donde el demandado podrá oponerse en los términos legales.

⁵ Acción de revisión N° 39201 de 2013.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Apartadó Antioquia el 21 de febrero de 2024, en el sentido que, la condena de Jhon Alexander Ramos Jiménez, Sebastián Ramos Jiménez y Fabio Antonio Pescador Durango por el delito de hurto calificado y agravado artículos 239 inciso 2º, 240 inciso 2º, 241 numeral 10º C. P., es de **25.2 meses de prisión**, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones.

En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

SEGUNDO: 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

En permiso

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Jhon Alexander Ramos Jiménez,
Sebastián Ramos Jiménez y Fabio Antonio Pescador Durango
Delito: Hurto calificado y agravado
Radicado: 05 045 60 00 265 2023 00058
(N.I. 2024-0536-5)

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 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: **515526ce7f7ad1215b1a21618bd9e7a31eb30729e3a276a3aaff905828ecede**

Documento generado en 20/03/2024 03:34:46 p. m.

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

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

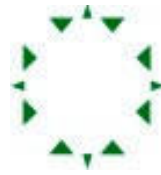
Acusados: Juan Carlos Ortiz Cardona y

Edgar Palacios Martínez

Delito: Hurto calificado agravado tentado

Radicado: 05 686 60 00308 2023 00018

(N.I. 2024-0490-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cuatro (4) de abril dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 31 del 20 de marzo de 2024

Proceso	Sentencia
Sistema	Ley 1826 de 2017—procedimiento abreviado—
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05 686 60 00308 2023 00018 (N.I. 2024-0490-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto la defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Rosa de Osos – Antioquia.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusados: Juan Carlos Ortiz Cardona y

Edgar Palacios Martínez

Delito: Hurto calificado agravado tentado

Radicado: 05 686 60 00308 2023 00018

(N.I. 2024-0490-5)

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

HECHOS

No se consignan puesto que no fueron objeto de apelación.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 4 de marzo de 2024, se profirió sentencia condenatoria en contra de JUAN CARLOS ORTIZ CARDONA y EDGAR PALACIOS MARTINEZ al hallarlos penalmente responsables del delito de hurto calificado y agravado en modalidad de tentativa. Se impuso la pena de prisión por veintisiete (27) meses. Para lo que interesa a esta decisión (i) El Juez no les reconoció rebaja por indemnización de perjuicios prevista en el art 269 del C.P. (ii) Les negó a los dos la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión el defensor interpuso y sustentó el recurso de apelación. Se mostró inconforme por el no reconocimiento de rebaja de pena por pago de perjuicios, en favor de los dos condenados. Solicitó la suspensión de la pena y prisión domiciliaria en favor de Juan Carlos Ortiz Cardona.

Para sustentar la pretensión de rebaja de pena por vía del artículo 269 del C.P. alega que su representado -Ortiz Cardona- reparó en forma integral y oportuna a la víctima de conformidad con lo establecido artículo 97 del C.P.P. por el perito Hugo Alejandro Mora Pérez. Alega que tal reparación está prevista en el artículo 55 numeral 6 como una causal de menor punibilidad.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusados: Juan Carlos Ortiz Cardona y

Edgar Palacios Martínez

Delito: Hurto calificado agravado tentado

Radicado: 05 686 60 00308 2023 00018

(N.I. 2024-0490-5)

Advierte que a pesar de estas circunstancias el Juez entendió que la víctima no fue reparada integralmente y negó la rebaja del artículo 269 del C.P.. Reprocha la decisión del Juez por haberse tomado a pesar del pago en título judicial del monto definido por el perito y de que los bienes fueron restituidos en su totalidad.

Alega que no es cierto que a la víctima se le suministrara escopolamina y que "con fundamento en el art 79 los daños materiales deben probarse y lo cual le corresponde a la parte afectada". Estima que las razones del Juez no son suficientes para negar la rebaja de pena del artículo 269 pues ante la ausencia de manifestación de la víctima no quiso no quiere o no puede hacerlo, es viable acudir a un dictamen para establecer los perjuicios causados. Agrega que la proporción de la rebaja debe tener en cuenta los criterios expuestos en una decisión que cita del 13 de noviembre de 2013 de la Sala Penal de la CSJ.

Finalmente, alega que su defendido es padre biológico de un niño nacido el 21 de marzo de 2021 por lo que solicita la suspensión de la pena y la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos limitándose a los aspectos que fueron objeto de la impugnación.

Se confirmará la decisión del Juez de negar la rebaja de pena prevista en el artículo 269 del C.P.

En verdad el apelante no atacó las razones ofrecidas por el Juez para negar la rebaja en cuestión.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusados: Juan Carlos Ortiz Cardona y

Edgar Palacios Martínez

Delito: Hurto calificado agravado tentado

Radicado: 05 686 60 00308 2023 00018

(N.I. 2024-0490-5)

La sentencia detalló varios puntos: (i) que el pago de perjuicios debe ser integral (ii) que el pago integral debe tener en cuenta las manifestaciones de la víctima. (iii) que para esos efectos aplazó la actuación con el fin de que se concertara acerca de ese objeto (iv) que a pesar del aplazamiento no se realizó diligencia alguna para el efecto (v) que el pago unilateral por parte de la defensa o de lo definido por un perito es insuficiente para la concesión de la rebaja.

A pesar de ello, la defensa insiste en que el pago por cien mil pesos definido por un perito aportado unilateralmente y sin tener en cuenta algún dato proveniente de la víctima sería suficiente para obtener la rebaja.

Tal circunstancia no tiene fundamento normativo pues la Sala Penal de la CSJ de tiempo atrás¹ ha explicado que la decisión sobre la indemnización en pro de obtener rebaja como la del artículo 269 del C.P.:

“Si se busca acudir al mecanismo de reducción de pena dispuesto en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, lo adecuado es que la presentación de la prueba que demuestra la reparación efectiva del daño, suceda en curso de la diligencia dispuesta en el artículo 447 de esa normatividad, encaminada precisamente a regular la individualización de la pena, uno de cuyos factores incidentes, para los delitos cometidos contra el patrimonio económico, lo es la indemnización de perjuicios, entendida como hecho post delictual...”

“Dentro de este espectro temporal y formal amplio, para la Sala es obvio que **si la parte presentó elementos de juicio suficientes para demostrar**

¹ Rad. 41688 de 2013. Más recientemente lo ha ratificado Rad. 50659 de 2020 “En efecto, como atinadamente lo sostuvo el señor Fiscal en la audiencia de alegaciones orales, **la reparación integral demanda probar suficientemente**, porque así expresamente lo consagra el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, que “el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

Cuando menos, entonces, esos elementos de juicio aportados deben cubrir tan básicas exigencias, esto es, permitir desentrañar que no solo se restituyó el objeto material del delito —cuando pudo haberse desplazado su tenencia o se trató de un bien fungible el entregado u obtenido por ocasión del ilícito—, **sino que se indemnizaron los perjuicios de todo orden anejos al delito.**”

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusados: Juan Carlos Ortiz Cardona y

Edgar Palacios Martínez

Delito: Hurto calificado agravado tentado

Radicado: 05 686 60 00308 2023 00018

(N.I. 2024-0490-5)

esa reparación integral en curso de las audiencias preliminares y el punto fue auscultado suficientemente por el funcionario judicial, permitiendo la correspondiente corroboración y controversia, perfectamente lo sucedido en la diligencia o aportado por fuera de audiencia, puede constituir soporte suficiente para que el fallador de cualquier instancia estime probado el tópico a efectos de conceder la rebaja “

Bajo esta perspectiva, se reitera que el Juez resaltó la insuficiencia del concepto aportado por la defensa, puesto que en el lapso por él otorgado no se desplegó ninguna actividad con el fin de establecer, bajo serios elementos de juicio, cuáles fueron los daños causados de toda índole para poder afirmar una reparación integral como de la que pretende beneficiarse a los condenados, sin que exista soporte que lo permita.

Finalmente, ninguna posibilidad tiene la solicitud inmotivada del apelante de que se conceda la suspensión de la pena. El Juez explicó la prohibición legal para esa concesión y el apelante no se refiere a tan elocuente argumento. Por otra parte, tampoco procederá la prisión domiciliaria, al parecer como padre cabeza de familia, puesto que la solicitud se realiza en esta instancia adjuntando un certificado de registro civil de nacimiento que no fue objeto de pronunciamiento en primera instancia.

De cualquier forma, esa solicitud podrá ser presentada ante el Juez de ejecución de penas en su debida oportunidad.

En consecuencia, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusados: Juan Carlos Ortiz Cardona y

Edgar Palacios Martínez

Delito: Hurto calificado agravado tentado

Radicado: 05 686 60 00308 2023 00018

(N.I. 2024-0490-5)

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 4 de marzo de 2024 por el Juzgado Promiscuo Municipal del Santa Rosa de Osos, 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

En permiso

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 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: **a72458fd5625ea74570b4516fce6837704e190f51b716ba38fcf38e05dc86c57**

Documento generado en 20/03/2024 03:34:52 p. m.

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