

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



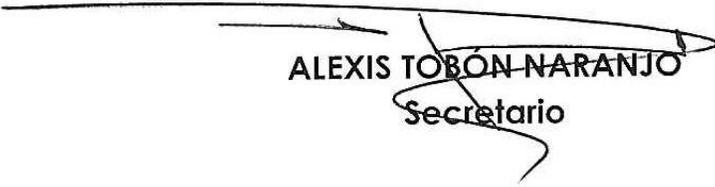
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SECRETARÍA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 005

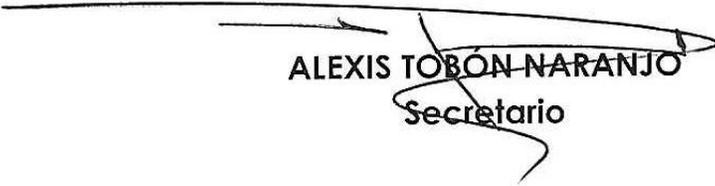
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de proceso	Accionante / Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2020-0290-3	Auto 2° ley 906	HOMICIDIO AGRAVADO Y OTRO	EUCARIS DE JESÚS HERNÁNDEZ PANESO	Modifica parcialmente auto de pruebas	MAYO 08 DE 2020
2020-0373-6	Tutela de 1° instancia	JUANITA QUINTERO SALAZAR	MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y OTROS	REMITE POR COMPETENCIA	MAYO 11 DE 2020
2020-0365-1	Consulta incidente de desacato	IRENE GARCÍA CARDONA /JORGE ALBEIRO LÓPEZ	EPSS ECOOPSOS	CONFIRMA SANCIÓN	MAYO 11 DE 2020
2020-0159-1	Auto 2da instancia	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTROS	YONI FERNANDO ARENAS MONÁ	CONFIRMA AUTO DE 1° INSTANCIA	MAYO 11 DE 2020
2020-0350-4	Tutela de 1° instancia	JUAN DAVID MONTOYA ESCOBAR	DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y OTROS	Concede amparo constitucional	MAYO 12 DE 2020
2020-0257-4	Auto 2° ley 906	HOMICIDIO AGRAVADO	ANDRÉS FELIPE GUTIÉRREZ SERNA	Revoca auto que decreta prueba sobreviniente	MAYO 12 DE 2020
2020-0359-4	Tutela de 1° instancia	MARIA LILIANA OCAMPO BEDOYA	Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario	Declara improcedente Tutela	MAYO 13 DE 2020

FIJADO, HOY 14 DE MAYO DE 2020, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

D

ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

CUI	05-042-61-00082-2017-80250
N.I.	2020-0290-3
ACUSADO	EUCARIS DE JESÚS HERNÁNDEZ PANESO
DELITO	HOMICIDIO AGRAVADO Y OTRO
ASUNTO	AUTO NIEGA PRUEBA TESTIMONIAL
DECISIÓN	MODIFICA PARCIALMENTE

Medellín, ocho (8) de mayo de dos mil veinte (2020)

(Aprobado mediante Acta No. 032 de la fecha)

I. OBJETO DE DECISIÓN

En atención a las medidas transitorias adoptadas por los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020; y las prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril y el PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020; conforme a las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura a la Sala de Decisión, procede a pronunciarse acerca de la impugnación interpuesta por la defensa del ciudadano **EUCARIS DE JESÚS HERNÁNDEZ PANESO**, contra el auto de 27 de febrero de 2020, dictado en audiencia preparatoria, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia.

II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

En el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Fe de Antioquia, el 28 de agosto de 2019, se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación por los delitos de homicidio agravado en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, y se impuso medida de seguramiento en centro carcelario.

El 10 de octubre de 2019, se radicó el pliego de cargos ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia. La formulación oral se efectuó el 5 de diciembre de 2019.

En audiencia preparatoria de 27 de febrero de 2020, para lo que interesa, la defensa solicitó como prueba el testimonio de Jeison Rodolfo Román, persona que, según la denunciante, también es autor del hecho. Es importante porque su relato demostraría la ajenidad de **EUCARIS DE JESUS**, ya que el día de los hechos investigados, aquél no se encontraba en Santa fe de Antioquia, sino en el municipio de Dabeiba, totalmente ajeno a las circunstancias que le imputan tanto al testigo y como a su representado. Con el testimonio se aclara el objeto de la investigación y sustentaría la teoría del caso, sobre la ajenidad del procesado en el homicidio que se acusa.

En lo que toca a la declaración de Jesús Alberto Vargas, manifestó que declararían sobre las circunstancias modales y temporales de Jeison Rodolfo Román, lo que demuestra la ajenidad a la conducta punible que se endilga, y la falta de veracidad de las sindicaciones de la denunciante. Con ese testimonio se fortalecería el relato de Jeison Rodolfo Román.

III. DECISIÓN IMPUGNADA

En cuanto al objeto de apelación, resolvió negar las declaraciones de Jeison Rodolfo Román y Jesús Alberto Vargas, por cuanto sus asertos no tendrían relación directa con el hecho, ni con la participación de **EUCARIS DE JESUS**; es decir, lo que se investiga.

Considera que resultan ajenos a los hechos, por cuanto según manifiesta la defensa, se encontraban en Dabeiba, Antioquia; por lo tanto, deviene impropio tratar de demostrar la no responsabilidad del acusado con dos personas que, supuestamente, no se encontraban en el lugar donde ocurrió el homicidio.

Estima que el relato de Jesús Alberto Vargas, no tienen relación con **EUCARIS DE JESÚS HERNÁNDEZ PANESO**, pues declararía sobre el lugar donde se encontraba para el día del hecho Jeison Rodolfo Román; y por su parte, éste último, señalaría que se hallaba en Dabeiba.

Aunque la defensa expresa que solicita esos elementos de prueba para contrarrestar la credibilidad de la denunciante, quien señala a Jeison Rodolfo Román y **EUCARIS DE JESÚS**, como responsables del homicidio de su esposo; lo cierto es que son intrascendentes las declaraciones.

Concluye que son contrarias a la naturaleza de la prueba, pues solo serían útiles en el proceso que se adelanta por separado a Jeison Rodolfo Román.

IV. IMPUGNACIÓN Y NO RECURRENTE

La defensa impugna la decisión que inadmite como prueba testimonial a Jeison Rodolfo Román, toda vez que, si bien es cierto no se

encontraba en el lugar del hecho, el proceso se inició por denuncia contra esta persona y **EUCARIS DE JESUS**.

Refiere que demostraría la falta de credibilidad de la denunciante, y los demás elementos de prueba de la fiscalía; de ahí que sea importante para la defensa que comparezca Jeison Rodolfo Román a decir dónde se encontraba, y en qué circunstancias para el día de los hechos, lo cual corroboraría igualmente el dicho de **EUCARIS DE JESUS**.

En cuanto a Jesús Alberto Vargas, fortalecería lo que dirá Jeison Rodolfo Román, y si bien entiende que no se decretaría por ser repetitiva, insiste que se debe admitir, junto con el testimonio de Jeison Rodolfo Román.

Solicita se decreten los testimonios.

NO RECURRENTE,

La delegada de la Fiscalía General de la Nación, señala que es importante la declaración de Jeison Rodolfo Román, quien es coautor del hecho, y que, en virtud de la ruptura de la unidad procesal, se lleva por cuerda separada al proceso de **EUCARIS DE JESÚS**. Podría aclarar si estuvo en el lugar del hecho, como lo indica la denunciante, quien los señala como directos responsables del homicidio de su esposo, pues dice haberlos observado en el sitio donde aconteció.

La apoderada de la víctima, dice que lo buscado es conocer la verdad; por lo tanto, comparte el argumento de la defensa, siendo importante la declaración de Jeison Rodolfo Román, por cuanto hace parte de su demostración de la teoría del caso, y no se puede desconocer que es coautor del delito que se investiga.

La delegada del Ministerio Público, indica que se pudo acudir a la solicitud de acumulación de causas procesales en el marco de la diligencia. Entiende que la solicitud del testigo obedece a una estrategia defensiva, pero es acertada la decisión emitida por el Juzgado de primera instancia, por cuanto en el asunto se discute la responsabilidad penal del señor **EUCARIS DE JESUS HERNANDEZ PANESO**, y no la de Jeison Rodolfo Román. Contrario a aportar al debate probatorio, resultaría inconducente, pues no podría dar cuenta de lo ocurrido al momento de los hechos, por hallarse en el municipio de Dabeiba.

Resalta que si bien es un elemento que intenta la defensa para impugnar la credibilidad de la testigo de cargo, también está a su alcance las declaraciones anteriores de la víctima. Solicita se mantenga incólume la decisión.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Dentro de los límites competenciales, se abordará el problema jurídico planteado referente a establecer; si tuvo razón el Juez *a quo* al **no decretar** la práctica a la defensa de las declaraciones de Jeison Rodolfo Román y Jesús Alberto Vargas.

La audiencia preparatoria, es el escenario propicio para la admisibilidad de las pruebas que habrán de ingresar al juicio oral, conforme los argumentos expuestos por la Fiscalía o por la defensa dependiendo de quién la solicite; no obstante, siempre corresponderá al Juez, como director del proceso, determinar su decreto o su rechazo, en **satisfacción de los presupuestos de pertinencia, conducencia, necesidad y legalidad de los instrumentos demostrativos** (artículo 357 de la ley 906 de 2004), que conduzcan al propósito de establecer con objetividad, la verdad y la justicia que trata el artículo 5º *ibídem*.

Esa aspiración de verdad y justicia, como resultado del ejercicio de la acción penal, no faculta el decreto indiscriminado de pruebas, sino que, por el contrario, debe responder a métodos de comprobación que cumplan estrictas características de admisibilidad, ya que un abultado decreto de pruebas, no permitiría un apropiado agotamiento del juicio y dificultaría el análisis completo al Juez de conocimiento *–principio de concentración y de celeridad–*.

Dentro de un plano de razonabilidad y necesidad, el director del proceso no puede permitir que ingrese al juicio, sin mayor rigor, cuanta postulación probatoria se les ocurra a los interesados; de ahí, que sea oportuno realizar un filtro de admisibilidad en esa fase procesal, para no dejar librado a la discrecionalidad de las partes el juicio, además, porque una vez admitidas, le habría precluido la oportunidad para retrotraer su decisión, y a los interesados para oponerse.

Establece el artículo 376 de la ley 906 de 2004, que toda prueba pertinente es admisible, salvo, (i) que exista peligro de causar grave perjuicio indebido, (ii) probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, o, (iii) que sea injustificadamente dilatoria al procedimiento.

Bajo esta óptica, la parte interesada ostenta la ineludible carga procesal de exponer las razones que orientan su solicitud, obligación que comporta otorgar argumentos claros y concretos a efectos de garantizar el adecuado entendimiento de su petición.

Igualmente, no se puede desconocer que la Corte Suprema de Justicia precisó que aun cuando medie una lacónica presentación de las razones para solicitar un medio probatorio, **puede resultar suficiente que se trate, por ejemplo, de la víctima, del procesado, o de personas que tengan una estrecha relación con lo acontecido,** de

quienes se ha estimado que su pertinencia se deduce de forma automática para el debate, pues surge connatural al hecho que se investiga; según auto AP1282-2014, 17 de marzo, radicación 41741, reiterando la decisión CSJ AP de 19 de octubre de 2011, radicado 35186.

Luego de escudriñar la audiencia preparatoria, se tiene que la defensa solicita como testigos a los señores Jeison Rodolfo Román y Jesús Alberto Vargas, por considerar que sus relatos coadyuvarían a su teoría del caso, que pretende explicar la ajenidad de su representado en la realización fáctica, y quedaría al descubierto que no se debería creer a la denunciante, al señalar como autores responsables del homicidio de su esposo a Jeison Rodolfo Román y **EUCARIS DE JESÚS HERNÁNDEZ PANESO**.

Según lo manifiesta la defensa, Jeison Rodolfo Román, quien es investigado por el mismo hecho, en otra actuación procesal, relataría sobre su presencia en el municipio de Dabeiba, para el día de los hechos, y no en Santa fe de Antioquia; situación que sería corroborada por su amigo Jesús Alberto Vargas.

Aunque pareciera que esas declaraciones no tendrían suficiencia para excluir la eventual autoría y la responsabilidad del señor **EUCARIS DE JESÚS** en los delitos que se le atribuyen, conforme a la tesis que perfila la defensa, su propósito sería hacer menos creíble la versión de la denunciante, quien señala al citado procesado, junto a Jeison Rodolfo Román, como los directos responsables de la muerte de su esposo en el municipio de Santa fe de Antioquia.

Con la declaración de Jesús Alberto Vargas, la defensa pretendería corroborar que Jeison Rodolfo Román se encontraba en la fecha del homicidio en Dabeiba, Antioquia; lo cual contribuiría a su propuesta; pues aunque no ofreció mayor argumentación en punto a la pertinencia,

dejó claro que daría fuerza a lo declarado por Jeison Rodolfo; es decir, hacer menos creíble el relato de la denunciante, por lo que negar este medio de conocimiento cercenaría la igualdad de armas, de oposición a la teoría del caso de la Fiscalía.

A ello no podría sobreponerse algún razonamiento dirigido a evaluar, *a priori*, la eficacia de dichos medios testimoniales, puesto que el escenario para ello será una vez agotada la práctica probatoria y no desde la preparatoria.

De esta manera, afloraría la pertinencia de las declaraciones de Jeison Rodolfo Román y Jesús Alberto Vargas, como quiera que confrontarían el relato de la denunciante; su grado de credibilidad, y verosimilitud.

Por lo tanto, no es atinado pensar en la inexistente relación con el tema de prueba objeto del proceso; cuando lo cierto es que, así las personas citadas a declarar no hayan presenciado los hechos penalmente relevantes, precisamente porque con ellos se aspira a dotar de fuerza una tesis exceptiva que solo cobrará importancia a partir de la posibilidad que uno de los presuntos partícipes se encontrara en otro lugar; por lo tanto, resultan pertinentes las declaraciones de Jeison Rodolfo Román y Jesús Alberto Vargas.

En esas condiciones, la Sala procederá a **MODIFICAR PARCIALMENTE** la decisión emitida en audiencia preparatoria de 27 de febrero de 2020, por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa fe de Antioquia, en el sentido de admitir como medio de prueba de la defensa, las declaraciones de los señores Jeison Rodolfo Román y Jesús Alberto Vargas. En los demás se confirma.

PRECISIÓN FINAL

La circulación de la presente ponencia a la Sala de decisión, se efectúa de manera virtual a través del correo institucional des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se materializa conforme a la aceptación del contenido del proveído por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales, los cuales se adjuntan.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la decisión emitida en audiencia preparatoria de 27 de febrero de 2020, por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, en el sentido de admitir como medio de prueba de la defensa, las declaraciones de los señores Jeison Rodolfo Román y Jesús Alberto Vargas. En los demás se confirma.

SEGUNDO: LA NOTIFICACIÓN, se efectuará a través de correo electrónico a las partes e interesados, por parte de la secretaría común, **SIGNIFICÁNDOLES** que frente a la misma no procede recurso alguno.

TERCERO: SE DISPONE que por Secretaría de la Sala, se proceda a retornar las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que se continúe con el desarrollo de la audiencia de juicio oral.

CUARTO: ADVERTIR que esta decisión se circuló, debatió y aprobó a través del correo electrónico institucional del Magistrado Ponente, siguiendo los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020; y las prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo,

PCSJA20-11532 de 11 de abril y el PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No.: 05000220400020200037300

NI.: 2020-0373-6

Accionante: JUANITA QUINTERO SALAZAR

Accionado: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, CONSULADO DE MILÁN, AERONÁUTICA CIVIL, MIGRACIÓN COLOMBIA Y PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Decisión: Remite por competencia

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

Medellín, mayo once del año dos mil veinte

VISTOS

Al suscrito Magistrado por reparto efectuado por parte de la oficina de Apoyo Judicial de esta ciudad, le fue repartida para su conocimiento la presente acción de amparo constitucional promovida por la señora Juanita Quintero Salazar, en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores, Consulado de Milán en Italia, la Aeronáutica Civil, la oficina de Migración Colombia y la Presidencia de la República, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al retorno o repatriación, a la libre circulación, petición, a la salud y a la unidad familiar, de la cual correspondería asumir su conocimiento a esta Corporación; sin embargo, se observa la falta de competencia como pasa a verse:

Establece el artículo 1º del Decreto 1983 del 30 de noviembre del 2017, modificadorio del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 que reglamentó el reparto de las acciones de tutela, lo siguiente:

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

“2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.”

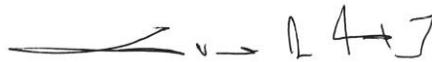
De lo anterior, es evidente que la presente solicitud de amparo corresponde a los Juzgados con categoría de Circuito pues que la misma ha sido promovida en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores, Consulado de Milán en Italia, la Aeronáutica Civil, la oficina de

Migración Colombia. Así mismo, se tiene que conforme a la normatividad citada de la solicitud de amparo conocerán a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, y en este caso las autoridades demandadas tienen su asiento en la ciudad de Bogotá, que es precisamente donde se produce la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por la accionante, visto que en la actualidad se encuentra fuera del país y las peticiones que no han sido atendidas le corresponde resolverlas a autoridades que tiene su sede en la ciudad de Bogotá, por tanto, corresponde el conocimiento de la misma a los Juzgados Penales del Circuito de la ciudad Capital.

En consecuencia, se ordena remitir la presente acción Constitucional con destino a la oficina de Apoyo Judicial de Bogotá D.C., para que proceda a repartir la misma entre los Juzgados Penales del Circuito de esa Capital, quienes son competentes para conocer de su trámite.

Infórmese de esta determinación a la accionante.

CÓPIESE y CÚMPLASE



Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 044

PROCESO :	2020-0365-1
ASUNTO :	CONSULTA DESACATO
INCIDENTANTE:	IRENE GARCÍA CARDONA
AFECTADO :	JORGE ALBEIRO LÓPEZ ALZATE
INCIDENTADA :	EPSS ECOOPSOS
PROVIDENCIA :	CONFIRMA SANCIÓN

VISTOS

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro– Antioquia-, el día 26 de marzo de 2020, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela del 20 de septiembre de 2017 al Dr. YEZID ANDRÉS VERBEL GARCÍA, Representante Legal de la EPSS ECOOPSOS.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 20 de septiembre de 2017, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro– Antioquia- resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por la señora IRENE

GARCÍA CARDONA como agente oficiosa del señor JORGE ALBEIRO LÓPEZ ALZATE, y como consecuencia de ello, ordenó al Representante Legal de la EPSS ECOOPSOS:

“...SEGUNDO: En consecuencia, se ordena al Representante Legal de la EPSS ECOOPSOS Dra. MARÍA MAGDALENA FLOREZ RAMOS, o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a emitir la AUTORIZACIÓN para la IPS con la que tenga actualmente contrato a fin de que se MATERIALICE LA ENTREGA DEL MEDICAMENTO DENOMINADO VARANICLINA 0.5 MG. TABLETA, que requiere el Señor LÓPEZ ALZATE, en la CANTIDAD Y POR EL TIEMPO QUE EL PACIENTE ACCIONANTE LO REQUIERA”.

Así mismo, concedió el tratamiento integral que tenga relación con las patologías que motivaron la acción constitucional, denominadas: *“efecto tóxico de otras sustancias y las no especificadas, tabaco y nicotina”*, en las condiciones que indique el médico tratante.

Debido al incumplimiento en el fallo de tutela, la accionante presentó incidente de desacato ante el juzgado que profirió la decisión, el cual ordenó abrir el trámite respectivo mediante auto del 13 de marzo de 2020, en contra del Dr. YEZID ANDRÉS VERBEL GARCÍA Representante Legal de la EPSS ECOOPSOS remitiéndose notificación el 17 de marzo de 2020 al correo que tiene la entidad habilitado para tal efecto, esto es, tutelas@ecoopsos.com.co.

LA DECISIÓN CONSULTADA

Mediante auto del 26 de marzo de 2020, se resolvió el incidente de desacato, imponiendo sanción de tres (03) días de arresto y multa equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al Dr. YEZID ANDRÉS VERBEL GARCÍA, Representante Legal de la EPSS ECOOPSOS, notificándole lo resuelto el 17 de abril de 2020, siendo remitido el expediente a ésta Sala a efectos de desatar la consulta.

A pesar de haber sido informado el sancionado del presente trámite, el mismo no se pronunció al respecto.

El 08 de mayo de 2020, se procedió a realizar llamada telefónica a la señora IRENE GARCÍA CARDONA con el fin de verificar si la Entidad accionada ya había cumplido con lo dispuesto en el fallo, quien informó que a la fecha no le han hecho entrega de los medicamentos “varaniclina y vareniclinatartrato” ordenados por el médico tratante a su esposo y la última vez que fue a averiguar por los mismo fue el día 07 de mayo del presente año.

CONSIDERACIONES

Resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha precisado que el incidente de desacato no tiene como única o principal finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se

cumpla, sin perjuicio, obviamente, de que en ocasiones el incumplimiento del fallo comporte sancionar al funcionario renuente.

Entendido el alcance de la decisión que asume el juez constitucional, como la manifestación clara y expresa frente a la protección inmediata de derechos fundamentales, resulta razonable señalar que, al producirse una decisión sancionatoria originada por el incumplimiento de tal orden y ser sometida al grado de jurisdicción llamado consulta, el objeto se encuentra centrado a determinar si en verdad existió incumplimiento, en los términos y condiciones señalados en la sentencia correspondiente, lo que de suyo no se erige como un medio de impugnación, de ahí que en el incidente de desacato no queda otra alternativa que confrontar la perentoria orden constitucional con los actos de cumplimiento y la disposición del accionado para proceder en tal sentido, aclarando eso sí, que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”*¹.

En efecto, en punto del cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela se diferencian dos situaciones así: La primera, el incumplimiento, que puede ser producto de diversos factores de índole logística, administrativa, presupuestal, fuerza mayor, otros; la segunda, el desacato, que evidencia una actitud consciente del funcionario a quien le fue dada la orden encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor, en el sentido de sustraerse arbitraria y caprichosamente a proceder de conformidad con lo dispuesto, *“como si*

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

*se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de la autoridad judicial*².

Igualmente, se ha puntualizado que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”*³.

Ahora, en el presente caso el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, consistió en ordenar a la EPSS ECOOPSOS que:

“...SEGUNDO: En consecuencia, se ordena al Representante Legal de la EPSS ECOOPSOS Dra. MARÍA MAGDALENA FLOREZ RAMOS, o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a emitir la AUTORIZACIÓN para la IPS con la que tenga actualmente contrato a fin de que se MATERIALICE LA ENTREGA DEL MEDICAMENTO DENOMINADO VARANICLINA 0.5 MG. TABLETA, que requiere el Señor LÓPEZ ALZATE, en la CANTIDAD Y POR EL TIEMPO QUE EL PACIENTE ACCIONANTE LO REQUIERA”.

Así mismo, concedió el tratamiento integral que tenga relación con las patologías que motivaron la acción constitucional, denominadas: *“efecto tóxico de otras sustancias y las no especificadas, tabaco y nicotina”*, en las condiciones que indique el médico tratante.

La entidad accionada no se pronunció frente a la sanción impuesta al Representante Legal de la EPSS ECOOPSOS, a pesar de haber sido

² CSJ, Sala Penal. Providencia del 12 de noviembre de 2003, Radicado 15116.

³ CSJ, Sala Penal. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

debidamente informada del respectivo trámite, por lo que la Sala, procedió a verificar con la incidentante, señora IRENE GARCÍA CARDONA, quien manifestó que a la fecha, no le han entregado los medicamentos requeridos por el señor JORGE ALBEIRO LÓPEZ ALZATE y que fuera objeto de la acción de tutela.

Significa entonces que el doctor YEZID ANDRÉS VERBEL GARCÍA, Representante Legal de la EPSS ECOOPSOS, está en desacato a la orden judicial y se ha sustraído sin causa alguna del cumplimiento de la decisión, conducta que puede estimarse dolosa, dado que fue notificado de cada una de las actuaciones dentro de este trámite y hasta el momento no ha presentado una explicación razonable que indique la imposibilidad de la entidad accionada de dar cumplimiento al fallo de tutela en su totalidad, debiéndose resaltar también que la orden impartida por el Juez de tutela, data del 20 de septiembre de 2017, concluyéndose que tuvo bastante tiempo la accionada para dar trámite a una actuación que le es propia.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia 75786 del 11 de septiembre de 2014⁴, al resolver una consulta de incidente de desacato expuso:

“Indudablemente, la orden impartida en sede de tutela es de obligatorio acatamiento por la autoridad llamada a cumplirla, por tanto, debe hacerlo dentro del término perentorio establecido en el fallo respectivo. Si no ocurre así, además de continuar vulnerando el derecho o derechos fundamentales objeto de amparo, se desconoce la providencia mediante la cual se protegieron dichas garantías.

⁴ ATP5450-2014. M.P. María del Rosario González Muñoz

En torno de dicha situación y de conformidad con los principios de eficacia y efectividad, el ordenamiento jurídico radicó en cabeza del juez constitucional las facultades necesarias para obtener el cumplimiento material de la orden respectiva y sancionar por desacato al funcionario que la ha incumplido injustificadamente.

En salvaguarda de la inmediatez que debe existir entre la vulneración o amenaza del derecho constitucional proijado y la efectividad del amparo aplicado por la jurisdicción de tutela, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 prevé:

Cumplimiento del fallo. *Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravo deberá cumplirla sin demora.*

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia”.

Por su parte, el artículo 52 del mismo plexo normativo consagra el instituto jurídico conocido como *desacato*, el cual opera cuando, ...“La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”.

Así las cosas, es evidente que la ley ofrece dos vías que, aunque diferentes, son complementarias y están orientadas a obtener el restablecimiento del derecho conculcado o la respuesta ante su amenaza. De esta manera, la persona que estima incumplido el fallo respectivo, puede solicitar a la autoridad judicial que lo profirió, cualquiera de estas opciones o las dos.

Ante ello, el juez constitucional debe proceder en su orden -según se desprende de la interpretación del artículo 27 del decreto en cita- a ejecutar los procedimientos respectivos para obtener el cumplimiento de la orden de tutela, pues su competencia se mantiene hasta cuando sea completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

Por ello, la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-939 del 2005 y en el auto No. 122, del 5 de abril del 2006, precisó lo siguiente:

El marco reglamentario de la acción de tutela consagra entonces, un conjunto de facultades y –también- el punto cardinal conforme al cual podemos derivar un conducto regular desde donde el juez podrá determinar si es necesario, como última ratio, el inicio del incidente de desacato. Por supuesto, conforme a lo anterior encontramos que dentro de las obligaciones del juez de primera instancia se encuentra, en primera medida, verificar el cumplimiento del fallo y luego sí, podrá evaluar la necesidad de evacuar los demás recursos consignados en el artículo 27 y, en caso de considerarlo necesario, acudir al desacato. Ahora bien, dentro de este último evento es necesario tener en cuenta, que su trámite no puede desconocer las garantías inherentes al debido proceso y el derecho de defensa, es decir, la brevedad del mismo no puede ser óbice para menguar derechos fundamentales. Sería contradictorio y lesivo de la propia Carta que los mecanismos que sirven de apoyo para asegurar la realización de una tutela, constituyeran medios para vulnerar los derechos fundamentales de aquellos que deben cumplir la orden de amparo constitucional. (Subrayas propias)”.

La Corte Constitucional, respecto al mismo tema, ha sostenido que el objeto principal del incidente de desacato no es la sanción en sí misma, sino persuadir al responsable para que cumpla la orden constitucional⁵:

“(…) El objeto del incidente de desacato, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en sí misma sino una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia.

En el presente caso, al constatar la carencia de pruebas suficientes en el plenario, que den cuenta del cumplimiento al fallo de tutela, puede afirmarse sin lugar a dudas que se está desconociendo la orden

⁵ Sentencia T-421 de 2003

constitucional emitida el 20 de septiembre de 2017, y no hay justificación válida para no haberla acatado, lo que implica que la sanción por desacato proferida el 26 de marzo de 2020 deba ser confirmada, dado que subsisten los motivos que dieron lugar a su proferimiento, situación que es corroborada con la incidentante, mediante llamada telefónica donde informó que la entidad accionada aún no ha cumplido con la orden dada en la tutela.

Por esta razón, dado que el representante legal regional Nor-occidente de la entidad accionada, doctor YEZID ANDRÉS VERBEL GARCÍA no allegó pruebas que justifiquen válidamente el incumplimiento al fallo de tutela, ni mucho menos ha acreditado el cumplimiento en su totalidad, puede hablarse de una conducta dolosa encaminada a sustraerse de manera deliberada de cumplir la decisión, por lo que no le queda más a esta Judicatura que confirmar la sanción impuesta.

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

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato al Representante Legal de la entidad accionada la EPSS ECOOPSOS, doctor YEZID ANDRÉS VERBEL GARCÍA, a la

pena de tres (3) días de arresto y multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 20 de septiembre de 2017.

SEGUNDO: Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen⁶ para que realice las actuaciones tendientes al cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela y para que se haga efectiva la respectiva sanción.

Notifíquese a las partes lo resuelto y devuélvase donde está ordenado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
Magistrado

⁶ Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 044

RADICADO : 2020-0159-1 (050016000715201300455)
DELITOS : CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y
DESPLAZAMIENTO FORZADO
SENTENCIADO : YONI FERNANDO ARENAS MONÁ
PROVIDENCIA : INTERLOCUTORIO 2ª INSTANCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor YONI FERNANDO ARENAS MONÁ en contra del auto número 4670 del 27 de diciembre de 2019, por el cual el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, decidió emitir concepto negativo frente a la concesión del beneficio administrativo de hasta por setenta y dos horas impetrado por el sentenciado.

ANTECEDENTES

El señor YONI FERNANDO ARENAS MONÁ purga pena de 114 meses de prisión, en el Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Puerto Triunfo (Antioquia), impuesta por el delito de Concierto para Delinquir Agravado y Desplazamiento Forzado, mediante sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín que en

decisión del 6 de marzo de 2017, modificó la emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín, el 2 de marzo de 2016.

El 08 de noviembre de 2019, el EPMSC de Puerto Triunfo remitió la documentación correspondiente al sentenciado YONI FERNANDO ARENAS MONÁ, para la aprobación del permiso de 72 horas.

El Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, en la decisión objeto de alzada, afirmó que si bien el condenado ha purgado más del 70% de la pena impuesta, no puede ser acreedor al beneficio impetrado, porque el artículo 68 de la Ley 599 de 2000, introducido a nuestra legislación penal por el artículo 32 de la ley 1142 de 2007 y adicionado por las leyes 1453 y 1474 de 2011, para posteriormente ser modificado por el artículo 32 de la ley 1709 del 20 de enero de 2014 (*Norma vigente al momento de la comisión de los hechos punibles*) consagra la exclusión de beneficios y subrogados penales, entre ellos los beneficios administrativos, para la persona que haya sido condenada como en el presente caso, por conductas punibles como el concierto para delinquir agravado, no resultando procedente el beneficio, por expresa prohibición legal.

LA IMPUGNACIÓN

El sentenciado inconforme con la decisión proferida por la Juez de Primera Instancia interpuso el recurso de apelación, en su libelo afirma que el juzgado no está teniendo en cuenta para la concesión de dicho beneficio, el análisis de otros factores.

Expone que se han cumplido los presupuestos del artículo 4° de la Ley 599 de 2000, esto es, la prevención y la reinserción social, que operan al momento de la ejecución de la pena, que de negarse el beneficio invocado, se estaría enviando un muy mal mensaje para las demás personas privadas de la Libertad, en virtud a que ha tenido ejemplar comportamiento y que ha descontado más del 70% requerido, por lo que solicita se le conceda el permiso administrativo de hasta setenta y dos horas, el cual mitigaría su estadía en prisión.

CONSIDERACIONES

La Sala sólo se referirá al tema propuesto teniendo en cuenta las limitaciones del Juez de Segunda Instancia para desatar la alzada.

Si analizamos los argumentos presentados por el sentenciado, éstos no logran atacar el fondo lo decidido por la A quo, toda vez que en su exposición el impugnante argumenta que no se tuvieron en cuenta otros factores, como su buen comportamiento al interior del penal y que ha descontado más del 70% de la pena impuesta.

Es cierto que la pena y las medidas de seguridad tienen una función retributiva, preventiva, protectora y cumplen un objetivo fundamental consistente en la resocialización (art. 12, Código Penal y art. 9o. Ley 65/93); también en la legislación entre los fines que persiguen, se consagran los de curación, tutela y rehabilitación. En armonía con ello, el tratamiento penitenciario busca alcanzar la resocialización y rehabilitación del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y con el ejercicio y aplicación de la disciplina, el trabajo, el estudio y otras actividades intracarcelarias. Por ello, el cumplimiento de la pena se rige por los principios del sistema de

tratamiento penitenciario cuyo objetivo es la preparación al condenado mediante la resocialización para la vida en sociedad (art. 142, Ley 65/93); y debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las características y necesidades particulares de cada sujeto, basado en el estudio científico de la personalidad del interno. Estos aspectos se cumplen en forma progresiva, programada e individualizada hasta donde sea posible (art. 143, ibídem). Hacen parte del tratamiento penitenciario en sus distintas fases los denominados beneficios administrativos, previstos en el artículo 146 de la Ley 65 de 1993, como los permisos hasta de 72 horas, que corresponden a fases o etapas del tratamiento penitenciario según los requerimientos de seguridad y los niveles de confianza alcanzados por cada condenado que se reflejan en su clasificación con el propósito de dar cumplimiento a la resocialización.

Sin embargo, es clara la existencia de una norma en el Código Penal que consagra la exclusión de beneficios, para quien haya cometido entre otros delitos, el de concierto para delinquir agravado, por el cual fue condenado el señor **YONI FERNANDO ARENAS MONA**, veamos:

***Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales.** No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.*

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o

lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

PARÁGRAFO 1o. *Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.*

PARÁGRAFO 2o. *Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.*

Con relación a ésta disposición hay que decir, que ésta fue introducida por la ley 1142 de 2007 y durante su existencia, a pesar de las diferentes leyes que la han modificado, ha permanecido más o menos en los mismos términos, y continúa en lo pertinente igual a pesar de las modificaciones realizadas por las leyes 1453 de 2011, 1474 de 2011 y 1709 de 2014.

Como la juez de instancia da cuenta de la aplicación de la prohibición de la disposición en cita en el caso del señor YONI FERNANDO ARENAS MONÁ, toda vez que el solicitante fue condenado por el delito de concierto para delinquir agravado, es necesario verificar las conductas punibles por las cuales fue condenado para efectos de analizar la procedencia del beneficio solicitado por el impugnante.

Según se consagró en el auto interlocutorio No.4670 del 27 de diciembre de 2019 el sentenciado RENAS MONÁ, se encuentra detenido en el establecimiento carcelario de Puerto Triunfo,

Antioquia, en razón de la sentencia proferida en su contra por el Tribunal Superior de Medellín, Antioquia, el 06 de marzo de 2017, por el delito concierto para delinquir agravado y desplazamiento forzado, a raíz de hechos ocurridos hasta el mes de agosto de 2014 (teniendo en cuenta que la captura se realizó el 16 de agosto de 2014).

Así, fácilmente se observa que tiene razón el A quo al no aprobar la propuesta de otorgar permiso de hasta 72 horas al interno **YONI FERNANDO ARENAS MONA**, porque es evidente que el sentenciado fue condenado por el delito de concierto para delinquir agravado *(adicionalmente también fue condenado por desplazamiento forzado, punible por el cual también está prohibido la concesión de beneficio administrativo alguno)*, delito expresamente excluído de la concesión del citado beneficio.

Es por ello que no puede argumentarse para la solicitud de la concesión del mencionado beneficio el hecho de contar con más del 70% de la pena y haber observado buena conducta dentro del establecimiento penitenciario, toda vez que dicho comportamiento es el deber que tiene el condenado, teniendo en cuenta que con el mismo, junto con los demás requisitos que se exige, puede acceder a la redención de la pena, lo que implica el reconocimiento del derecho a la igualdad y el valor justicia.

En cuanto a la aplicación del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, para el presente caso, es una obligación del Juez toda vez que las conductas cometidas por el señor **YONI FERNANDO ARENAS MONÁ**, correspondiente a los punible de concierto para delinquir agravado y desplazamiento forzado, cuentan expresamente con prohibición para acceder a los beneficios judiciales y administrativos.

Además debe tenerse en cuenta que los jueces en sus decisiones están sometidos al imperio de la ley y en consecuencia, no se puede simplemente dejar de aplicar la misma, sin que exista una razón justificable para ello.

Así las cosas, se concluye que en el caso del señor YONI FERNANDO ARENAS MONÁ resulta aplicable la prohibición contenida en el artículo 68A del Código Penal, toda vez que cuenta con sentencia condenatoria por los delitos de concierto para delinquir agravado y desplazamiento forzado, correspondientes a punibles enlistados como expresamente excluidos para acceder al beneficio del permiso administrativo de hasta setenta y dos horas.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que negó el permiso administrativo de hasta 72 horas, solicitado por el señor YONI FERNANDO ARENAS MONÁ, por las razones expuestas.

Como el trámite de la apelación se surte por la ley 600 de 2000, así debe continuar hasta su culminación.

Con fundamento en lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

CONFIRMAR el interlocutorio 4670 proferido el día 27 de diciembre de 2019, por la Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Santuario (Antioquia), por medio del cual decidió **NEGAR** el beneficio de permiso administrativo de hasta 72 horas al

señor YONI FERNANDO ARENAS MONA. Las razones quedaron expuestas en la parte motiva. El trámite de este recurso se adelanta bajo los parámetros de la ley 600 de 2000, lo cual debe continuar hasta su culminación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
Magistrado

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

Medellín, doce (12) de mayo de dos mil veinte (2020)

N° Interno : 2020-0350-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Juan David Montoya Escobar
Accionado : Defensoría del Pueblo y otros
Decisión : Tutela derechos

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual de la fecha. Acta N° 041

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

La presente actuación tiene por objeto decidir de fondo la presente acción de tutela que promueve el señor JUAN DAVID MONTOYA ESCOBAR contra la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, procurando la protección de sus garantías fundamentales al debido proceso y defensa técnica y gratuita; trámite al cual fueron vinculados los JUZGADOS PENAL DEL CIRCUITO, PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL Y SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE ANDES, ANTIOQUIA.

ANTECEDENTES

Relata el accionante que el proceso penal adelantado en su contra por el delito de Tráfico, fabricación o

porte de estupefacientes, dentro del cual aceptó su responsabilidad penal se encuentra en el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia; asunto que no ha podido finalizar debido a la ausencia de un defensor público.

Refiere estar privado de la libertad en el EPC de esa misma localidad, así como que en razón al considerable tiempo que ha transcurrido la actuación en el juzgado de conocimiento, solicitó ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de la zona la libertad por vencimiento de términos, diligencia que tampoco surtió resultados positivos precisamente por la falta de un abogado de la misma entidad nacional que ejerciera su defensa en dicha audiencia preliminar.

Demanda por lo tanto, que en el menor tiempo posible le sea asignado un defensor público y así pueda ser resuelta su situación jurídica.

Asumido el conocimiento del asunto por parte de la Magistratura, fueron requeridas las entidades accionadas para que ejercieran sus derechos de contradicción y defensa:

1. JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE ANDES, ANTIOQUIA:

Su titular expone la grave situación por la cual atraviesa su despacho originada en la ausencia permanente y prolongada de abogados del Sistema Nacional de la Defensoría Pública en los procesos en los cuales es solicitada su

participación, lo que viene sucediendo desde hace aproximadamente 10 meses, con excepción de un interregno el año pasado cuando apenas se presentó uno de ellos, pero fue inconstante su presencia retornando el despacho a la situación inicial de ausencia de un profesional que asuma el ejercicio público defensorial.

Explicita el funcionario judicial que a la fecha el juzgado a su cargo cuenta con 138 procesos ayunos de defensor público, 54 de ellos con persona privada de la libertad, entre ellos el alusivo al señor MONTOYA ESCOBAR; persona cuya actuación judicial por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de igual manera espera la asignación de un abogado de dicha naturaleza, detallando en ese sentido que su radicación sucedió 28 de noviembre de 2018, la audiencia de acusación tuvo lugar el 20 de febrero de 2019, cuando fue celebrado un preacuerdo entre las partes y a continuación se expusieron los criterios individualizadores de la pena, no obstante, afirma que a la fecha no ha podido emitirse la decisión correspondiente por a la ausencia de un defensor público.

Documenta el señor juez, que con anterioridad al 31 de mayo del año pasado el juzgado a su cargo contaba con tres servidores de la Defensoría Pública, pero que fueron retirados de esa célula judicial de manera inexplicable, lo que no ha sucedido con los juzgados primero y segundo promiscuo municipal de la misma localidad.

Que la situación ha tratado de solucionarla por

diferentes medios ante otras autoridades del poder público, entre ellas la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, Presidencia del Tribunal Superior de Antioquia, Ministerio Público y la Dirección del Sistema Nacional de la Defensoría Pública. Y al respecto detalla que a título personal presentó acción de tutela contra la Defensoría Pública, denegada por el Tribunal Administrativo de Antioquia y confirmada por el Consejo de Estado, bajo contestación de la accionada en el sentido que ya había sido asignado un profesional, pero resulta que éste solo hizo presencia durante escasas semanas el último trimestre del año 2019.

Informa que también ha acudido a la Dirección Ejecutiva Seccional de Antioquia, atendiendo a lo sugerido por el Consejo de Estado en el sentido que dicho trámite era susceptible de una acción de cumplimiento.

De cara a lo expuesto, aboga por la protección de los derechos fundamentales invocados por el señor Juan David Montoya Escobar y, por lo tanto, se asigne el número de profesionales requeridos por ese despacho judicial, adscritos a la defensoría pública, labor que en forma provisional deberían asumir quienes fungen como defensores públicos ante los juzgados de control de garantías del mismo municipio.

2. JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE ANDES:

Su titular informa que ante su despacho, el 28

de febrero de 2020 fue radicada solicitud de audiencia preliminar a fin de estudiar un posible vencimiento de términos procesales en la actuación penal seguida respecto del señor Juan David Montoya Escobar por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Que al propender por la información necesaria para adelantar la respectiva audiencia, estableció que el referido proceso se encuentra en el Juzgado Penal del Circuito de Andes, cuyo titular informó a ese juzgado de control de garantías que *se está a la espera de dar lectura al fallo, lo que no ha sido posible por cuanto el acusado no cuenta con defensor contractual y la defensoría pública no ha nombrado defensor público que lo asista.* Siendo así las cosas, y bajo el entendido que ya existe un sentido del fallo en este particular, explica la titular del despacho accionado que en razón al numeral 8º del artículo 154 de la ley procesal penal, orientó la petición de libertad al despacho de conocimiento.

Finalmente, corrobora la existencia de múltiples solicitudes de libertad por vencimiento de términos ante esos juzgados de control de garantías debido a la grave situación por la cual atraviesa el juzgado con categoría de circuito en esa localidad, por la ausencia de defensor público en los diferentes casos que allí se encuentran.

3. JUZGADO SEGUNDO PROMISCOUO MUNICIPAL DE ANDES:

Expresa su representante que revisados los

libros radicadores de audiencias de control de garantías, no se encuentra alguna relacionada con el proceso adelantado contra el señor Juan David Montoya Escobar.

También expone la misma grave situación por la cual atraviesa el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, debido a la ausencia de un defensor público que asista a quienes no tienen la posibilidad de solventar un defensor contractual en los diferentes procesos que allí se adelantan, lo cual devino en constantes solicitudes de libertad por vencimiento de términos e incluso en la interposición de acciones de hábeas corpus.

4. DEFENSORÍA DEL PUEBLO:

Respondió la Dra. Sandra Patricia Vásquez Arboleda significando que el señor JUAN DAVID MONTOYA ESCOBAR fue detenido en el mes de octubre de 2018, por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; las audiencias preliminares se surtieron ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Andes bajo el radicado 05034600032320180070 y en ellas fue asistido por la defensora Pública María Victoria Sánchez.

Que a continuación, el 19 de abril de 2019 tuvo lugar la celebración de un preacuerdo entre las partes y la sentencia respectiva se profirió el 22 de mayo siguiente, cuando el

señor Montoya Escobar fue condenado a 2 años y 8 días de prisión, decisión ya ejecutoriada y es esa la razón por la cual la aludida persona a la fecha no cuenta con un servidor adscrito a la Defensoría del Pueblo.

Así las cosas, considera improcedente la solicitud de amparo bajo estudio.

Corresponde en ese orden a la Magistratura, adoptar decisión de mérito, conforme a las circunstancias expuestas y en punto a lo que constituye el objeto del amparo constitucional que se deprecia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe la Sala decidir si en este caso las autoridades accionadas están vulnerando el derecho fundamental al debido proceso en el marco de la actuación penal que se sigue en contra del accionante Juan David Montoya Escobar por un delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, habida cuenta que a la fecha no tiene los recursos económicos para contratar un defensor de confianza que lo represente, y tampoco le ha sido asignado uno por de la Defensoría del Pueblo, no obstante haberlo solicitado oportunamente, lo que ha obstaculizado la solución de su situación jurídica.

Para resolver si en el caso concreto sufre menoscabo el derecho al debido proceso, concretamente el

derecho de defensa del procesado, en tanto garantía de ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado, es preciso partir entonces del mandato superior contenido en el *artículo 29*, veamos:

El *artículo 29* de la norma superior consagra:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Fundamento normativo que encuentra desarrollo en el literal e) del artículo octavo de la ley 906 de 2004:

ARTÍCULO 8º. DEFENSA. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

(...)

e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; (...)

Frente a la aludida garantía de defensa técnica, como responsabilidad del Estado cuando la persona carece de medios económicos para subvencionar un abogado contractual, se ha pronunciado la H. Corte Constitucional en sentencia CC T-945/99, en los siguientes términos:

(...) Según la jurisprudencia de esta Corte, el derecho a la defensa técnica le impone al Estado la obligación de dotar a quien no puede solventarlo, de los servicios de un defensor público o de oficio, que le preste la debida asesoría durante las etapas del proceso criminal, y asuma, con la técnica y el conocimiento pericial que el título de abogado le confiere, la defensa de quien ha sido vinculado al proceso penal. En este contexto, al defensor del sindicado le corresponde solicitar y controvertir las pruebas, presentar alegatos, intervenir en las audiencias e interponer los recursos pertinentes.

Así mismo, en Sentencia C-049/96, esto dijo el Alto Tribunal:

"En primer término, para la Corte Constitucional es claro que el artículo 29 de la Carta Política garantiza sin duda alguna el derecho a una defensa técnica en el campo penal para quien sea sindicado, tanto en la etapa de investigación como en la de juzgamiento, y así lo ha advertido con nitidez esta Corporación al considerar que aquella disposición, hace parte de la voluntad constitucional que expresamente reconoce los derechos y garantías judiciales fundamentales aplicables a toda clase de actuaciones judiciales de naturaleza penal.

"Por tanto, es claro que existe un derecho constitucional fundamental reconocido en la carta política llamado derecho de defensa técnica que adquiere dimensiones especiales en materia penal, como quiera que el Constituyente fue explícito en la materia al disponer lo que aparece en el mencionado artículo 29 de la Carta."

(...)

Así pues, se tiene para el caso a estudio que conforme las circunstancias expuestas en el libelo de la demanda y de la respuesta emitida por parte de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO y las autoridades vinculadas, se hace manifiesta la existencia de una conculcación al derecho fundamental en comento, y del cual es titular el señor JUAN DAVID MONTOYA ESCOBAR en el proceso que por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se encuentra en curso en el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia.

El Juzgado aludido, de acuerdo a los soportes que tuvo a su disposición para responder a la presente acción constitucional, expuso que el proceso seguido contra el señor Montoya Escobar arribó a esa célula judicial el 28 de noviembre de 2018, con escrito de acusación elaborado por la Fiscalía 112 seccional del mismo municipio; la audiencia respectiva fue programada para el 20 de febrero de 2019, cuando las partes sometieron a consideración del juez un preacuerdo que recibió la aprobación respectiva y a continuación fueron planteados los criterios individualizadores de la pena, quedando por materializarse la audiencia de lectura del fallo, lo cual hasta la fecha no ha sido posible en razón a la tan mencionada ausencia de defensor público.

De la situación fueron enterados de manera efectiva por parte del aludido servidor judicial, la Dra. Sandra Patricia Vásquez Arboleda, Defensora del Pueblo, Regional Antioquia y el Dr. Carlos Alfonso Negret Mosquera, Defensor del Pueblo del nivel nacional, mediante oficio del 19 de febrero de 2020, en el cual el señor juez de circuito para respaldar mejor su exposición acerca de la grave problemática por la cual atraviesa su despacho, les señaló:

*“Además de los requerimientos extensivos a los cuatro profesionales adscritos al Sistema Defensorial en esta Sede, se adjuntan copias de requerimientos que en el mismo sentido se extienden ante los señores Fiscales 109 y 112 Seccionales, además del señor Procurador Judicial, Delegados ante este circuito de Andes, en su orden, Dres. Juan Eugenio Castrillón Bedoya, Gustavo Alonso Muñoz Grisales y Javier Fernando Duarte Farelo, con miras a la corroboración de las aludidas cifras y periodos implicados en cuanto a la intermitente presencia defensorial de carácter público en esta sede, **así como en los referente a la urgencia que demanda la instalación de audiencia en las antedichas 10 carpetas, las cuales se destacan en el listado que asimismo se adjunta y que relaciona la totalidad de los 132 procesos que en la actualidad carecen de representación defensiva en este despacho judicial (...)**”*

Listado éste que también dio a conocer el señor Juez Penal del Circuito en el presente escenario, y en el cual se observa claramente el proceso con radicado interno 2018-00148, por el delito de Tráfico fabricación o porte de estupefacientes, adelantado contra el señor Juan David Montoya Escobar, privado de la libertad.

Sin embargo, la representante de la Defensoría del Pueblo en el nivel regional, Dra. Sandra Patricia Vásquez Arboleda, soslayando la información que de manera objetiva viene evidenciando el funcionario de conocimiento, incluyendo el oficio recibido por esa entidad el 19 de febrero de 2020, manifestó que el señor JUAN DAVID MONTOYA ESCOBAR fue detenido en el mes de octubre de 2018, por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; las audiencias preliminares se surtieron ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Andes bajo el radicado 05034600032320180070 y en ellas fue asistido por la defensora pública Maria Victoria Sánchez; que a continuación, el 19 de abril de 2019 tuvo lugar la celebración de un preacuerdo entre las partes y la sentencia respectiva se profirió el 22 de mayo siguiente, cuando el señor Montoya Escobar fue condenado a 2 años y 8 días de prisión, decisión ya ejecutoriada, razón por la que en sentir de la Dra. Vásquez Arboleda, no cuenta ya el procesado con un servidor adscrito a la Defensoría del Pueblo.

Pero esa información una vez confrontada con la respuesta del titular del juzgado donde se encuentra el proceso del señor Montoya Escobar, no es cierta, o al menos frente a este concreto asunto, pues de lo que se tiene conocimiento es que la actuación aún no ha podido finiquitarse en razón a la falta de un defensor público que asista al procesado en la audiencia de lectura de fallo, que es lo único pendiente después de verificado el preacuerdo celebrado entre las partes y materializada la audiencia de individualización de la pena.

En esas condiciones, lo que se desprende es

que la entidad encargada de coordinar el Sistema Nacional de la Defensoría Pública, no obstante conocer el oficio del 19 de febrero de 2020 elaborado por el Juez Penal del Circuito de Andes, donde fueron relacionados los procesos que requerían de la asignación de un abogado adscrito a esa entidad, omitió estudiar si el accionante en realidad estaba vinculado a uno de esos procesos, en el que se precisara de un servidor que lo asistiera en forma gratuita; al menos es esa la conclusión a la cual se arriba una vez estudiada la respuesta de la Defensoría del Pueblo, cuyo sentido no ostenta relación alguna con lo aquí debatido.

En ese orden de ideas, resulta palmaria la afectación al derecho fundamental al debido proceso, y de manera concreta a una defensa técnica, que asiste al señor JUAN DAVID MONTOYA ESCOBAR en la actuación penal seguida en su contra, radicada en el Juzgado Penal del Circuito de Andes, con número interno 2018-00148, y frente a la misma, no es otra la entidad responsable, sino la Defensoría del Pueblo, pues de acuerdo al numeral 4º del artículo 282 de la Constitución Nacional, entre sus competencias le atañe Organizar y dirigir la defensoría pública.

De tal modo, el derecho fundamental antes señalado será protegido en esta sede, y, por lo tanto, se ordenará a la DEFENSORÍA DEL PUEBLO que en el improrrogable término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS contadas a partir de la notificación de la presente decisión, proceda a asignar un

defensor público al señor JUAN DAVID MONTOYA ESCOBAR en el proceso radicado en el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia bajo número interno 2018-00148, a la fecha pendiente de lectura de proferimiento de fallo.

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

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso y concretamente a la defensa técnica, dentro de la acción de tutela invocada por el señor JUAN DAVID MONTOYA ESCOBAR contra la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, por las razones consignadas en la parte motiva.

SEGUNDO: En consecuencia, **SE ORDENA** a la DEFENSORÍA DEL PUEBLO que en el improrrogable término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** contadas a partir de la notificación de la presente decisión, proceda a asignar un defensor público al señor JUAN DAVID MONTOYA ESCOBAR en el proceso radicado en el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia bajo número interno 2018-00148, a la fecha pendiente de lectura de proferimiento de fallo.

De no impugnarse el presente fallo, **SE**

DISPONE remitir la actuación ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *Decreto 2591 de 1991, artículo 31.*

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

APR. 2021

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

Medellín, mayo doce (12) de dos mil veinte (2020)

Radicado : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) -2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : **Homicidio agravado y otro**
Decisión : **Revoca**

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual de la
fecha.
Acta N° 041

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa, frente a la decisión adoptada el día *20 de febrero de 2020*, en la audiencia del juicio oral por parte del *Juzgado Penal del Circuito de Andes (Antioquia)*, a través de la cual se accedió a la petición de la Fiscalía de decretar como prueba sobreviniente una declaración juramentada anterior del ahora testigo Fabián Humberto Correa Silva, del cinco de enero (o primero de mayo) de 2019 para efectos de impugnar su credibilidad, con ocasión de la actuación que se sigue en contra del señor Andrés Felipe Gutiérrez Serna, en relación con los supuestos delictivos de *Homicidio agravado y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de Armas*.

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

ANTECEDENTES

La presente controversia se origina durante la audiencia de juzgamiento, cuando el delegado de la Fiscalía, en desarrollo del testimonio del señor FABIÁN HUMBERTO CORREA SILVA, solicita como prueba sobreviniente una declaración anterior que rindiera la aludida persona, el cinco de enero de 2019 o bien el primero de mayo de 2019 (no tiene claro cuál de las dos fechas es), ante otro funcionario judicial, y con la cual busca impugnar su credibilidad, pues no es cierto que tan solo haya sido entrevistado en este proceso sino que de igual manera rindió declaraciones en otros asuntos penales y en tiempos diferentes.

Apoya su solicitud en la sentencia 43.916 de 2016 de la Corte Suprema de Justicia y el inciso final del artículo 344 de la ley procesal penal, argumentando que desconocía ese elemento hasta la fase de audiencia preparatoria cuando en el traslado de los elementos de la defensa supo de una posible retractación del señor Correa Silva de su versión original respecto de los hechos que son materia de juzgamiento.

Dice que el mencionado testigo ha acudido a varios interrogatorios ante la Fiscalía y en diferentes procesos, porque tiene información relacionada con distintos actos delictivos en esa zona del suroeste antioqueño, entre ellos el homicidio de Jhon Fredy Agudelo Suárez, sin embargo, insiste el acusador en que desconocía esa declaración anterior del testigo al momento de la audiencia preparatoria y dicho elemento cognoscitivo lo halló una vez conoció la intervención de la defensa, cuando del

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

descubrimiento de sus elementos materiales probatorios constató que el testigo Correa Silva rescindiría sus aseveraciones vertidas en el interrogatorio dado por él en el presente proceso.

Expresa en consecuencia, que lo pretendido es que se le permita utilizar como prueba sobreviniente la declaración jurada presentada por el testigo Fabián ante otro policía judicial dentro de un asunto penal distinto, y así impugnar la credibilidad de la aludida persona demostrando que aparte de haber declarado ante un servidor dentro de la presente actuación, también lo ha hecho en otros escenarios procesales y ante otros funcionarios.

Finalmente, la Fiscalía expresa que en la declaración jurada pretendida como prueba encontrada o derivada, básicamente se refiere el señor Fabián Humberto a otros homicidios más no al que se estudia en esta oportunidad, que su utilización permitirá acreditar su pertenencia a una organización delincuenciales y su función como sicario dentro de ella en el municipio de Andes, información que sumada al resto de pruebas de cargos va a generar conexidad con el presente escenario.

La defensa se opone a la solicitud del delegado del ente acusador, partiendo del hecho que la Fiscalía como entidad tiene a su alcance encontrar todos los elementos materiales probatorios dentro de su mismo andamiaje, teniendo en cuenta que advirtió la diversidad de actuaciones penales en las cuales funge Fabián Correa Silva como declarante. Es cuestión

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

de estrategia, considera, y por lo tanto debió plantearse esa situación durante el desarrollo de la fase de investigación.

El Agente del Ministerio Público señala que bajo el entendido que la defensa ya conoce ese elemento cognoscitivo, y éste representa una utilidad para el proceso al estar directamente relacionado con los hechos investigados, no encuentra obstáculo alguno en la utilización de la declaración jurada.

DECISIÓN IMPUGNADA

Razona el Juez de primer grado que tratándose de una solicitud de la Fiscalía orientada a que se permita utilizar como prueba sobreviniente una declaración anterior del testigo Fabián Humberto Correa Silva, y conforme a decisión jurisprudencial contenida en el auto del 6 de febrero de 2019, radicado 54.182, se hace necesario verificar el cumplimiento de aquellos presupuestos que hacen viable esa concreta solicitud probatoria.

Considera en efecto, que en el particular, de lo que se trata es de ingresar una declaración anterior con la finalidad de minar la credibilidad del testigo porque en sentir de la Fiscalía se trata de atestaciones mentirosas que se contradicen en relación con otras declaraciones anteriores y por ello es basilar en delitos como el investigado, que pueda constatarse la veracidad de las manifestaciones del testigo.

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

Continúa planteándose, si la Fiscalía estaba en posibilidad de establecer si en anteriores oportunidades el testigo se ha retractado, es suficiente el desconocimiento argüido por su delegado a la altura de la audiencia preparatoria, en cuanto a las plurales retractaciones del aquí testigo. La Fiscalía, en efecto, no entrevistó de manera previa al señor Fabián Humberto y fue a partir de la información aportada por la defensa que pudo establecer un posible desdecir de sus afirmaciones en juicio, lo que sucedió en forma posterior al recaudo probatorio elaborado por el ente acusador.

Considera en esas condiciones el señor Juez, que el postulado de igualdad de armas si bien se resquebraja, porque efectivamente la Fiscalía no descubrió de manera oportuna ese concreto elemento material, ello fue así dado que carecía de él y es una situación que no le era previsible, lo cual, insiste, apenas fue detectado en sede de audiencia preparatoria una vez fueron descubiertos los elementos materiales probatorios por parte de la defensa.

Por lo tanto, señala que el principio aludido debe ceder en eventos como el estudiado, pues es de gran utilidad que existiendo información de la naturaleza aducida por la Fiscalía sirva de tamiz a la credibilidad de las manifestaciones en juicio del testigo Correa Silva. Aclara, en efecto, que se trata de una declaración disímil de la que se pretende escuchar en juicio que no representa perjuicio para la defensa, porque fue en su labor investigativa que se percató igualmente de la intención del mismo testigo de retractarse frente a sus versiones dadas

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

respecto a otros hechos delictivos.

Así mismo, considera que la Fiscalía cumple con su carga argumentativa de pertinencia y utilidad, al haber indicado que el medio probatorio sobre el cual se interesa está orientado a derruir la credibilidad del testigo Fabián Correa Silva.

ARGUMENTOS DE IMPUGNACIÓN

Señala el señor defensor que la Fiscalía dispone de un andamiaje que le permite impulsar las diferentes investigaciones a su cargo. Que en el caso concreto se trata de un testigo al parecer integrante de la organización criminal con injerencia en el municipio de Andes, que ha comparecido en varias oportunidades a sus instalaciones con el objetivo de aportar información en distintos procesos penales, lo cual representa la existencia de elementos que obligan al ente investigador a identificar aquellos favorables y desfavorables en el escenario penal, y es en ese contexto donde debió plantearse la posibilidad de que esa persona se retractara de sus versiones iniciales. Por lo tanto, lo anterior incluye, en este caso, determinar si el testigo que aporta la información, tiene otras investigaciones, en qué tipo de estado está cada una de ellas y a partir de ahí recopilar los datos necesarios para soportar su tesis.

Añade que el debido proceso de la defensa sí resulta afectado, porque desconoce el contenido del documento con el cual se pretende impugnar credibilidad.

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

Por lo expuesto, advierte que la solicitud probatoria de la fiscalía no cumple con las exigencias del inciso final del artículo 344 de la ley procesal penal, de ahí que tal postulación sea inoportuna y por lo tanto improcedente.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

FISCALÍA:

Señala el delegado que la decisión que admite una prueba no es pasible del recurso de apelación.

AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Manifiesta que, en su concepto, el decreto probatorio bajo examen no afecta las garantías fundamentales de la defensa.

El juzgado concede el recurso de apelación propuesto por la defensa, en el efecto suspensivo, pues si bien se trata de una decisión a través de la cual es decretada una prueba sobreviniente, comporta un escenario distinto al decantado por la jurisprudencia en sede de audiencia preparatoria. Además, señala que la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, presidida por el Dr. Gustavo Adolfo Pinzón Jácome, en decisión del 2 de mayo de 2019, radicado 2019-00486-6, decide de fondo el recurso de apelación propuesto frente al decreto de una prueba sobreviniente en desarrollo del juicio.

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como en otras ocasiones esta Sala lo ha precisado, resulta evidente que hoy día no puede pasarse por alto que el trámite acusatorio comporta un contenido adversarial, dentro de lo que ha dado en llamarse proceso de partes, y esa dinámica de partes les otorga a la Fiscalía y a la defensa facultades investigativas en la contienda procesal, con el consecuente deber de demostrar con sus propios medios de prueba la teoría del caso adoptada. Por esto, estudiadas la normas que regulan la solicitud, aprobación y aducción probatoria, se puede observar que esta es una actividad rogada y, además, que su práctica no opera de libre elección para los sujetos procesales.

Lo anterior, como consecuencia del actual modelo procesal penal, de tendencia acusatoria, dentro del cual opera el principio de igualdad de armas, que puede traducirse en la posibilidad que tienen las partes *-Fiscalía y defensa-* de acudir ante un Juez imparcial con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios, ni desventajas.

La *H. Corte Constitucional*, ha explicado en pretéritas ocasiones que el principio de igualdad de armas se despliega en dos direcciones complementarias; la primera, se

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

traduce en que las partes cuentan con la misma oportunidad para participar en el debate; y la segunda, se traduce en términos probatorios, en la necesidad que tienen tanto defensa como Fiscalía en el acceso al mismo material de evidencia requerido para sustentar el debate en juicio¹.

Escuchado el audio propio de la audiencia del juicio oral realizada el 20 de febrero de 2020, en desarrollo del interrogatorio directo de la Fiscalía al testigo Fabián Humberto Correa Silva, pese a manifestar que fue sentenciado por su pertenencia a una banda criminal con injerencia en la localidad de Andes, negó conocer al procesado Andrés Felipe o a otros integrantes de esa organización, e indicó que la única oportunidad en que lo vio fue en un partido de fútbol; que además desconoce todo lo referente a Jhon Fredy Agudelo Suárez, al parecer conocido como alias “corozo”, y así mismo las circunstancias que rodearon su asesinato.

Igualmente indicó que luego de su detención en el mes de mayo de 2019, no recuerda haber sido interrogado por alguna autoridad judicial, olvido que atribuye a su estado de drogadicción; y fue esa actitud del declarante, la que llevó a la Fiscalía a solicitar al juez autorización para exhibirle un interrogatorio, efectuado anteriormente al testigo por el ente acusador. Correa Silva aceptó haber firmado el aludido documento pero expresó que tampoco recordaba cuándo lo hizo, y a continuación se desdijo de los señalamientos consignados en los folios respectivos, entre ellos los alusivos a quienes

¹ Sentencia C-1194 de 2005.

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

asesinaron a alguien apodado “corozo”, porque, en su concepto, se trató de una manipulación de la Fiscal encargada del caso en ese momento; advirtiendo que plasmó sus rubricas siendo ajeno al contenido de los mismos, y en igual sentido, niega haber firmado otros documentos contentivos de declaraciones a su nombre.

Y fue ante esta última negación, que la Fiscalía, no obstante haber omitido su descubrimiento en audiencia preparatoria, trajo a colación una declaración anterior del testigo, efectuada, según el delegado, en el mes de enero o mayo de 2019, para efectos de impugnar su credibilidad, a partir de la cual procuraría demostrar que aquel sí rindió entrevistas en otros procesos y ante funcionarios judiciales diversos de quien lo escuchó en interrogatorio en la presente actuación.

El Juez como director del proceso instó a la Fiscalía en orden a centrar su postulación, de ahí que el delegado la encausara por la senda de la prueba sobreviniente, advirtiendo desde esa perspectiva que el elemento aludido en realidad no lo descubrió a la defensa en la audiencia preparatoria, pues fue luego de la intervención de su contraparte en esa fase procesal que pudo deducir que el testigo Correa Silva se retractaría de su versión exteriorizada en la fase de investigación de este proceso, afectando de esta manera la teoría del caso del ente acusador. En consecuencia, la solicitud probatoria se admitió en primera instancia y como se dijo, fue objeto de apelación por la defensa.

Desde esa perspectiva es preciso demarcar en

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

primer lugar el aspecto alusivo a la procedencia del recurso de apelación, de cara a significar que si bien podría confundirse la postulación de la Fiscalía con una prueba de refutación, lo cierto es que no lo es, pues la argumentación alude es a una prueba sobreviniente y, por lo tanto, su decreto, es pasible del recurso vertical.

Y no se trata de una prueba de refutación orientada a la impugnación de la credibilidad del testigo de la contraparte a través del contrainterrogatorio, toda vez que el sujeto procesal que aduce el medio probatorio, es el mismo interesado en su confrontación, debido a su retractación. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en decisión del 20 de agosto de 2014, radicado 43.749, explicó:

El derecho a solicitar prueba de refutación con base en el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal la tiene una parte respecto de una prueba de la contraparte, siempre y cuando a ello haya lugar por razón de la oportunidad y de los objetivos señalados para ese medio en esta providencia.

La prueba solicitada por la parte no puede ella misma impugnarla con el medio de refutación examinado, pues para tales efectos cuenta con la impugnación de credibilidad del artículo 391 del Código de Procedimiento Penal a través del interrogatorio a otro declarante, puede hacerlo igualmente con un elemento de conocimiento sobreviniente, o con los autorizados para impugnar credibilidad y específicamente regulados en los artículos 403, 440 y 441 ídem, o con la declaración de testigo hostil.

De ahí que deba descartarse cualquier duda en torno a que en esta oportunidad se trate de una prueba de tal

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

naturaleza, y en realidad le asiste razón al A quo al significar que la pretensión probatoria de la Fiscalía se enmarca en la especie de prueba sobreviniente, cuya admisión en la etapa de juicio oral en realidad es susceptible del recurso de apelación dada la ruptura del equilibrio procesal generado con esa decisión y que sorprende a la contraparte, por lo que dada su relevancia resulta lógico y justo que sea susceptible de contradicción, razón por la cual se sostiene el criterio adoptado en tal sentido por el compañero de Sala Dr. Gustavo Adolfo Pinzón Jácome en decisión del 2 de mayo de 2019, radicado 2019-00486-6.

Con la anterior precisión, y de cara a lo sustancial del problema jurídico planteado por el recurrente, quien censura la decisión del Juez de primer grado al decretar como prueba sobreviniente una declaración anterior del testigo Fabián Humberto Correa Silva surtida en otra actuación procesal, cabe señalar que el descubrimiento probatorio es un aspecto sustancial de la actuación, y por lo tanto, bien puede anticiparse que resultan infundadas las apreciaciones del A quo cuando otorga el carácter de excepcional al elemento de prueba sobre el cual se interesa el delegado del ente acusador, de cara al *último inciso del artículo 344 C.P.P.-*

Partiendo de las exigencias del anunciado canon, es decir, que el medio de prueba haya sido encontrado durante el desarrollo del juicio y, así mismo, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento, fueron aspectos sobre los cuales la Fiscalía no desplegó de manera satisfactoria la argumentación de cara a su demostración. Inicialmente es motivo

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

de crítica su confusa sustentación en torno a las aristas ya mencionadas, pues comienza por indicar que su solicitud estaba direccionada a mostrar al testigo Correa Silva como alguien con poca credibilidad, toda vez que ha sostenido no haber declarado en oportunidades distintas a la presente actuación penal, cuando en realidad ello sí ha ocurrido.

Pero al final de su alocución señala que el objetivo de su solicitud probatoria es mostrar al declarante como alguien que también pertenecía a una organización delincuencia, cuyo rol es el de coordinador de asesinatos o “sicario”; que esas calidades le permitirían generar alguna relación con los hechos aquí investigados, pero omitiendo razones lógicas que pudieran vincular esta segunda razón de su petición, con la primera, orientada a impugnar la credibilidad del testigo con la prueba sobreviniente.

Recuérdese que lo esencial de una prueba de esa índole en casos como el analizado es introducir materia distinta y soportar o infirmar la teoría del caso o los descargos (CSJ, AP4787-2014, radicado 43.749), sin embargo, en el particular el ente acusador se desenfoca de lo realmente esencial, que no consiste en controvertir esa específica negación del testigo en punto a no haber declarado en otros escenarios, o en demostrar su pertenencia a bandas criminales, sino en establecer si de alguna manera tuvo conocimiento de aspectos en verdad relacionados con las imputaciones fácticas propias de la presente investigación, sin que pueda vislumbrarse siquiera la posibilidad de que la prueba pedida represente alguna utilidad o pertinencia al

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

respecto.

De otro lado, expuso el señor fiscal que la declaración anterior que pretende utilizar en su ejercicio de impugnación, solo la encontró luego de la audiencia preparatoria, cuando escuchada la intervención de la defensa se percató de la posible retractación de su testigo de cargo.

Desde luego que un acto de esa naturaleza es difícil de prever por la parte interesada, sin embargo, ese aspecto, per se, no es suficiente para decretar una prueba de naturaleza tan excepcional, pues lo aquí relevante es su falta de pertinencia y utilidad para incorporarla de forma extemporánea en la etapa de juzgamiento. En todo caso, bajo el entendido que no puede catalogarse como prueba sobreviniente aquella conocida con antelación, o que resulta evidente (*CSJ, SCP, Sentencia del 21 de noviembre de 2012, radicado 39.948*), cabe precisar que en verdad el ente acusador reconoció la existencia de varias investigaciones en la cuales el mismo testigo Fabián Humberto había participado suministrando información, en cuyo abanico se hallaba esa concreta entrevista del 5 de enero o del primero de mayo de 2019, por lo que, si en gracia de discusión, como finalmente lo acotara el mismo delegado, su pretensión con ese elemento de prueba se circunscribía a demostrar la pertenencia del declarante a una banda delincencial con injerencia en el municipio de Andes y con un rol específico, bien pudo lograr ese cometido obteniendo dicho elemento en la fase de indagación o investigación, descubriéndolo luego desde la audiencia preparatoria para así proyectar su utilización como ahora lo pretende.

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

Desde esa perspectiva, y resultando indiscutible que se trata de un elemento cuya existencia era posible conocerse desde la etapa preliminar, mal podría hablarse de ese ulterior estadio del descubrimiento probatorio, por demás excepcional y que se consagra en el *artículo 344, inciso último C.P.P.*: “*si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez, quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba*”, pues dado el contexto en que surge el pretendido medio de convicción, no se edifican ninguna de las exigencias que al respecto consagra la norma transcrita.

Además, de aceptarse el criterio del señor fiscal, sería como generar indebidamente una nueva oportunidad procesal para que las partes subsanen las irregularidades presentadas durante la etapa pertinente - de preparación y depuración del juicio oral -, pues bien podría predicarse la posibilidad que tuvo de haber previsto la problemática que ahora se plantea en relación con la mencionada declaración, y de haber realizado en consecuencia el trabajo investigativo de rigor en torno a las herramientas que tendría a su alcance frente a un testigo de tal relevancia como lo sería el señor Fabián Humberto Correa Silva. Al respecto es válido el siguiente pronunciamiento² de la *H. Corte Suprema de Justicia*:

² Proceso 43433. Providencia del 11 de junio de 2014. Aprobada por acta 181. M.P. Maria del Rosario González Muñoz.

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

“... la prueba sobreviniente no está diseñada para habilitar un nuevo periodo de descubrimiento orientado a remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo que deben realizar para sustentar su teoría del caso. Si ello es así, dentro de este concepto no ingresan los medios de convicción que racionalmente pudieron ser conocidos y obtenidos de manera oportuna por la partes con el despliegue de mediana diligencia en la ejecución de los deberes que su rol les impone”.

Por manera que, será la revocatoria del proveído de instancia en el que se consideró viable el decreto de la referida declaración anterior del testigo mencionado, la decisión que se impone para la Magistratura en el presente evento, de cara a la jurisprudencia y también a la normativa establecida en la legislación procesal penal en torno del descubrimiento probatorio, y específicamente en lo que concierne a la llamada prueba sobreviniente, 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,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCA la decisión adoptada en sede primera instancia por el *Juzgado Penal del Circuito de Andes - Antioquia-*, el día *20 de febrero de 2020*, a través de la cual se decretó como prueba sobreviniente la declaración jurada ante funcionario

Radicado N° : 2020-0257-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 034 60 000 00 2019 0006
Acusados : Andrés Felipe Gutiérrez Serna
Delito : Homicidio agravado y otro

de policía judicial rendida por el señor Fabián Humberto Correa Silva el 5 de enero (o primero de mayo) de 2019, solicitada por la Fiscalía, al interior de la actuación que se sigue en contra del procesado ANDRÉS FELIPE GUTIÉRREZ SERNA por los supuestos delictivos de *Homicidio agravado y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*; en su lugar, se deniega de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

SEGUNDO. SE NOTIFICA en estrados la presente decisión de segundo grado, a cuyo efecto **SE SIGNIFICA** que frente a la misma no procede recurso alguno.

TERCERO.- SE DISPONE retornar las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que se proceda con la programación de la continuación de la respectiva audiencia.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

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

Medellín, trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020)

N° Interno : 2020-0359-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Maria Liliana Ocampo Bedoya
Afectado : Ronal Andrés Arias Ocampo
Accionado : Juzgado de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de El
Santuario, Antioquia y otros
Decisión : No tutela derechos

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 042

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

La presente actuación tiene por objeto decidir de fondo la presente acción de tutela que promueve la señora MARIA LILIANA OCAMPO BEDOYA, a favor de su hijo menor de edad RONAL ANDRÉS ARIAS OCAMPO contra el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA, MINISTERIO DE JUSTICIA Y EL DERECHO y el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en procura del derecho fundamental a la familia.

ANTECEDENTES

Informa la señora Maria Liliana Ocampo

Nº Interno : 2020-0359-4
Sentencia de Tutela – 1ª Instancia.
Accionante : Maria Liliana Ocampo Bedoya
Afectado : Ronal Andrés Arias Ocampo
Accionado : Juzgado de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de El Santuario,
Antioquia

Bedoya que su esposo JUAN PABLO ARIAS ÁLVAREZ se encuentra privado de la libertad en el EPC DE PUERTO TRIUNFO, ANTIOQUIA, al haber sido declarado penalmente responsable de los delitos de Desaparición forzada, Homicidio agravado y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Dice que en favor de su esposo fue solicitado ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, el permiso administrativo de hasta 72 horas, o bien, la prisión domiciliaria para estar cerca de su hijo Ronal, beneficios negados por esa instancia el 19 de febrero de 2020.

Expone que su hijo Ronal Andrés Arias Ocampo, de 13 años de edad, se encuentra muy preocupado por la situación de su progenitor como persona privada de la libertad, está deprimido y su salud física y mental desmejora día a día, más aún debido a su temor de que su señor padre se contagie de covid 19.

Demanda por lo tanto, se tutelen los derechos a la dignidad humana y unidad familiar a la cual tiene derecho el menor Ronal Andrés; así mismo, se ordene al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia le conceda al señor Juan Pablo Arias Álvarez la prisión domiciliaria a favor de su hijo menor y así protegerlo de un contagio con ocasión de la pandemia generada por el virus citado.

Asumido el conocimiento del asunto por parte de la Magistratura, fueron requeridas las entidades accionadas para que ejercieran sus derechos de contradicción y defensa:

1. JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA:

Manifiesta su titular que el 8 de septiembre de 2017, el señor JUAN PABLO ARIAS ÁLVAREZ fue condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia a 110 meses de prisión por los delitos de Desaparición forzada, Homicidio agravado y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

En cuanto a la ejecución de su pena, señala que el 19 de febrero de 2020 ese despacho le negó al señor Arias Álvarez el permiso administrativo de hasta 72 horas, por no haber cumplido al menos el 70% de la sanción impuesta, tratándose de una condena irrogada por la justicia especializada. Tampoco le fue concedida la prisión domiciliaria regulada por el artículo 38G de la ley penal, porque uno de los delitos por los cuales se surtió la decisión condenatoria se encuentran excluidos de esa posibilidad.

Al respecto, se expone que lo decidido actualmente es objeto de recurso de reposición, que se encuentra pendiente de resolver y considera igualmente que por lo señalado no han sido conculcadas las garantías fundamentales de la parte accionante.

2. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO:

Recuerda su director jurídico que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas cuando no disponen de otro medio judicial, salvo sea invocado de manera transitoria, y en el caso concreto la parte actora cuenta con medios ordinarios al interior del proceso seguido contra el señor Juan Pablo Aras Álvarez para lograr su libertad o sustituir la manera como viene descontando la pena que le fuera impuesta con anterioridad; de ahí que tampoco le asista legitimación por pasiva para hacer parte del contradictorio y tenga entre sus responsabilidades desplegar alguna actuación procurando el bienestar del menor representado.

Sin embargo, deja en claro que en forma articulada el Ministerio de Justicia adelanta labores para conjurar la expansión del covid 19 implementadas al interior de los diferentes establecimientos carcelarios y penitenciarios así como también ha sido proferido el Decreto Legislativo 546 de 2020, por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva transitorias en el lugar de residencia.

Por lo expuesto, en lo que a la entidad nacional respecta, considera improcedente la acción constitucional bajo examen.

El Consejo Superior de la Judicatura no dio respuesta a la acción de tutela bajo examen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero precisar que, el punto medular de la solicitud, radica en determinar si los entes accionados vulneran los derechos fundamentales invocados en favor del menor de edad RONAL ANDRÉS ARIAS OCAMPO, quien de acuerdo a las aseveraciones de su progenitora y representante legal, se encuentra muy afectado por la privación de la libertad de su señor padre Juan Pablo Arias Álvarez, así como preocupado por un posible contagio de covid 19, en el sitio donde éste se encuentra recluso.

De conformidad con lo establecido en el *artículo 86* de la *Constitución Política*, la acción de tutela fue instituida con el fin de proteger los derechos fundamentales de las personas, frente a una vulneración o amenaza causada por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos determinados por la Ley. Esta acción constitucional es de carácter subsidiario, es decir, sólo es procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, éste no sea efectivo; por lo que sería procedente la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el interés superior del menor, prescribe el artículo 44 de la Constitución Nacional: “*Son derechos fundamentales*

de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”

Si bien es cierto el mismo precepto atribuye a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos y por ende, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores, es necesario identificar cuál es el escenario adecuado para esa finalidad, pues lo observado en el caso concreto es que la parte actora acude a la acción de tutela como mecanismo principal, desconociendo que se trata de uno subsidiario y residual, al cual se acude cuando no existe otro medio de defensa.

En efecto, expuso la señora Maria Liliana que su esposo en anterior oportunidad solicitó el permiso administrativo de hasta 72 horas o la sustitución de su pena por prisión domiciliaria conforme lo regulado por el artículo 38G de la ley 599 de 2000, peticiones resueltas de manera desfavorable por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, el 19 de febrero de 2020.

En su respuesta el Juzgado aludido expresó que las decisiones emitidas en esa fecha respecto del señor Arias Álvarez fueron negativas a sus intereses, pues no había cumplido el 70 % de la sanción impuesta, lo que le impedía acceder al permiso de las 72 horas, y tampoco tenía derecho la prisión domiciliaria con base en el artículo 38G, pues uno de los delitos por los que fue condenado estaba excluido de ese beneficio y que además, dicha decisión se encuentran a despacho para el estudio del recurso de reposición interpuesto por él, aclarando además, que desde la misma providencia del mes de febrero, fue requerido el señor Juan Pablo para que informara la ubicación de su grupo familiar y así adelantar el respectivo estudio orientado a determinar si le asiste la posibilidad de acceder a la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

Desde esa perspectiva, es evidente que al interior del proceso seguido frente al sentenciado, la parte presuntamente afectada tiene a su alcance herramientas que le permiten la posibilidad de salvaguardar los derechos fundamentales del menor de edad Ronal Andrés, siempre y cuando los beneficios invocados en favor de su progenitor no sean contrarios a la ley.

Así mismo, pese a que la preocupación central de la parte actora es un alto riesgo de contagio de coronavirus que puede afectar al padre de Ronal Andrés, le asiste razón al delegado del Ministerio de Justicia al significar que son radicales las medidas adoptadas para evitar la propagación de la pandemia generada por estos días, que además, han sido estudiadas varias alternativas para descongestionar los establecimientos carcelarios y penitenciarios las cuales se contraen, por ejemplo, al

otorgamiento de la detención o prisión domiciliaria transitoria, actividad que se ha materializado en la emisión del Decreto Legislativo 546 de 2020, *“Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*.

De ahí que también pueda acudir a este marco normativo, de cuyo agotamiento por parte del sentenciado no se encuentra alguna evidencia en el plenario.

Cabe señalar que igualmente la señora María Liliana Ocampo Bedoya puede propender por la cercanía entre el señor Juan Pablo y su menor hijo, peticionando su traslado a un lugar más cercano al de la residencia del menor y así tornar más constantes las visitas familiares, una vez sea levantada la cuarentena en la cual se encuentra la población carcelaria, pero tampoco existe algún soporte documental que acredite petición alguna al respecto por parte de los interesados ante el INPEC. Lo anterior de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 73 de la ley 65 de 1993:

ARTÍCULO 73. TRASLADO DE INTERNOS. *Corresponde a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario disponer del traslado de los internos condenados de un establecimiento a otro, por decisión propia, motivada o por solicitud formulada ante ella.*

ARTÍCULO 74. SOLICITUD DE TRASLADO. *<Artículo modificado por el artículo 52 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El traslado de los internos puede ser solicitado a la*

Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec)
por:

1. *El Director del respectivo establecimiento.*
2. *El funcionario de conocimiento.*
3. *El interno o su defensor.*
4. *La Defensoría del Pueblo a través de sus delegados.*
5. *La Procuraduría General de la Nación a través de sus delegados.*
6. **Los familiares de los internos dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad.**

Los planteamientos expuestos resultan suficientes para concluir que el amparo reclamado no tiene mérito, y, por lo tanto, la acción de tutela invocada resulta improcedente debido al incumplimiento del postulado de subsidiariedad ante la presencia de un mecanismo alternativo; en síntesis porque la parte accionante no acreditó haber elevado ninguna petición a las directivas del centro de reclusión para lograr el traslado del señor Juan Pablo Arias Álvarez a un lugar más cercano al cual reside el menor Arias Ocampo; tampoco se aportó prueba de haber solicitado a la Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, el otorgamiento de la prisión domiciliaria en el marco de la ley 750 de 2002 o el Decreto 546 de 2020; además, la decisión emitida por esta funcionaria el 19 de febrero de 2020 aún se encuentra en estudio, debido al recurso de reposición interpuesto frente a la negación del permiso administrativo de hasta 72 horas y la prisión domiciliaria conforme lineamientos del artículo 38G de la ley penal.

Nº Interno : 2020-0359-4
Sentencia de Tutela – 1ª Instancia.
Accionante : María Liliana Ocampo Bedoya
Afectado : Ronal Andrés Arias Ocampo
Accionado : Juzgado de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de El Santuario,
Antioquia

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por la señora MARIA LILIANA OCAMPO BEDOYA en favor de su hijo menor de edad, RONAL ANDRÉS ARIAS OCAMPO, procurando la salvaguarda a su derecho fundamental a la unidad familiar, por las razones consignadas en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME