

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



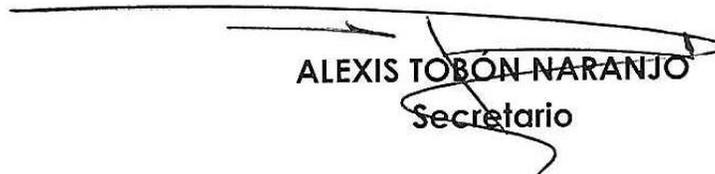
**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SECRETARÍA SALA PENAL**

ESTADO ELECTRÓNICO 032

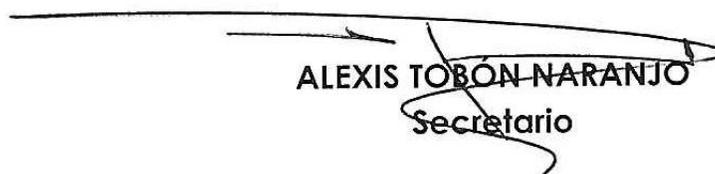
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de proceso	Accionante / Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2020-0483-6	Tutela 1° instancia	JHON SEBASTIÁN ANDRADE TUERQUIA	Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Puerto Berrio	Declara improcedente	Julio 13 de 2020
2020-0480-6	Consulta Desacato	ADÁN CHAVERRA	NUEVA EPS	Modifica decisión	Julio 14 de 2020
2019-0722	Auto 2° instancia ley 906	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	Carlos Mario Jiménez y Otro	Confirma auto de 1° instancia	Julio 14 de 2020

FIJADO, HOY 15 DE JULIO DE 2020, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 0500022040002020044100 **NI:** 2020-0483-6
Accionante: JHON SEBASTIÁN ANDRADE TUERQUIA
Accionados: JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE
PUERTO BERRIO
Decisión: Declara Improcedente
Aprobado Acta No.: 42 **Sala No.:**6

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

Medellín, julio trece del año dos mil veinte

VISTOS

El sentenciado Jhon Sebastián Andrade Tuerquia solicita la protección constitucional de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrío, Antioquia.

LA DEMANDA

Apunta el sentenciado Jhon Sebastián Andrade Tuerquia en su escrito de tutela, que la Fiscalía Local 060 de Puerto Berrío atendiendo a denuncia formulada en su contra por su compañera permanente Yudith Andrea Cataño González, inició investigación por la conducta punible de Violencia Intrafamiliar. Refiere que después de algunas labores de investigación por hechos ocurridos en el mes de abril del 2019, se le citó a audiencia

concentrada para el 27 de noviembre de la misma anualidad donde se dio aplicación al proceso abreviado y se le acusó por la citada conducta.

Apunta que la Fiscalía en uso de sus facultades lo acusó ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con funciones de conocimiento de Puerto Berrío, donde no variaron las cosas pues que su abogado se limitó a responder lo que le preguntaban, además de no consultar si era culpable o inocente, no indagó por los hechos toda vez que solo le manifestó que estuviera tranquilo que no pasaría nada. Señala que después del 27 de noviembre llamó en diversas oportunidades al abogado y éste nunca le contestó, así como tampoco se ocupó de llamarlo para decirle algo del proceso ni le indagó acerca de algún material que sirviera de prueba para presentar; incluso 02 días antes de la audiencia lo buscó para que le dijera algo manifestándole que no se presentara a la diligencia.

Continúa señalando que el 31 de enero del 2020 el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrío, emitió sentencia en su contra condenándolo a la pena de 48 meses sin beneficios. Refiere que en diversas oportunidades se citó a su compañera permanente y no le advierten sobre las consecuencias de la declaración, además no le recuerdan que no está obligada a declarar.

Después de relatar algunos hechos que según el accionante ocurrieron entre el señor Fiscal y su compañera permanente, señala que algunas situaciones no se ventilaron ante el Despacho porque su compañera fue intimidada por el señor Fiscal al punto de citarla unas horas antes de la audiencia para indicarle lo que debía decir, siendo esto un método de coacción que vicia desde todo punto de vista la voluntad de la testigo denunciante, pues que no se demostró que psicológicamente estuviera

afectada toda vez que es un profesional en esta área el que debería haber practicado dicha prueba y demostrar científicamente que la persona afectada no esté mintiendo o sea sujeto de manipulación, en este caso la Fiscalía coadyuvada por la defensa buscando una condena en su contra.

Pide entonces el sentenciado Andrade Tuerquia se tutelen los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrío proceda a modificar o revocar la sentencia y, en su lugar, se decrete la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso penal adelantado en su contra.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del pasado 30 de junio de la presente anualidad, admitió la acción de amparo y se notificó al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrío, al tiempo que se dispuso la vinculación de la Fiscalía 060 Local y la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de la misma población, así como también del doctor Germán Castañeda como defensor público del sentenciado Jhon Sebastián Andrade Tuberquia y de la señora Yudy Andrea Cataño González en calidad de víctima.

Es así como el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrío, señala que de haber ocurrido las situaciones que se afirma se presentaron entre acusado, víctima, fiscalía y defensa, estas se suscitaron por fuera del proceso penal y por ende escapan de la órbita de control del juez de conocimiento. Refiere que para el 23 de septiembre del 2019 la fiscalía local de esa población, radicó escrito de acusación por Violencia

Intrafamiliar en contra de Jhon Sebastián Andrade Tuerquia, ante denuncia penal formulada por la señora Yudi Andrea Cataño González.

Señala que se fijó el día 28 de noviembre del 2019 para llevar a cabo audiencia concentrada conforme al artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, diligencia a la que asistió el señor Andrade Tuerquia a quien se interrogó sobre la aceptación o no de cargos por el delito acusado y éste manifestó no aceptarlos, por lo que luego de desarrollar toda la actividad posterior se fijó como fecha para la audiencia del juicio oral el 22 de enero de los corrientes, quedando el señor Andrade Tuerquia notificado por estrados.

Refiere que llevada a cabo la audiencia de juicio oral a la que no asistió el procesado, se procedió a adelantar la actividad procesal establecida por el legislador y en dicha diligencia la fiscalía y defensa presentaron algunas estipulaciones probatorias, entre otras, la valoración médico legal realizada a la señora Yudi Andrea Cataño González en cuanto al hallazgo del médico forense en ella, el mecanismo que causó el daño, la incapacidad médico legal y las lesiones causadas.

Continúa indicando que en desarrollo de las diligencias se recepcionó el testimonio de Yudi Andrea Cataño González, a quien se le puso de presente el contenido del artículo 33 de la Constitución informándosele sobre su derecho de no testificar en contra de su compañero permanente, derecho al cual renunció y procedió a narrar una serie de episodios de violencia intrafamiliar acaecidos a lo largo de la convivencia con su pareja, los mismos que persistieron con posterioridad a la finalización de su relación con el señor Jhon Sebastián Andrade Tuerquia, haciendo énfasis en que para el 20 de enero de la presente anualidad había sido agredida

y amenazada por su expareja para que no se presentara a la audiencia de juicio oral y, reitera su denuncia.

Refiere que el testimonio de la víctima resultó coherente y convincente para esa Judicatura, en razón a que en parte alguna mostró incoherencia o realizó alguna manifestación de la que se pudiera deducir que estaba siendo coaccionada o amenazada para declarar en el juicio, como erróneamente afirma el accionante en su escrito tutelar, ya que a contrario sensu, su declaración fue espontánea, coherente, lógica y encontró respaldo probatorio con el dictamen médico legal que por virtud de estipulación probatoria fue allegado a la actuación. Dice que el 31 de enero del 2020 se llevó a cabo el traslado de la sentencia de que trata el artículo 545 del Estatuto Procesal Penal, al señor fiscal, a la defensa del señor Jhon Sebastián Andrade Tuerquia y al apoderado de las víctimas, quienes dentro del término de ley no recurrieron la decisión adoptada por ese Despacho, encontrándose en firme el referido fallo condenatorio.

Por su parte el señor Fiscal 060 Local de Puerto Berrio señaló que para el 01 de junio del 2019, fue recepcionada una denuncia por parte de la señora Yudith Andrea Cataño González en contra de su pareja Jhon Sebastián Andrade Tuerquia, por la presunta comisión del delito de Violencia Intrafamiliar. Refiere que para el 18 de septiembre del 2019, se cita a las partes para surtir el traslado del escrito de acusación dentro del proceso abreviado y posteriormente es radicado ante los Juzgados Promiscuos Municipales de Puerto Berrío.

Agrega que el 27 de noviembre del 2019, se lleva a cabo la audiencia concentrada en que se realizó solicitud de pruebas testimoniales y documentales que se pretendían hacer valer en la audiencia de juicio programada y realizada el 22 de enero del presente año. Refiere que con

la defensa se realizan estipulaciones probatorias como el informe pericial de clínica forense del 06 de junio del 2019, pero solo frente a la conclusión del mismo, es decir sobre la existencia de una *“Incapacidad médico legal definitiva de quince días, secuelas médico legal, con deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente”*.

Apunta que el 31 de enero del 2020 el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrío emite sentencia condenatoria, sin que se presentaran los recursos de ley. Refiere que la señora Yudith Andrea Cataño González solo fue citada en las instalaciones de la fiscalía en 03 oportunidades, la primera para notificarle la citación para el traslado del escrito de acusación, la segunda cuando se llevó a cabo el traslado y por último el día en que se llevó a cabo la audiencia de juicio oral.

Aclara que en la conversación sostenida con la señora Cataño González antes de la audiencia de juicio, no se le entregó ningún paso a paso ni se le dijo que debía decir en la misma y mucho menos se le indicó que se tenía algún acuerdo con el abogado de la defensa, pues que simplemente se le dijo que iba a rendir una declaración a través de la cual se introduciría como elemento material probatorio la denuncia que había interpuesto en contra del señor Andrade Tuerquia.

Concluye señalando que es paradójico que la señora Yudith Andrea Cataño González un día antes de la realización de la audiencia de juicio oral por el delito de Violencia Intrafamiliar, se presenta a la fiscalía para interponer una nueva denuncia en contra del señor Andrade Tuerquia, por unos hechos ocurridos el 20 de enero de los corrientes por presuntas lesiones personales y hurto, dentro de la cual existe un informe pericial de clínica forense que concluye con una *“Incapacidad médico legal*

DEFINITIVA SIETE (7) DÍAS. Sin secuelas médico legales al momento del examen.”.

El defensor del sentenciado señala que en el proceso que se adelantó en contra del señor Jhon Sebastián Andrade Tuerquia por el delito de Violencia Intrafamiliar, desde un principio fue asesorado sobre las implicaciones de la conducta investigada, posibles alternativas de defensa, entre otras, la posibilidad de que la víctima teniendo en cuenta el vínculo que tenía con el investigado, hiciera uso del artículo 33 de la Constitución Nacional. Refiere que después de la primera entrevista sostuvo comunicación telefónica con el señor Andrade, en varias oportunidades no contestaba.

Apunta que tuvo conocimiento de que la víctima tenía la voluntad de no declarar en contra de su victimario, pero faltando poco para la audiencia respectiva se le informó por parte de la fiscalía de que la afectada había sido objeto de nuevas agresiones, por lo que procedió a denunciarlo nuevamente. Refiere que ante esta situación se citó a audiencia de juicio.

Agrega que el señor Andrade Tuerquia a pesar de llamarlo insistentemente no se comunicaba, pero finalmente pudo contactarlo y procedió a explicarle cuáles eran los posibles resultados de la audiencia y que hasta ese momento no le había suministrado ningún elemento material probatorio para esgrimir en su favor. Dice que no es cierto que le hubiese dicho que no asistiera a la audiencia, pues le indicó que estaba citado y que si no se presentaba y salía condenado, le dictarían orden de captura, como en efecto sucedió.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Lo anterior indica que no es suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no ha sido consagrada para provocar procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios o especiales ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el sentenciado Jhon Sebastián Andrade Tuerquia, solicitó se amparen en su favor los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y derecho de defensa, presuntamente conculcados por parte del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrío, Antioquia.

De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Como regla general se tiene establecida la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, por cuanto las sentencias constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley, por el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos, la garantía del principio de seguridad jurídica y, además, por la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático¹.

En torno a la procedibilidad de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No. 1, en sentencia con Radicación Nro. 109785 del 14 de abril del 2020, señaló:

4. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

¹ Sentencia C-590 de 2.005. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

Como ha sido recurrentemente reiterado por esta Sala, la acción constitucional de tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para el accionante, tanto en su planteamiento como en su demostración.

Por este motivo, y como ha sido desarrollado por la Doctrina constitucional, la acción de tutela contra providencias judiciales exige:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que hayan sido agotados todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que atañe a los derechos fundamentales del accionante.
- e. Que el accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible.
- f. Que la decisión judicial contra la cual se formula la acción de tutela no se corresponda con sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos, no pueden quedarse en meros enunciados, sino que han sido reiterados por la Corte, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-212 y T-780 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las providencias mencionadas, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida «...*si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta*».

En punto de las exigencias específicas, como fue recogido en la sentencia C-590 de 2005, han sido establecidas las que a continuación se relacionan:

- a. *Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.*
- b. *Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
- c. *Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

e. Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado [2].

h. Violación directa de la Constitución.

Del caso en concreto

En el presente asunto se tiene que por medio de la acción de tutela el sentenciado Jhon Sebastián Andrade Tuerquia, pretende se modifique o revoque la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrío el pasado 31 de enero de los corrientes, a través de la cual lo condenó a la pena principal de 48 meses de prisión por el delito de Violencia Intrafamiliar y, en su lugar pide se decrete la nulidad de todo lo actuado.

Sea lo primero señalar que de acuerdo a lo arrojado a esta actuación, se tiene que el proceso adelantado al señor Jhon Sebastián Andrade Tuerquia y que culminó con sentencia condenatoria en su contra, se inició con base en una denuncia presentada por su excompañera sentimental Yudith Andrea Cataño González quien delató haber sido agredida físicamente por el señor Andrade Tuerquia.

Fue así entonces como la Fiscalía 060 Local de Puerto Berrío luego de algunas labores investigativas, decide adelantar la actuación bajo el rito

de la Ley 1826 de 2017 o Procedimiento Penal Especial Abreviado, y para ello entonces citó a las partes para el traslado del escrito de acusación y luego presentar el texto ante los Juzgados Promiscuo Municipales de Puerto Berrío, Antioquia.

Iniciada entonces la etapa de conocimiento ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal, se dio el trámite establecido en la citada ley y fue así como se surtieron las audiencias concentrada donde el encartado Andrade Tuerquia fue interrogado por parte del señor Juez acerca de si aceptaba o no los cargos formulados por la Fiscalía, requerimiento al que éste consintió negativamente, entonces no es cierto que no se le haya indagado de si se consideraba culpable o inocente.

Una vez abierto el juicio oral y escuchado el audio de la diligencia, se tiene que como primera y única prueba testimonial el señor fiscal citó a declarar a la propia víctima Yudith Andrea Cataño González, a quien el señor Juez en buena medida no solo la alertó sobre el contenido de los artículos 383 y 385 del Estatuto Procesal Penal, frente a las excepciones legales y constitucionales que la cubrían para no declarar en contra de su compañero permanente, sino que también le anunció el artículo 33 de la Constitución Política que hace referencia al mismo tema, esto es, que no estaba obligada a declarar, entre otros, en contra de su compañero permanente; no obstante dicha amonestación la testigo señaló estar dispuesta a rendir su testimonio, por lo que no es cierto tampoco lo manifestado por el accionante en el sentido de que su excompañera no fue alertada sobre este asunto.

Así mismo, se tiene que el testimonio de la señora Cataño González en juicio oral se nota claro, coherente, fluido y dentro del mismo relata una serie de pasajes de maltrato físico y verbal del que ha sido víctima durante la convivencia con el señor Andrade Tuerquia y que la han llevado a denunciarlo en diversas oportunidades ante la fiscalía; nótese como incluso se atrevió a delatar que un día antes de esta diligencia fue abordada por el actor, quien la agredió nuevamente y la intimidó para que no se presentara a dicha audiencia; relato del cual difícilmente se puede evidenciar que la testigo hubiera sido objeto de coacción, presión o algún tipo de imposición por parte del señor fiscal para declarar como en efecto lo hizo en contra del accionante.

Luego en desarrollo de la misma diligencia se dio lugar a la presentación de algunas estipulaciones probatorias, entre ellas la valoración médico legal practicada a la víctima por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal frente al hallazgo encontrado en la señora Cataño González, esto es, el mecanismo que causó el daño, la incapacidad médico legal y las lesiones causadas por la afectada.

De ahí entonces que el Juzgado de Conocimiento considerara en su providencia, que en este caso con la prueba recaudada era suficiente para estructurar un juicio de responsabilidad en contra del señor Jhon Sebastián Andrade Tuerquia por el delito de Violencia Intrafamiliar conforme al artículo 229 del Estatuto Penal.

Es que no se hace necesario una multiplicidad de pruebas como así lo pretende quien acciona, para poder determinar la participación de un imputado en determinados hechos así como su responsabilidad en los mismos, pues como en el presente caso solo bastó con el testimonio de la

víctima y que encontró respaldo probatorio en el dictamen médico legal practicado a la señora Cataño González, para estructurar un juicio de responsabilidad en cabeza del accionante Andrade Tuerquia que culminó con una sentencia condenatoria en su contra.

Revisada la providencia atacada se observa que el Juzgado fallador partió de la pena mínima establecida por el legislador para el delito imputado al señor Jhon Sebastián Andrade Tuerquia, esto es, 48 meses de prisión límite dentro del cual le era permitido ubicarse, por lo no es factible como pretende el actor considerar que no se podía hacer alusión a la Ley 1959 del 2019 por ser posterior a los hechos, pues que dicha modificación en nada transformó la pena para el delito de Violencia Intrafamiliar, antes por el contrario, el Despacho fallador decidió no tener en cuenta el incremento punitivo consagrado en el inciso 2º del Artículo 229 del Estatuto Penal, por lo que sin duda alguna resultó más beneficiosa para el actor.

Ahora el señor Andrade Tuerquia en su afán de encontrar una salida al inconveniente en el que se encuentra sumergido, presenta una declaración extrajuicio rendida por la señora Yudith Andrea Cataño González ante Notaría, la que no es posible ahora atender porque la misma no fue debidamente introducida al proceso y menos aún valorada por el Juez fallador; además, se debe tener en cuenta que en esta actuación la señora Cataño González compareció al juicio oral a rendir testimonio y fue precisamente este uno de los soportes para el proferimiento de la sentencia en su contra; adicionalmente se tiene que

no es de la esencia de la acción de tutela el proceso de valoración probatoria.

En cuanto al derecho a la defensa se tiene que el sentenciado Andrade Tuerquia siempre estuvo acompañado por un defensor que lo asistió en todas las diligencias, incluso desde el principio fue asesorado sobre las implicaciones de la conducta investigada así lo hizo saber el propio apoderado judicial, además en el juicio oral se encargó de conainterrogar a la víctima al momento de rendir su testimonio y presentó alegatos de conclusión.

De igual manera se tiene que tal como así lo puso en evidencia el abogado que lo representó, el actor luego de la audiencia concentrada se separó del proceso y solo fue posible contactarlo antes de la audiencia de juicio oral donde le explicó los posibles resultados de la diligencia; además de declarar que fue el mismo sentenciado quien no mostró interés en aportar elementos materiales probatorios para emplear en su favor en juicio oral.

Por último, se tiene que en contra de la sentencia del 31 de enero del 2020, donde se decidiera condenar al señor Andrade Tuerquia a la pena de 48 meses de prisión, como responsable del delito de Violencia Intrafamiliar no medió ningún recurso, lo que hace aún más improcedente la presente acción.

Con todo lo anterior, no aprecia entonces la Sala que en los argumentos que expone el actor en su escrito de tutela se configure algún defecto de procedibilidad, que haga evidente la vulneración de derechos fundamentales y que en esa medida sea necesaria la intervención del Juez de tutela para conjurar tal situación; y ahora

como si la acción de tutela fuera una instancia más pretende que se revise el pronunciamiento realizado por el Despacho de Conocimiento al momento de imponer la pena en su contra, situación que de manera alguna está contemplada como motivo que válidamente admita una acción de tutela contra providencias judiciales.

Circunstancias por las cuales el amparo incoado contra la providencia judicial que se está atacando en esta oportunidad, no es procedente.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales, ante la contingencia del aislamiento social obligatorio y conforme a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura- acuerdo PCSJA20-11581 .

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión, sede Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar improcedente la solicitud de amparo elevada por el sentenciado Jhon Sebastián Andrade Tuerquia, en contra del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrío, Antioquia; de conformidad con las consideraciones plasmadas en precedencia.

Desvincular de esta acción de amparo a la Fiscalía 060 Local y a la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario, ambos de Puerto Berrío, así como también al doctor Germán Castañeda como defensor público del sentenciado Andrade Tuberquia y a la señora Yudith Andrea Cataño González en calidad de víctima.

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

Código de verificación:

a35cfda231fb7b935499ff000b87296d6674e89

9b60403fa143feb29a9af0f9b

Documento generado en 13/07/2020

09:34:25 AM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No.: 05837310400220200009000 **NI.:** 2020-0480-6
Accionante: ADÁN CHAVERRA
Accionado: NUEVA EPS
Decisión: Anula y Confirma
Aprobado Acta virtual 43 **Sala No.:** 06

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

Medellín, julio catorce del año dos mil veinte

VISTOS

Consulta el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo la providencia del 18 de junio del año 2020, por la cual sancionó por desacato al fallo de tutela a los doctores Danilo Alejandro Vallejo Guerrero en calidad de Vicepresidente de Nueva EPS, y al doctor Fernando Adolfo Echavarría Díez como representante legal Regional Noroccidente de la misma entidad.

TRÁMITE DEL INCIDENTE

Mediante escrito allegado al referido Despacho judicial el pasado 08 de junio del 2020, el señor Adán Chaverra da cuenta del incumplimiento de Nueva EPS frente a la sentencia proferida el día 19 de mayo del mismo año, que amparó sus derechos fundamentales.

El señor Juez *a-quo*, no sin antes agotar el requerimiento previo, en auto del once (11) de junio del 2020 procede a dar apertura al incidente de desacato por incumplimiento al fallo de tutela, en contra de los doctores Danilo Alejandro Vallejo Guerrero en calidad de Vicepresidente de Nueva EPS, y Fernando Adolfo Echavarría Díez en calidad de representante legal Regional Noroccidente de la misma entidad, concediéndoles un término de dos (02) días

para que informaran acerca del cumplimiento del fallo de tutela que data del 19 de mayo de los corrientes, proferido en favor del señor Adán Chaverra.

No obstante haberse recibido respuesta por parte de la entidad incidentada, el Juez A-quo mediante auto del 18 de junio de la presente anualidad, procede a imponer sanción en contra de los doctores Danilo Alejandro Vallejo Guerrero en calidad de Vicepresidente de Nueva EPS, y Fernando Adolfo Echavarría Díez en calidad de representante legal Regional Noroccidente de la misma entidad, consistente en tres (3) días de arresto y multa por valor de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Establecidos los antecedentes y el trámite del incidente, el Juez *a-quo* analizó el caso concreto.

Señaló que la finalidad del incidente de desacato previsto en los artículos 23, 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, como una de las facultades correccionales que tienen los órganos jurisdiccionales, es precisamente la de garantizar la realización efectiva de los derechos fundamentales protegidos por vía de la acción de tutela. Refiere que a diferencia de otras sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, tales como las penales o disciplinarias propiamente dichas, que buscan fundamentalmente sancionar la violación de los tipos de tal naturaleza, el propósito fundamental del desacato es lograr la eficacia de la orden dada.

Continúa su relato señalando que el desacato exige una rebeldía consciente y voluntaria del accionado, encauzada al desobedecimiento y desconocimiento negligente de la orden judicial de tutela. Refiere que la sola verificación objetiva del incumplimiento de una sentencia de tutela no conlleva automáticamente a la imposición de la sanción, ya que además se debe constatar la responsabilidad subjetiva del obligado, evidenciada en una renuencia a cumplir pese a los requerimientos.

Apunta que no existe razón alguna para que Nueva EPS a la fecha no haya cumplido con la petición presentada por el accionante, significando ello que la vulneración del derecho fundamental a la salud del actor por parte de la entidad accionada aún continúa, sin que haya alcanzado eco ni la orden del fallo ni tampoco el trámite del incidente de desacato.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta que la sanción por desacato debe ser objeto del grado jurisdiccional de Consulta, corresponde examinar a esta Sala de Decisión si los doctores Danilo Alejandro Vallejo Guerrero en calidad de Vicepresidente de Nueva EPS y Fernando Adolfo Echavarría Díez como representante legal Regional Noroccidente de la misma entidad, desobedecieron el fallo de tutela del 19 de mayo del 2020 y, se harían en consecuencia acreedores a las sanciones previstas por la ley.

Ahora, para mayor comprensión de la decisión a tomar en el presente trámite incidental, se tiene que efectivamente el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo en sentencia del 19 de mayo de los corrientes, amparó los derechos fundamentales invocados por el señor Adán Chaverra, ordenando en los numerales 2º y 3º de su parte resolutive lo siguiente:

“.....En consecuencia, se ORDENA a la NUEVA EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a autorizar y suministrar los medicamentos denominados TAMSULOSINA 0.4MG CAPSULAS DE LIBERACION MODIFICADA 1 CAP. APIXABAN 5MG TABLETAS 5MG al señor ADAN CHAVERRA en las especificaciones ordenadas por el médico tratante. TERCERO: Se ordena a la NUEVA EPS brindar al señor ADAN CHAVERRA, todo el TRATAMIENTO INTEGRAL que requiera respecto a su diagnóstico denominado “NEUMONIA NOSOCOMIAL COMPLICADA, POR DRENAJE DE PERITONITIS, PERITONITIS SECUNDARIA A PERFORACION DE SIGMOIDES POR DIVERTICULITIS”.

El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, estableció que “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 veinte 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”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Adicionalmente que *“La sanción será impuesta por el mismo Juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”*

Ahora de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, emanan dos facultades del Juez de tutela: Velar por su efectivo cumplimiento para lo cual puede disponer de mecanismos ágiles, eficaces y oportunos para obligar a la autoridad o persona que violó o desconoció un derecho fundamental y destinatario de una orden para que cumpla con lo dispuesto por el funcionario judicial y restablezca, en los términos fijados por él, el derecho violado o amenazado. O bien la potestad sancionatoria como reflejo de su poder disciplinario que aun siendo una de las maneras extremas para lograr el cumplimiento de la decisión, no agota la obligación del Juez para alcanzar ese propósito.

Así las cosas, teniendo en cuenta que como quiera que el desacato hace parte del derecho sancionatorio por el incumplimiento a una orden impartida por un Juez Constitucional, el sujeto pasivo objeto del mismo es titular de todas las garantías procesales que le asiste a cualquier proceso, máxime, cuando con el incidente de desacato lo que se busca es imponer una sanción por el incumplimiento de una orden judicial.

Ahora, corresponde a esta Sala de decisión determinar la legalidad de la providencia consultada en esta oportunidad, estando limitado el estudio sólo a la actuación sancionatoria, así lo ha expresado la alta Corporación Constitucional.

2.1.1. *“Como parte del trámite del incidente de desacato se contempla igualmente la consulta, como un grado de jurisdicción que procede sin*

necesidad de solicitud de ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.¹ En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela. Al tener como finalidad establecer la legalidad del auto consultado, su estudio se debe limitar a esta providencia, y no más, siendo imposible que su estudio de legalidad recaiga sobre la providencia de tutela cuyo incumplimiento se alega². ”³

Una vez revisada la actuación y la sanción impuesta, se tiene que la decisión acogida por el Juez *a quo* en cuanto al representante legal de la Regional Noroccidente de Nueva EPS doctor Fernando Adolfo Echavarría Díez, se adoptó conforme a derecho y respetando el derecho de defensa que le asiste al incidentado, pues se advierte que la notificación tanto del auto que da apertura al trámite incidental como de la decisión que sanciona por desacato se realizaron en debida forma, toda vez que la primera de ellas le fue notificada mediante oficio 370 del 11 de junio del 2020, y la segunda a través del oficio 380 del 18 del mismo mes y año, ambos remitidos al correo electrónico habilitado por esa Entidad Promotora de Salud para estos fines, comunicaciones debidamente confirmadas.

Igualmente, debe advertir la Sala que se dispuso de manera oficiosa, a requerir a los doctores Danilo Alejandro Vallejo Guerrero y Fernando Adolfo Echavarría Díez en calidad de representantes legales de Nueva EPS, para que allegaran a esta Sala pruebas del cumplimiento del fallo de tutela, lo que se hizo a través de los correos electrónicos secretaria.general@nuevaeps.com.co, diego.ramirez@nuevaeps.com.co.

¹ *Ibíd.*

² Sentencia T-421 de 2003.

³ Corte Constitucional, sentencia T-527 del 9 de julio del 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Ahora, esta Sala obtuvo comunicación con el señor Adán Chaverra, a quien se indagó acerca de si Nueva EPS le había dado cumplimiento al fallo que es objeto del presente trámite incidental, manifestando éste que la Entidad accionada aún no ha cumplido con lo ordenado en la sentencia de tutela.

De acuerdo a lo anterior, lo que procedería en este caso sería confirmar la determinación del Juzgado de primera instancia; sin embargo, se observa que el trámite incidental adelantado adolece de una irregularidad que impide el pronunciamiento de la Sala, respecto de la sanción impuesta al señor Vicepresidente de la entidad demandada.

Ha considerado la Sala en previos incidentes de desacato conocidos en sede de consulta, que para poder sancionar como en este caso se hizo, al Representante Legal a nivel nacional de cualquier Entidad Promotora de Salud, se hace necesario que antes de dar apertura al respectivo incidente de desacato se debe REQUERIR, en calidad de superior de quien tiene la obligación de cumplir las órdenes judiciales proferidas en los fallos de tutela, a fin de que éste haga cumplir la sentencia, luego se ordenará la apertura del proceso contra éste en caso de no haber procedido conforme lo dispuesto, en todo caso, se deberán tomar las medidas tendientes al cumplimiento de la determinación.

Es así como el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, señala lo siguiente:

Artículo 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo 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.

Si bien se puede observar que el señor Juez de instancia efectivamente dio apertura al trámite incidental, en contra del doctor Danilo Alejandro Vallejo Guerrero en calidad de Vicepresidente de Nueva EPS y de Fernando Adolfo Echavarría Díez como Gerente Regional Noroccidente de la misma entidad, lo cierto es que omitió requerir previamente al doctor Vallejo Guerrero para exhortarlo a que hiciera cumplir lo ordenado en el fallo de tutela.

Considera esta Sala entonces, que nos encontramos con una decisión que frente al trámite sancionatorio realizado en contra del doctor Danilo Alejandro Vallejo Guerrero en calidad de Vicepresidente de Nueva EPS, no es posible confirmar pues, se reitera, se pasó por alto requerirlo antes de dar apertura al incidente de desacato.

En consecuencia, se decretará la nulidad de la sanción impuesta al doctor Danilo Alejandro Vallejo Guerrero en calidad de Vicepresidente de Nueva EPS, y confirmará la aplicada al doctor Fernando Adolfo Echavarría Díez como Gerente Regional Noroccidente de la misma entidad.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales ante la situación de aislamiento social obligatorio por la contingencia de la pandemia del COVID-19, conforme a los lineamientos del Consejo Superior de la Judicatura sobre trabajo virtual

Las razones anteriores, son suficientes para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVA

1º.- CONFIRMAR la sanción impuesta mediante providencia del pasado 18 de junio del 2020, al doctor Fernando Adolfo Echavarría Díez como Gerente Regional Noroccidente de Nueva EPS; de conformidad con la parte motiva de esta decisión.

2°DECRETAR LA NULIDAD del trámite sancionatorio adelantado al doctor Danilo Alejandro Vallejo Guerrero en calidad de Vicepresidente de Nueva EPS, conforme a las precisiones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

TERCERO: REMITIR la actuación al Juzgado de origen, para que imprima a la misma el trámite incidental correspondiente.

Infórmese de esta determinación a los intervinientes.

CÓPIESE y CÚMPLASE

Firma electrónica
Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Aprobado correo electrónico
Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Aprobado correo electrónico
Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA

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

Código de verificación:

ea0a32607da1649fda5749584f68858952234e6c805c93db88948b238148419e

Documento generado en 14/07/2020 10:39:20 AM

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

Medellín, julio catorce (14) de dos mil veinte (2020)

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) -2ª Instancia.
CUI : 05-042-60-00-366-2019-00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes
Decisión : **Confirma**

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual de
la fecha. Acta N° 059

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la Fiscalía delegada y el defensor de los procesados CARLOS MARIO JIMÉNEZ y JORGE OSVALDO TORO MANCO, frente a la decisión proferida el día *30 de mayo de 2019*, por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia*, según la cual se improbió el preacuerdo suscrito entre las partes, al interior de la actuación que se sigue en contra de los mencionados por la conducta punible de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*.

RECUESTO FÁCTICO

Fue resumido en el respectivo escrito de preacuerdo en los siguientes términos:

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

“...el día 23 de enero de 2019, a eso de las 6:00 horas, mediante puesto de control ubicado en el kilómetro 115-000 de la vía que conduce de Santa Fe de Antioquia al municipio de Dabeiba, Antioquia, sector la Vara jurisdicción de este municipio, el patrullero Maycol Leyton Martínez adscrito a la entidad SETRA DENAT, Estación de policía de San Jerónimo, quien se encontraba regulando la circulación vehicular y peatonal, procede a hacerle señal de pare al vehículo automóvil marca Renault; línea Twingo, modelo 2007, servicio particular; de placa FCW 358, el cual estaba siendo conducido por el ciudadano Jorge Osvaldo Toro Manco, llevando como acompañante al ciudadano Carlos Mario Jiménez. Continuando el policial con el procedimiento, le solicita al conductor del vehículo abrir el maletero, observando de manera inmediata que allí se encontraban tres (03) bolsas plásticas de color negro de gran tamaño, notando que los ocupantes del vehículo asumieron una actitud sospechosa, por lo que procede a verificar el contenido de una de dichas bolsas hallando en su interior un paquete cubierto con cinta beige del cual se desprendía un fuerte olor y al abrir este paquete logra divisar que alojaba en su interior varias bolsas plásticas de cierre hermético transparente que en su interior contenían una sustancia vegetal con características similares a la marihuana. De igual forma, procede el policial a abrir las otras dos (02) bolsas, las cuales contenían en su interior las mismas sustancias vegetales, para un total de SETENTA Y CINCO (75) BOLSAS PLÁSTICAS DE CIERRE HERMÉTICO TRANSPARENTE que en su interior contienen una sustancia vegetal color verde con características similares a la marihuana.

Llevada a efecto la diligencia de Identificación Preliminar Homologada (PIPH) a la sustancia incautada, por parte del investigador criminalístico LUÍS ALBERTO ÁVILA BASTO, adscrito al CTI de la Fiscalía, dio POSITIVA para CANNABIS (MARIHUANA) Y SUS DERIVADOS, arrojando un PESO NETO de TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE PUNTO CINCO(37.277.5) GRAMOS.”

(...)”

ANTECEDENTES

La presente controversia tiene lugar antes de

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

la formulación de acusación, a raíz de la presentación ante el funcionario de conocimiento, *Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia*, del preacuerdo logrado entre el Delegado de la Fiscalía General de la Nación, la defensa y los acusados, en torno de la aceptación por parte de estos últimos de los cargos, a cambio de que el ente instructor varíe la calificación de la conducta de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, por la de *Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud*, al tenor del *canon 374 del C.P.*; así mismo, las partes pactaron como sanción penal, cinco años de prisión, con derecho al sustituto de la prisión domiciliaria para el acriminado conforme al artículo 38B *ibídem*.

Dicho convenio fue radicado por las partes ante el funcionario de conocimiento, y una vez fijada la fecha del *30 de mayo de 2019* para la respectiva audiencia de formulación de acusación, tuvo lugar la verificación respectiva, siendo la decisión del *A quo*, la de improbar el mismo.

DECISIÓN OBJETO DE APELACIÓN

Con apoyo en la sentencia SP594 del 27 de febrero de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, señala el Juez de primer grado que por lo general el preacuerdo suscrito entre las partes es vinculante, sin embargo, cuando se afecta el principio de legalidad o las garantías fundamentales de las partes, la judicatura tiene el deber de apartarse de la negociación improbando la misma.

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

En ese orden de ideas, refiere el A quo que el artículo 68A contempla en sus exclusiones el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes para el otorgamiento de sustitutos penales, y en ese sentido advierte que según el artículo 350 numeral 2º, al tipificar la conducta de otra manera, la intención verdadera es evadir esa prohibición legal; de ahí que luego de variar la calificación en forma más benévola se otorga un segundo beneficio, como lo es eludir la exclusión consagrada en el mencionado canon 68A.

Recuerda de cara al citado precedente jurisprudencial, que la hipótesis factual de la acusación obliga al encuadramiento de la conducta desplegada por los procesados en el inciso primero del artículo 376, debido a que transportaban en un vehículo 37.277.5 gramos de marihuana, que es una sustancia estupefaciente y por lo tanto, el delito se encuentra incluido en el capítulo alusivo al tráfico de estupefacientes; luego al variarse la calificación jurídica a la descrita en el artículo 374 de la Ley penal, ello no atiende a los elementos descritos en esa conducta porque de lo que allí se trata es de sustancias nocivas para la salud y además, está incluido en el capítulo que comprende las afectaciones a la salud pública, concluyendo que, ello no corresponde a los hechos relatados por la Fiscalía, desconociéndose el principio de congruencia.

En ese sentido, el A quo imprueba el

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

preacuerdo examinado.

DE LA ARGUMENTACIÓN ORAL

LA DEFENSA:

Expone que la sentencia citada por el señor Juez no es vinculante y en consecuencia su acatamiento no es obligatorio. Reconoce además que el Juez no es un convidado de piedra, y considera que es perfectamente viable la variación jurídica de la conducta en aras de aminorar la pena a imponer, luego de lo cual es también factible estipular las consecuencias jurídicas para el procesado, a tono con la conducta pactada, de ahí que en tal escenario no se configure un doble beneficio.

Así las cosas, sostiene que según los artículos 348 y 350 de la Ley procesal penal, lo consensuado atiende los presupuestos de procedibilidad en el sentido que se advierte un mínimo probatorio que permite la variación de la conducta según sucedió, manteniéndose los elementos estructurales del tipo; que además, se respetan las garantías fundamentales de las partes y por ende, una aceptación libre y voluntaria de sus prohijados frente a los términos de la conducta punible endilgada, y en ese orden de ideas, no existe ninguna circunstancia que permita a la judicatura ejercer un control material sobre el acuerdo puesto a su consideración.

Además insiste en que la Fiscalía es la única

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

autorizada para tipificar las conductas y por lo tanto el Juez no puede interferir en lo acordado, y al respecto cita sentencia de la Corte Constitucional, C-1260 de 2005, y de la Corte Suprema de Justicia, SP931 de 2016 y SP2168 de 2016 para señalar el abanico de posibilidades que pueden presentarse al momento de celebrar un preacuerdo entre las partes, incluyendo la readecuación típica de la conducta siempre y cuando exista relación con el supuesto de hecho imputado, que es lo efectivamente sucedido en el caso a examen.

Por los anteriores argumentos estima que la decisión del A quo debe ser revocada y, en su lugar, avalar lo preacordado.

NO RECURRENTES

FISCALÍA:

Considera que el preacuerdo suscrito es razonable por cuanto no se desconoce el núcleo fáctico del tipo penal por el cual se dio la variación de la conducta delictiva, y desde una interpretación amplia de las normas, las conductas en cuestión se encuentran dentro de los delitos que afectan la salud pública; por lo que en su criterio, lo actuado respeta los diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en torno a la facultad reglada de la Fiscalía para tipificar la conducta en una negociación.

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

En cuanto al otorgamiento de la prisión domiciliaria, cree que se trata de una consecuencia jurídica procedente al mutarse el nomen iuris de la conducta, y de cara a los artículos 38B y 68A de la Ley 599 de 2000.

MINISTERIO PÚBLICO:

Estima que se desbordó el margen de razonabilidad de los preacuerdos, desdibujándose la hipótesis factual y, de contera, se vulneró el principio de legalidad y el debido proceso, y son los mismos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia lo que habilitan la intervención del Juez para ejercer un control material en aquellos casos donde se configura una mutación arbitraria del núcleo fáctico de la imputación, como sucedió en el radicado 45594, del 5 de octubre de 2016; radicado 45964, del 27 de septiembre de 2017.

Estima que un preacuerdo en esos términos, conduce a eludir la prohibición legal fijada en el artículo 68 A del Código Penal, para otorgar beneficios y sustitutos penales, para delitos como el de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, lo que en su criterio, sí comporta un doble favorecimiento para los acusados, apoyándose así mismo en las decisiones antes citadas e igualmente en la SP594 del 27 de febrero de 2019, que reitera la T 448 de 2018, de la Corte Constitucional.

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

Aprueba por lo tanto que lo indicado es confirmar la decisión de instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De lo que aquí se trata es de establecer si le era permitido al Juez de instancia improbar el preacuerdo, como en efecto lo hizo, suscrito entre la Fiscalía y los procesados, a través del cual éstos, con la debida asesoría de la defensa, aceptaron los cargos por la comisión de la conducta punible de *"Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud"* y la consecuente imposición de una pena equivalente a *5 años de prisión, multa de 200 smlmv y el otorgamiento del sustituto de la prisión domiciliaria*, cuando en la imputación se les había atribuido el delito de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, inciso 1º del artículo 376 de la Ley penal, por considerar el funcionario que el pacto desconoce el principio de legalidad y tipicidad estricta.

En lo que atañe al tema de la variación de la calificación jurídica, como objeto del preacuerdo, hay pleno consenso sobre su viabilidad, y en ello cobra vigencia la providencia proferida por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, *Rad. 44906.*, el *veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014)*, en la que se alude a otras anteriores como las fechadas el *20 de noviembre de 2013*,

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

*Rad. 41570 y el 15 de octubre de 2014, Rad. 42184, decisiones en las que la alta Corporación sostuvo que: “(...), la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia **que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito**, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado.”(Negritas fuera del texto original).*

Igualmente, son claras las limitaciones respecto al control del Juez sobre los actos en materia de la terminación temprana del proceso por la vía del allanamiento a cargos o de los preacuerdos, en armonía especialmente con los últimos pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, en cuanto otorgan un carácter verdaderamente excepcional a dicho control, como es el caso de la decisión radicada con el *No. 43356 del 3 de febrero de 2016*, en la que se hacen precisiones sobre la imposibilidad de hacer valoraciones sobre los términos del preacuerdo, a efectos de salvaguardar el rol del Fiscal en la configuración del presupuesto fáctico y jurídico que sirve de soporte al acuerdo que se presenta a consideración del Juez, como quiera que si éste,

“...no adopta decisión alguna e interviene de

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

cualquier otro modo para alterar tal calificación, lo único que haría sería alterar el equilibrio procesal entre la acusación y defensa, en detrimento de la imparcialidad que le es exigible.

En efecto, si la intervención informal del juez está dirigida a modificar los límites punitivos del acuerdo en detrimento de los intereses del procesado, estaría actuando en pro de la función que le asiste a la Fiscalía como órgano de persecución. En cambio, si interviene para mejorar la situación jurídica del acusado en el acuerdo, estaría evidenciando un interés de índole particular en el proceso.

En cualquiera de estas dos situaciones, el funcionario, además de vulnerar ostensiblemente la imparcialidad, estaría desconociendo el presupuesto primordial del principio acusatorio, según el cual en el proceso penal nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo". (Sala de Casación Penal, SP931-2016, Rad.43356. M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez).

Empero, ello no significa que en eventualidades delictivas, como la que aquí ocupa nuestra atención, se le esté prohibiendo de manera radical al funcionario improbar los preacuerdos cuando se han producido con violación de garantías fundamentales, o con inobservancia del principio de legalidad o que resulten ilógicos o irrazonables; y para el efecto resulta bien significativo el siguiente aparte de la misma sentencia -Rad.43.356-:

“En AP de octubre 16 de 2013, Radicado 39886, consideró la Sala:

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

La función requirente, no cabe duda, está en manos de la Fiscalía, y la jurisdiccional en las del juez; axioma que se desdibuja cuando el juzgador se ocupa de corregir, cuestionar o enmendar –a su manera- el contenido de la acusación.

3.3.1. *En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras¹, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica.” (Resaltado fuera del texto original)*

Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

10.- *Esta reseña jurisprudencial, para denotar que*

¹Artículo 5. “Imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”.

Artículo 10. “Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial... El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales... El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”.

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

la doctrina de esta Corte ha sido persistente en indicar que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no sólo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.”(Subrayas nuestras)

Además, bueno es precisarlo, frente al tema no ha existido siempre una postura pacífica en la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, pues en fallo de tutela del veinte (20) de mayo de dos mil catorce (2014), Radicado No. 73555, se permite, con mayor flexibilidad, en casos como el presente, este tipo de control por parte del Juez, no obstante las amplias facultades del ente acusador, especialmente en materia de la terminación temprana del proceso por la vía del allanamiento a cargos o de los preacuerdos. Y ese papel protagónico del Juez en procura de preservar los valores y principios propios de un Estado Social y Democrático de Derecho, es también resaltado por la H. Corte Constitucional en la *sentencia C — 591 de 2005*, pues,

“...la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material”.

Desde esa perspectiva, nada impide a la Sala abordar la problemática planteada para concluir que es totalmente improcedente la referida variación de la tipificación de la conducta, al observarse de entrada, la ostensible irregularidad que conlleva su inclusión como parte esencial del convenio al que llegaron las partes, desconociendo flagrantemente que de acuerdo a la jurisprudencia, sólo puede ser objeto de negociación siempre y cuando se respeten los parámetros de Ley, lo que aquí, como se verá, no acontece.

Y es que en efecto, acceder al cambio de la calificación jurídica de una conducta punible de tan ostensible gravedad como la que fue objeto de la imputación, por la tipificada en el *canon 374 C.P.*, como materia del acuerdo, es algo carente de un mínimo de razonabilidad, y con efectos vulneradores del principio de legalidad y de tipicidad estricta, pues por parte alguna de la realidad fáctica se proyecta la configuración del nuevo punible, el que conlleva a la vez la reducida sanción de apenas *60 meses de prisión* y además el reconocimiento del sustituto de la *prisión domiciliaria*, desconociendo el ente acusador que se está nada más y nada menos que frente al transporte de 37.277.5 gramos de marihuana (más de 37 kilos) ocultos en el vehículo en que se movilizaban CARLOS MARIO JIMÉNEZ y JORGE OSVALDO TORO MANCO, por

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

la vía que conduce del municipio de Santa Fe de Antioquia a Dabeiba.

Como puede verse, es un delito de considerable gravedad, de gran impacto social con evidentes posibilidades de trascender las fronteras patrias, lo que por supuesto incrementa la intensidad del injusto por incidir de la peor manera no sólo en la salud pública y en la economía, sino como factor de violencia e inseguridad, atado por lo general al proceder de grandes y bien organizadas estructuras criminales que azotan el país y concretamente el occidente del departamento de Antioquia.

El anterior análisis, además del mencionado soporte legal y jurisprudencial, cuenta con un pronunciamiento de mayor relevancia de la H. Corte Constitucional y que despeja cualquier duda al respecto, como lo es la reciente sentencia *SU-479 del 15 de octubre del año 2019, M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado*, que si bien defiende la discrecionalidad reglada de la Fiscalía General de la Nación, preserva igualmente la facultad del Juez para controlar los preacuerdos en aquellos eventos en los que ente acusador escoge el tipo penal al margen los hechos del proceso y sin un mínimo soporte probatorio:

“(…)

A partir de lo anterior, considera la Sala que, así como se requiere un mínimo de evidencia que permita inferir la

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

autoría de la conducta por parte del imputado o acusado para que no se comprometa la presunción de inocencia del procesado y se pueda realizar el preacuerdo, también se requieren elementos materiales probatorios o evidencias físicas al menos sumarias que acrediten las circunstancias de menor punibilidad que se alega influyeron en la perpetración del delito.

De nuevo, advierte la Sala que esta línea interpretativa de la Corte Suprema de Justicia que exige un mínimo de prueba de las circunstancias de menor punibilidad resulta ser la que se ajusta a la ratio decidendi de la Sentencia C-1260 de 2005 de esta Corporación. Conforme a esta sentencia que constituye cosa juzgada constitucional, el Fiscal no podrá seleccionar libremente o modificar el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso. Lo anterior indica, sin duda alguna, que para el reconocimiento de las circunstancias del artículo 56 del C.P. al celebrarse preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel tampoco tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, “pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso”^[281]. (...). (Subrayas del Despacho)

Consideraciones por supuesto aplicables en este particular, pues no solo cobijan circunstancias de atenuación punitiva como única utilidad obtenida con la negociación, sino también, como aquí acontece, la selección de un tipo penal más favorable, lo que deja en claro la H. Corte Suprema de justicia en sentencia SP2073-2020, Rad.52.227. M. P. Dra, Patricia Salazar Cuéllar, con sustento igualmente en el referido fallo SU-479:

“Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son calificados como constreñimiento ilegal, o a alguna faceta de la culpabilidad, como en los casos estudiados en la SU479, donde, sin

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

base factual, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal”.

(...)

“A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes.”

En contravía del criterio de las altas Corporaciones, se aparta entonces el delegado de ente instructor de la realidad fáctica con la nueva calificación jurídica, pues el punible tipificado en el canon 374 C.P. no obstante vulnerar el bien jurídico de la salud pública, lo hace de manera bien diferente al relacionado con las peligrosas sustancias psicotrópicas y/o estupefacientes que crean adicción - inciso 1º del artículo 376 *Ibidem.*, objeto de imputación-, toda vez que va dirigido preponderantemente a la sanción de conductas que eluden el control del INVIMA sobre sustancias o productos químicos que pueden resultar perjudiciales para la salud. En ese sentido valga destacar los siguientes apartes de la sentencia de Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de justicia del 21 de octubre de 2009. con Rad. 29655 M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas y que se ocupa precisamente del alcance del referido ilícito de *Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud:*

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

“... y de acuerdo con las funciones conferidas en el Decreto 1290 de 1995, corresponde al INVIMA ejecutar políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos medico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales, homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva...”

(...)

“Con la expresión se quiere denotar que la conducta será típica cuando no media autorización o permiso. Dicho de otra manera: las acciones descritas en la norma resultan penalmente irrelevantes cuando el agente desarrolla la acción bajo permiso o autorización extendida por autoridad administrativa”

(...)

“Excede todo límite sobre los riesgos socialmente tolerados la acción desplegada por una persona que contraviene normas que prohíben la utilización de determinadas sustancias o compuestos químicos que resultan nocivos para la salud pública, resultando como consecuencia de ello reprochable la conducta de los procesados”.

De ahí la necesidad que se imponga el ejercicio de la ponderación y sensatez en la elaboración de estos preacuerdos, especialmente por parte del ente instructor, para que las penas a imponer consulten realmente principios como el de proporcionalidad y razonabilidad frente a la naturaleza y la gravedad de la lesión inferida a los bienes jurídicamente protegidos, más aún cuando se trata de delitos

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

como los relacionados con el narcotráfico que ya bastante han flagelado a nuestra sociedad, siendo fuente, como se dijo, de otras conductas delictivas como las relacionadas con la vida e integridad personal, que de paso alteran la paz social.

Y es que de aceptarse la postura del ente acusador en el caso a estudio, prácticamente resultaría inaplicable a futuro, entre otros, el artículo 376 *del Código penal*, pues también tendría cabida en el canon 374 ídem, de la *Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud*, el transporte o comercialización de mil (1000) o más toneladas de cocaína, y hasta con derecho a la prisión domiciliaria para el narcotraficante capturado, conforme al artículo 38B *ibídem.*-

Por ende y según lo expuesto en líneas precedentes, es claro que el preacuerdo tuvo lugar con inobservancia del principio de legalidad y de tipicidad estricta, de ahí que con acierto fuera improbadado por el A quo, por lo que atendiendo además a los lineamientos legales y constitucionales, no queda otra opción que la de confirmar la decisión impugnada.

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, **CONFIRMA** la decisión adoptada en sede primera instancia por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán –*

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

Antioquia-, según la cual se improbió el preacuerdo logrado entre el Delegado de la Fiscalía General de la Nación, la defensa y el procesado, acorde a los fundamentos consignados en la parte motiva.

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

Por último, **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 trámite de la actuación.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

N° Interno : 2019-0722-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 042 6000 366 2019 00006
Acusado : Carlos Mario Jiménez
Jorge Osvaldo Toro Manco
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.

APR. SALA