

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 116

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante e DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2020-1147-3	Tutela 1° instancia	JORGE CORTÉS CAMPO	Juzgado de E.P.M.S. de El Santuario Ant, y otro	Niega por improcedente	Dic. 7 de 2020
2020-1074-2	Tutela 2° instancia	Jhon Faber Arias Montoya	Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro Antioquia	Decreta nulidad	Dic. 7 de 2020
2020-1077-4	Tutela 2° instancia	Diana Patricia Valencia Naranjo	U. A. E. para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.	Confirma fallo de 1° instancia	Dic. 7 de 2020
2020-1195-5	Tutela 1° instancia	Yeison Andrés Builes David	Juzgado Sexto de Ejecución de Penas de Cali	Remite por competencia	Dic. 9 de 2020
2020-0954-6	Sentencia 2° instancia	Hurto calificado y agravado	ALEXANDER SÁNCHEZ ALZATE Y OTROS	modifica fallo de 1° instancia	Dic. 9 de 2020
2020-1149-6	Tutela 1° instancia	Marcelino Tobón Tobón	Fiscalía General de la Nación y otros	Deniega por hecho superado	Dic. 9 de 2020
2020-1141-5	Auto 2° ley 906	actos sexuales con menor de 14 años	Luis Carlos Marín Londoño	Declara inadmisibles recursos	Dic. 9 de 2020
2020-0510-3	Sentencia 2° instancia	actos sexuales con menor de 14 años	SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ	Modifica fallo de 1° instancia	Dic. 9 de 2020
2020-0412-3	Sentencia 2° instancia	HOMICIDIO Y OTRO	YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO Y OTRO	Niega nulidad. Confirma fallo de 1° instancia	Dic. 9 de 2020
2018-0970-3	Sentencia 2° instancia	Hurto calificado y agravado	JORGE LUÍS GAVIRIA GARCÉS	Revoca fallo de 1° instancia. Absuelve	Dic. 9 de 2020
2019-1545-6	auto ley 906	ANTONIO JOSE ESCOBAR FLOREZ	.	fija nueva fecha de audiencia	Dic. 9 de 2020
2020-1144-3	Tutela 2° instancia	ALEXANDER ALFONSO GUTIÉRREZ IGIRIO	COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL	Confirma fallo de 1° instancia	Dic. 9 de 2020
2020-1130-3	Tutela 2° instancia	ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ	EPS COOMEVA Y OTRO	Confirma fallo de 1° instancia	Dic. 9 de 2020
2020-0826-4	Auto 2° ley 906	actos sexuales con menor de 14 años	Luis Carlos Correa	Confirma auto de 1° instancia	Dic. 9 de 2020
2020-1128-6	Tutela 1° instancia	LUIS FERNANDO VALENCIA LÓPEZ	Juzgado de E.P.M.S. de El Santuario Ant, y otro	Niega por hecho superado	Dic. 9 de 2020

FIJADO, HOY 10 DE DICIEMBRE DE 2020, A LAS 08:00 HORAS

~~ALEXIS TOBON NARANJO~~
~~Secretario~~

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

~~ALEXIS TOBON NARANJO~~
~~Secretario~~

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

Medellín, siete (7) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Aprobada mediante Acta N° 171 de la fecha

ASUNTO

Resolver en primera instancia la acción de tutela interpuesta por el señor **JORGE CORTÉS CAMPO**, contra el **JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA**, por la presunta violación de la libertad y el derecho a la resocialización, como se lee del libelo de demanda. Por estimarse procedente se vinculó al **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO**.

FUNDAMENTO

De acuerdo con el escrito de tutela, el ciudadano **JORGE CORTÉS CAMPO**, indicó que en el mes de abril solicitó al juzgado de ejecución que vigila su pena, la libertad condicional, por cumplir con los requisitos exigidos para su concesión.

Después de dos meses, obtuvo respuesta, negándose el citado beneficio por faltar 60 días, razón por la que alegó respetuosamente, pues dice estar seguro de su tiempo, y que es el instituto penitenciario quien no emitía los cómputos.

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

Sin recibir respuesta alguna, en el mes de octubre deprecó que se tuviera en cuenta el artículo 25 de la Resolución 6349 de 2016, que exige la actualización diaria de la cartilla bibliográfica, además, que se tuvieran en cuenta los 60 días que se cumplieron de manera física, con el fin de acceder a la libertad condicional.

Señala que recibió respuesta inmediata del Juzgado de ejecución de penas, pero negó la libertad condicional por la valoración de la conducta punible. Entiende que la valoración de la conducta es subjetiva, pero lo demostrado en su caso es la incomodidad de la Juez generada por sus peticiones, que le asiste razón.

Conforme al artículo 23 constitucional, tiene el derecho de promover peticiones respetuosas, y que estas sean respondidas y solucionadas en tiempo razonable, sin que sea justificable el retardo de la señora Juez, quien ha demorado más de dos meses en dar una respuesta.

Solicita se vincule al Ministerio Público, en relación con lo notificado en el mes de julio, donde niegan la libertad por la falta de los 60 días, con cómputos incompletos y redenciones que el INPEC no envió, y que tardó más de dos meses en responder la Juez, sin ni siquiera pedir la actualización de los documentos requeridos. En su concepto es prevaricato, delito gravísimo que debe ser investigado.

Pretende con la acción se tutelen el derecho a la resocialización, y se ordene a la Juez de ejecución de penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, conceder la libertad condicional, o en su defecto, le sea otorgada la libertad a través de esta acción. Asimismo, se le exija al INPEC, la actualización diaria y real de los cómputos y conductas de los internos.

TRÁMITE Y RESPUESTAS

Mediante auto de 25 de noviembre de 2020, se admitió la demanda, y se corrió el respectivo traslado para efectos de defensa y contradicción al **JUZGADO DE**

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA. Por ser procedente, se vincula al **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO**; obteniéndose las siguientes respuestas:

El **director (E) de Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Puerto Triunfo**, informa que la entidad es respetuosa de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, y en especial del accionante que ingresó el 18 de diciembre de 2017, para continuar purgando pena de 80 meses de prisión por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

Sobre los reproches del accionante, indica que, en el mes de septiembre de 2020, recibida la petición, se procedió a reunir los documentos exigidos y a enviarlos al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario.

Comenta que el 5 de noviembre de 2020, se emitieron los autos 4049 y 4050, con los cuales procedió a decidir de fondo la solicitud de libertad condicional. A pesar de cumplir el interno con las 3/5 partes de la pena, y arrojar un resultado positivo la resocialización del condenado, se negó por la valoración de la conducta punible.

Señala que el interno no apeló la decisión adoptada por el despacho executor, y dejó vencer los términos establecidos para ese fin; acudiendo directamente a la acción de tutela, haciendo uso indebido de ese recurso constitucional, ya que no está llamada a suplir el trámite establecido en el proceso penal.

Enfatiza que la aprobación o negación de la libertad que reclama el actor es competencia exclusiva del Juzgado que vigila la pena; por lo tanto, hay que distinguir el ámbito de competencia de cada funcionario en materia penitenciaria y carcelaria.

Considera que el CPMS Puerto Triunfo, no ha vulnerado derecho alguno al accionante; en consecuencia, solicita exonerar de toda responsabilidad la entidad

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

que representa. Anexa la cartilla bibliográfica del interno **JORGE CORTÉS CAMPO**.

Por su parte, el **Coordinador del Grupo de Tutelas de la Dirección General del INPEC**, dice que no es procedente la tutela contra la entidad, toda vez que no es de su competencia resolver lo planteado por el accionante, correspondiéndole directamente a la CPMS de Puerto Triunfo, a través de su equipo de trabajo, dar respuesta a lo solicitado por el interno. Solicita su desvinculación de la acción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

La Sala es competente para fallar acciones de tutela, de acuerdo a lo normado en el artículo 86 de la Constitución Política y en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la acción invocada es procedente para enervar los autos dictados por el **JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO**, por medio de los cuales denegó la libertad condicional al señor **JORGE CORTÉS CAMPO**, por el reparo propuesto por el precitado sentenciado en el escrito tutelar, en relación con los presupuestos para la concesión de ese beneficio.

DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se estableció como un mecanismo al que se puede acudir ante los jueces, en todo momento y lugar, cualquier persona, sea natural o jurídica, para que, mediante un pronunciamiento preferente y sumario, reclame la protección de sus derechos

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, o por un particular en los casos expresamente señalados por la ley.

Constituye un instrumento de carácter residual, que sólo opera cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

PROCEDENCIA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Al respecto, la legislación y la jurisprudencia han sido particularmente celosos en su regulación, toda vez que evidentemente existen valores igualmente importantes para el ordenamiento jurídico, que se impone salvaguardar, tal como lo es la seguridad jurídica, inherente al principio de la cosa juzgada y al mismo Estado de Derecho, al igual, que las garantías de imparcialidad e independencia del funcionario judicial, los que se verían seriamente afectados, si se permite, sin ninguna cortapisa, que por la vía de la acción de tutela, continuamente y sin límite alguno, se le restan efectos a pronunciamientos judiciales.

La Corte Constitucional en sentencia T-309 de 2012, del 24 de abril de 2012, sostuvo:

“Como lo ha reiterado la jurisprudencia la procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales es de carácter excepcional y para que se configure es preciso que se cumplan las siguientes condiciones:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional”.

“b. Que se hayan agotado 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 afecta los derechos fundamentales de la parte actora”.

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

“e. Que la parte actora 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 no se trate de sentencias de tutela”¹.

Sumado a las exigencias generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, también es necesario acreditar la existencia de por lo menos alguno de los requisitos o causales especiales de procedibilidad, fijados de igual manera por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así:

“i) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.

ii) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

iii) 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.

iv) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales² o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

v) 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.

vi) 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.

vii) 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 vulnerado³.

viii) Violación directa de la Constitución”⁴. Negrilla fuera de texto.

¹ Sentencia T – 925 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo, en la que reiteró lo dicho en la sentencia C- 590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

² C. Const., sent. T-522/01

³ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

⁴ Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

DEL CASO CONCRETO

En este evento, están estructurados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en tanto que, la cuestión que aquí se ventila involucra derechos de raigambre constitucional como la libertad, conculcados, a juicio del accionante, directamente por el **JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO** y el **ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO**.

En cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, el demandante cuenta con la acción de *habeas corpus* para intentar el amparo de su libertad, por lo que respecto de esa prerrogativa resulta improcedente la acción tuitiva.

También atacó las decisiones adoptadas este año, dentro de la ejecución de la pena, que resolvieron sobre la libertad condicional, en primera y segunda instancia, ante la posible incursión por parte de los accionados en alguno de los defectos que activan la procedibilidad de la acción de tutela, de lo cual se desprende, además, que el accionante ventiló lo relativo con su libertad condicional en las instancias legalmente constituidas para ello.

No puede perderse de vista que, en esos casos, no se ordenaría la concesión de la libertad condicional, sino que se dejarían sin efectos los proveídos censurados, para que, en su lugar, se dicten los de reemplazo, corrigiendo el eventual defecto, ante una vía de hecho.

Se advierte estructurado el requisito de la inmediatez, pues la acción de tutela se presentó en el 23 de noviembre de 2020, y las últimas decisiones que resolvieron sobre la libertad condicional fueron dictadas el 5 de noviembre de 2020, con autos 4049 y 4050, según informa el Centro Carcelario de Puerto Triunfo.

El actor identificó tanto los hechos como los derechos que creyó vulnerados, y los proveídos adoptados por las accionadas, no fueron fruto de una acción de una tutela.

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

En esa medida, procederá la Sala a establecer si en el caso puesto a consideración, las circunstancias planteadas por el actor estructuran al menos algún defecto que amerite el amparo demandado, o, por el contrario, se debe denegar.

En el caso *sub examine*, el accionante pretende dejar sin efecto los autos dictados por el **JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO**, con los cuales denegó la libertad condicional, pues a su juicio, se trata de decisiones arbitrarias, que demuestran la incomodidad de la Juez, ante la senda de peticiones que promueve en reclamo de sus derechos, y de los cuales le asiste razón; además, de una errada valoración de la conducta punible por la que fue sentenciado, sin tener en cuenta su proceso de resocialización, y que superó con creces los 60 días faltantes, argumento con el que inicialmente le fue negado el beneficio.

El artículo 64 del Código Penal, consagra los presupuestos para la concesión de la libertad condicional, modificado inicialmente por el artículo 5º de la Ley 890 de 2004. No existe discusión, de acuerdo con lo informado por el penal, que el Juzgado executor dio por cumplido la exigencia de las 3/5 partes, y que negó su concesión, por estimar que la conducta desplegada por el interno representa extrema gravedad, por el tipo de sustancia incautada.

Para lo que compete, la citada norma estipula que *“El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible...”*.

El aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en la C 194 de 2005, en el entendido de que dicha valoración deberá atenerse a los términos en que fue evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria por parte del juez de la causa. Luego, el artículo 64 del Código Penal tuvo una modificación por la Ley 1453 de 2011, pero no en el punto que incumbe, y por eso no es dado ahondar frente a ese particular.

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

Fue el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, el que modificó de nuevo el Código Penal, en el aspecto que concita. Con esa reforma: *El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos (...).*

Como el contenido del artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, es distinto al del artículo 5º de la Ley 890 de 2004, porque la nueva modificación al artículo 64 de la Ley 599 de 2000, eliminó la palabra “*gravedad*” que precedía la expresión conducta punible, la Corte Constitucional, con ocasión de una acción pública de inconstitucionalidad, dictó la sentencia C 757 de 2014, en la cual coligió que:

*“... la redacción actual el artículo 64 del Código Penal no establece qué elementos de la conducta punible deben tener en cuenta los jueces de ejecución de penas, ni les da una guía de cómo deben analizarlos, **ni establece que deben atenerse a las valoraciones de la conducta que previamente hicieron los jueces penales.** Este nivel de imprecisión en relación con la manera como debe efectuarse la valoración de la conducta punible por parte de los jueces de ejecución de penas afecta el principio de legalidad en la etapa de la ejecución de la pena, el cual es un componente fundamental del derecho al debido proceso en materia penal. Por lo tanto, la redacción actual de la expresión demandada también resulta inaceptable desde el punto de vista constitucional. En esa medida, la Corte condicionaría la exequibilidad de la disposición acusada. **Las valoraciones de la conducta punible que hagan los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados deben tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional**”.* Negrilla fuera de texto.

Pero eso no es todo, el artículo 64 del Código Penal, desde su redacción original, ha mantenido como presupuesto adicional que “... **su buena conducta (refiriéndose al condenado) durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena**”, por eso se mantiene vigente la interpretación que se dio al respecto en la C 194 de 2005, en el sentido que:

*“El juicio que adelanta el Juez de Ejecución de Penas tiene una finalidad específica, **cual es la de establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado.** En este contexto, el estudio del Juez de Ejecución no se hace desde la perspectiva de la responsabilidad penal del condenado –resuelta ya en la instancia correspondiente, ante el juez de conocimiento- **sino desde la necesidad de cumplir una pena ya impuesta.** En el mismo sentido, el estudio versa sobre hechos distintos a los que*

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

fueron objeto de reproche en la sentencia condenatoria, cuáles son los ocurridos con posterioridad a la misma, vinculados con el comportamiento del sentenciado en reclusión”.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión de tutela 107644 de 19 de noviembre de 2019, disertó acerca de los fines de la pena en fase de ejecución, y coligió que:

“Los jueces de ejecución de penas deben velar por la reeducación y la reinserción social de los penados, como una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana, que permite humanizar la pena de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política (T-718 de 2015) y evitar criterios retributivos de penas más severas (CSJ SP 27 feb. 2013, rad. 33254).

(...) si bien el juez de ejecución de penas, en su valoración, debe tener en cuenta la conducta punible, adquiere preponderancia la participación del condenado en las actividades programadas, como una estrategia de readaptación social en el proceso de resocialización (CSJ SP 10 Oct. 2018, Rad 50836), pues el objeto del Derecho Penal en un Estado como el colombiano no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo (C328 de 2016).

Y frente a los presupuestos para la concesión del subrogado en mención concretó que:

“i) No puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, pues ello solo es compatible con prohibiciones expresas frente a ciertos delitos, como sucede con el artículo 68 A del Código Penal.

En este sentido, la valoración no puede hacerse, tampoco, con base en criterios morales para determinar la gravedad del delito, pues la explicación de las distintas pautas que informan las decisiones de los jueces no puede hallarse en las diferentes visiones de los valores morales, sino en los principios constitucionales;

ii) La alusión al bien jurídico afectado es solo una de las facetas de la conducta punible, como también lo son las circunstancias de mayor y de menor punibilidad, los agravantes y los atenuantes, entre otras. Por lo que el juez de ejecución de penas debe valorar, por igual, todas y cada una de éstas;

iii) Contemplada la conducta punible en su integridad, según lo declarado por el juez que profiere la sentencia condenatoria, éste es solo uno de los distintos factores que debe tener en cuenta el juez de ejecución de penas para decidir sobre la libertad condicional, pues este dato debe armonizarse con el comportamiento del procesado en prisión y los demás elementos útiles que permitan analizar la necesidad de continuar con la ejecución de la pena privativa de la libertad, como bien lo es, por ejemplo, la participación del condenado en las actividades programadas en la estrategia de readaptación social en el proceso de resocialización. Por tanto, la sola alusión a una de las facetas de la

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

conducta punible, esto es, en el caso concreto, solo al bien jurídico, no puede tenerse, bajo ninguna circunstancia, como motivación suficiente para negar la concesión del subrogado penal.

Esto, por supuesto, no significa que el juez de ejecución de penas no pueda referirse a la lesividad de la conducta punible para valorarla, sino que no puede quedarse allí. Debe, por el contrario, realizar el análisis completo.

iv) El cumplimiento de esta carga motivacional también es importante para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica, pues supone la evaluación de cada situación en detalle y justifica, en cada caso, el tratamiento diferenciado al que pueda llegar el juez de ejecución de penas para cada condenado”

Negrilla y subraya fuera de texto.

Así las cosas, es dado afirmar que, para la concesión de la libertad condicional, bajo el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 64 del Código Penal, el Juez executor debe: i) valorar la conducta punible, bajo los parámetros que dio la Corte Constitucional en la C 757 de 2014, **que no se limita a la gravedad, como lo hacía la C 194 de 2005**, ii) verificar el cumplimiento de las $\frac{3}{5}$ partes de la pena impuesta, iii) que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena, iv) que demuestre arraigo familiar y social, y v) la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado.

La anterior exposición deja claro que no fue errático que el juzgado accionado efectuara el análisis de las conductas punibles por las cuales fue condenado el actor, al ser un imperativo legal, previa verificación de su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión, que permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.

Vale la pena destacar que este último presupuesto no eliminó el primero, ni tampoco lo hizo la concesión previa de la prisión domiciliaria del artículo 38G del Código Penal, y que el demandante no discute que el análisis de las conductas por las cuales fue sentenciado, realizado en la ejecución de la pena, consulta la sentencia de condena.

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

En este caso, no se obtuvo respuesta del **JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO**; sin embargo, el CPMS de Puerto Triunfo, se refirió en su respuesta a los autos 4049 y 4050, emitidos el 5 de noviembre de 2020, con los que decidió de fondo la solicitud de libertad condicional, concluyendo el cumplimiento de las 3/5 partes de la pena y el resultado positivo la resocialización del condenado; copiando textualmente el acápite de valoración de la conducta punible, plasmado por la juez en la decisión que negó el citado beneficio.

De una lectura atenta a lo considerado sobre la valoración de la conducta, se tiene que aplicó el artículo 64 del Código Penal, con la modificación del artículo 30 de la Ley 1709 de 2014; por lo tanto, no habría ningún defecto material o sustantivo en la negativa de la libertad condicional del señor **JORGE CORTÉS CAMPO**.

De otro lado, como lo afirma el CPMS de Puerto Triunfo, la Jueza ejecutora tuvo en cuenta el proceso de resocialización del precitado, su buen comportamiento en el centro de reclusión, pero también analizó la gravedad, y mayor afectación a los bienes jurídicos que transgredió con el comportamiento punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, conforme con lo plasmado en la sentencia de condena - lo cual en cierta medida no se desconoce por actor-, y esos dos aspectos se subsumen en el imperativo de valorar la conducta punible, previsto en el artículo 64 del Código Penal, con la modificación de la Ley 1709 de 2014, entregándoles más relevancia o mayor peso en el ejercicio de ponderación, concluyendo, a partir de ellos, la **necesidad** de continuar con la ejecución de la pena privativa de la libertad, que también es un requisito que trae la norma en cita.

Por lo tanto, no puede afirmarse la existencia de un defecto material o sustantivo, por una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y las decisiones, lo cual, a su vez, descarta una ausencia de motivación.

Aunque no se explicitó, en últimas, la jueza quiso significar en la valoración de la conducta punible, que la desplegada por el actor aún requería de la función de prevención especial positiva y reinserción social de la pena, lo cual es acorde con

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

el precedente tanto de la Corte Constitucional, como de la Suprema de Justicia, y desestima una violación directa de la Constitución.

Así las cosas, se observa que las decisiones atacadas por el accionante, gozan de valoración fáctica, jurídica y probatoria, razonada y ponderada ajena a cualquier postura caprichosa de la jueza de ejecución de la sentencia; por lo tanto, la prolongación de la privación de la libertad del actor es legítima, y el hecho de que sus peticiones fueran resueltas de forma adversa a sus intereses no significa el desconocimiento de sus derechos de raigambre constitucional.

De otra parte, el accionante no acreditó como le era pertinente, que, en asuntos idénticos tanto de hecho como de derecho, el juzgado accionado hubiera adoptado una decisión distinta a las emitidas en su caso, y por ello se torna improcedente amparar su derecho a la igualdad, y así se declarará.

Complementariamente, se aprecia que **JORGE CORTÉS CAMPO**, no recurrió en reposición y apelación las decisiones con las cuales se negó la libertad condicional, lo cual imposibilita a la Sala a hacer algún pronunciamiento adicional; por tanto, no emerge clara la necesidad de la protección de su derecho al debido proceso.

Sin perjuicio de lo esgrimido, el precitado puede elevar de nuevo esa pretensión ante la jueza de ejecución de penas y medidas de seguridad, si estima que cumple con todos los presupuestos para la concesión de la libertad condicional.

Finalmente, es improcedente la acción constitucional para promover compulsas de copias para que se investigue una supuesta falta disciplinaria de las demandadas; en ese orden, de estimarlo conveniente, podrá acudir ante la Procuraduría General de la Nación, o ante el cuerpo de disciplina judicial seccional, para lo pertinente.

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

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de derechos fundamentales solicitado por el interno **JORGE CORTÉS CAMPO**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DENEGAR el amparo pretendido, para dejar sin efectos las decisiones dictadas por el **JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA**, a través de las cuales no accedió a la libertad condicional.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes, conforme lo ordena el Decreto 2591 de 1991, informándoles que este fallo puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes a su notificación.

Si no fuere impugnado, **ENVIAR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÚMPLASE

(Firma electrónica)
JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 004 PENAL DE ANTIOQUIA

RENE MOLINA CARDENAS
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA

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

RADICADO	2020-1147-3
ACCIONANTE	JORGE CORTÉS CAMPO
ACCIONADOS	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Y PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA
VINCULADO	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO
ASUNTO	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DENIEGA Y DECLARA IMPROCEDENTE

Código de verificación: **777b6dfdaba39381c74c2febcf2e910028ee1dded6d0c1ee7b2c4a1d0b53feee**
Documento generado en 07/12/2020 05:06:53 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Ref.: Acción de tutela de segunda instancia N° XX

Radicado: 056153104001202000057

Rdo. Tribunal: 2020-1074-2

Accionante: Jhon Faber Arias Montoya

Afectado: Mauricio Ramón Durango.

Entidad Accionada: Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, Antioquia.

Decisión: SE DECRETA NULIDAD

Medellín, siete de diciembre de dos mil dos mil veinte

Aprobado en sesión de la fecha, acta No 095

1. ASUNTO

Sería del caso entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante JOHN FABER ARIAS MONTOYA, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, el 27 de octubre de 2020, pero tal cometido no será posible, tras advertir la Sala, del estudio de la actuación procesal, una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso por una indebida integración del contradictorio, pues el *a quo* tuteló los derechos fundamentales del accionante en contra del Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, Antioquia, pero no se vinculó a la actuación a su homólogo Juzgado Segundo Penal Municipal de Rionegro, Antioquia, autoridad judicial que el 24 de

¹ El presente Código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Su contenido es fiel reflejo de las anotaciones de los archivos del Sistema Gestión Judicial Siglo XXI. –Para su lectura se requiere aplicación- descargar en Play Store - lector QR.

septiembre de 2020, fue la encargada de recibir el expediente radicado con el C.U.I 053186100127201680900 que por la conducta punible de violencia intrafamiliar se adelanta en disfavor del señor MAURICIO RAMON DURANGO MONTOYA y en el cual la titular del Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, Antioquia se declaró impedida para seguir conociendo del juicio en sede de conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del C.P.P

2. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Fueron sintetizados por el Juzgado de Primer Grado en la siguiente forma:

“Sostuvo el accionante que es apoderado del señor Mauricio Ramón Durango Montoya, dentro del proceso 05318610012720178090000, motivo por el cual elevó derechos de petición ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro y Tribunal Superior de Antioquia, requiriendo información para ejercer el derecho constitucional a la defensa y el debido proceso de su prohijado en audiencia programada para el día 14 de octubre de 2020.

Agregó que al Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, el 17 de septiembre de 2020 le solicitó la siguiente información: Copia de la solicitud radicada por la fiscalía General de la Nación mediante el cual el Juzgado decidió fijar audiencia para el día 14 de Octubre de 2020; Copia del video que registró la audiencia del día 13 de Febrero de 2020; Copia de los folio subsiguientes al número 165 del expediente de la Referencia, petición que fue reiterada el 28 de septiembre de 2020, solicitando además: Que se informe porque a la fecha el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro no ha cumplido con el deber legal de responder al respectivo derecho de Petición presentado con fecha del 17 de Septiembre de 2020; Que se informe porque a la fecha el Juzgado Primero Penal Municipal no allegó el radicado y solicitud realizada por la fiscalía General de la Nación, mediante el cual el Juzgado decidió fijar audiencia para el día 14 de Octubre de 2020; Que se informe porque a la fecha el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, no allegó o autorizó al peticionario, la entrega de los folios subsiguiente al numeral 165, con el objeto de realizar el debido estudio de los documentos y preparar en debida forma la defensa que se debe realizar en la audiencia programada por el despacho para el día 14 de Octubre del presente año; Que se informe al peticionario el número de folio de la última actuación que reposa en el expediente; solicitud de videos de audiencias:

Preparatoria, realizada el día 27 de Junio de 2018; Juicio, realizado el día 8 de Noviembre de 2018; Juicio, realizado el día 28 de Noviembre de 2019; Juicio, realizado el día 13 de Febrero de 2020, además copia de la decisión del Despacho, que suspendió la audiencia programada para el día 20 de Enero de 2020, y la cual se encontraba programada desde el día 28 de Noviembre de 2019; Que se informe y se entregue copia del acto administrativo que nombró al señor JUAN GUILLERMO ARANGO CORREA, en el despacho del Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, que se proceda a informar los protocolos y parámetros dispuestos por el despacho para realizar la audiencia programada para el día 14 de Octubre de 2020, los protocolos para garantizar los medios técnicos que se pretende utilizar y la forma en que el despacho garantizará el acceso a internet y la sostenibilidad de la red de las personas que residen en zonas rurales; que se indique y mencione los protocolos técnicos dispuestos por el despacho para garantizar que la declaración del menor no presente ningún tipo de interrupción; que se indique y mencione los protocolos técnicos que garantiza la estabilidad de la comunicación remota; que se indique el lugar dispuesto por el despacho para la recepción de la Declaración del Menor E.D.P.

Adujo el accionante que no ha recibido ningún tipo de comunicación o respuesta por parte del Juzgado Penal Municipal de Rionegro, información que se requiere de carácter urgente para realizar las actuaciones pertinentes, solicitudes, peticiones y aclaración en el trámite de Juicio Oral y que se encuentra programado día 14 de Octubre de 2020.

De otro lado afirmó que solicitó del Tribunal Superior de Antioquia el mismo 17 de septiembre de 2020, copia del Acto Administrativo que designó a la señora Marcela Cristina Rojas Duque en el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro – Antioquia y en esa misma fecha la Escribiente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia le informó que la oficina encargada de dar respuesta a dicha solicitud era la Relatoría de la Corporación a quien se le daría traslado de la solicitud, pero que a la fecha no ha recibido ningún tipo de comunicación o respuesta.

Finalmente demandó el petente se protejan los derechos fundamentales de su representado y en consecuencia se ordene al Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro responder de fondo y por medio escrito de manera clara y precisa el derecho de petición interpuesto el día 17 de Septiembre de 2020 y 28 de Septiembre de 2020, que se ordene al Tribunal Superior de Antioquia responder de fondo y por medio escrito de manera clara y precisa el derecho de petición interpuesto el día 17 de Septiembre de 2020, que se ordene Juzgado Primero Penal Municipal De Rionegro, la suspensión de la audiencia programada para el día 14 de Octubre de 2020 hasta tanto no se allegue una respuesta de fondo a las peticiones radicadas por el accionado y que se requiere de carácter urgente para evitar un

perjuicio irremediable por la omisión injustificada de una autoridad pública, que se ordene al Juzgado Primero Penal Municipal De Rionegro, permitir el acceso al proceso 05318610012720178090000 para verificar todas actuaciones con suficiente antelación a la audiencia programada para el día 14 de Octubre de 2020, con el objeto de ejercer una debida y adecuada defensa técnica.

Aportó como pruebas: Derechos de petición y pantallazo acuso de recibido.”.

3. RESPUESTAS:

La Secretaría del Tribunal Superior de Antioquia, indicó que efectivamente el accionante remitió petición a esa secretaría, por medio de la cual solicitaba copia del acto administrativo mediante el cual se designó a la Dra. Marcela Cristina Rojas Duque como Juez Primera Penal Municipal de Rionegro, que dicha solicitud, por no ser del resorte de ese órgano, se procedió en la misma fecha de su recibo (14/09/2020) a remitirla a la Relatoría del Tribunal Superior de Antioquia, que es quien desempeña las labores administrativas de la Magistratura, informando de esta situación al accionante a través del correo electrónico, considerando que dicha secretaría no incurrió en violación alguna de los derechos invocados por quien acciona, pues de forma pronta y oportuna se direccionó su petición y se le informó de ello, solicitando finalmente la desvinculación del Tribunal Superior de Antioquia en el presente trámite constitucional y declarar la improcedencia de la acción constitucional en torno a esa secretaria.

Por su parte, la Relatoría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia, realizó pronunciamiento en torno a la acción de tutela de la referencia, indicando que efectivamente, por intermedio de esa oficina judicial se radicó derecho de petición elevado por el abogado John Faber Arias Montoya, pidiendo copia del acto administrativo de designación de la Dra. Marcela Cristina Rojas Duque como Juez Primero Penal Municipal de Rionegro – Antioquia y acorde con la información obtenida de la Relatoría del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, dicho documento fue

remitido al correo electrónico indicado por el solicitante, obteniendo constancia de entrega en el buzón del correo electrónico, lo cual se aporta con la respuesta de la demanda de tutela.

La doctora Margarita María Betancur Hurtado en calidad de Jueza Primera Penal Municipal, sostuvo que frente a la pretensión primera del escrito petitorio de la acción constitucional, se informó al tutelante vía correo electrónico que no era posible acceder a su solicitud de aplazamiento, esto, teniendo en cuenta, que la titular del Despacho se había declarado impedida para conocer del proceso en sede de juicio oral, ordenándose en consecuencia, la remisión del expediente al Juzgado Segundo Penal Municipal, por intermedio del centro de servicios administrativos.

4. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, denegó y concedió la tutela del derecho fundamental de petición al establecer que, en el caso en concreto, se tiene que el doctor JHON FABER ARIAS MONTOYA, actuando como apoderado judicial del señor MAURICIO RAMON DURANGO MONTOYA dentro del proceso penal con radicado 05 318 61 00127 2016 80900, elevó ante el Tribunal Superior de Antioquia y el Juzgado Primero Penal Municipal de Antioquia derechos de petición, los cuales según adujo en su escrito de tutela no han sido resueltos por las entidades correspondientes.

Igualmente aclaró que en la presente acción constitucional que inicialmente había sido presentada ante la Corte Suprema de Justicia, entidad que la remitió para reparto de los Juzgados del Circuito de Rionegro se había solicitado una Medida previa, como era que se ordenara la suspensión o aplazamiento de una Audiencia fijada por el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro el 14 de octubre de 2020, no obstante la judicatura al avocar el conocimiento del trámite constitucional el 14 de octubre y al percatarse de la solicitud de Medida, estableció comunicación telefónica con una empleada del despacho donde se realizaría la diligencia, quien manifestó que la diligencia no se había llevado

a cabo, toda vez que la titular del despacho se había declarado impedida para conocer del asunto.

Destaca que por parte de la Relatoría del Tribunal Superior de Antioquia se informó que efectivamente se radicó derecho de petición elevado por el abogado John Faber Arias Montoya, donde solicitaba copia de acto administrativo de la Doctora Marcela Cristina Rojas Duque como Juez Primera Penal Municipal de Rionegro, el cual fue remitido al correo electrónico indicado por el solicitante, obteniendo además constancia de entrega en el buzón del correo.

Por su parte, el juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, argumentó que por medio de correo electrónico, se le informó al tutelante que no era posible acceder a la solicitud de aplazamiento de una audiencia, toda vez que la titular de ese despacho se había declarado impedida para conocer del proceso en sede de juicio oral y frente a la solicitud de que se le permita la copia íntegra del expediente judicial, manifestó que en efecto se suministró por medio del vínculo ONEDRIVE el 13 de octubre de 2020 todas las actuaciones y audios que conforman el proceso.

De lo anterior da cuenta la constancia o copia del correo electrónico enviado a la Relatoría del Tribunal Superior de Antioquia, entidad administrativa competente para resolver la solicitud del actor. Por otro lado, en lo que respecta a la Relatoría del Tribunal Superior de Antioquia, se tiene que dicha entidad resolvió la solicitud del accionante, remitiendo al correo electrónico aportado por el actor copia del acto administrativo que nombró a la doctora MARCELA CRISTINA ROJAS DUQUE como Juez Primera Penal Municipal de Rionegro, documento que fue efectivamente recibido por éste, según lo manifestó en llamada telefónica realizada por ese despacho judicial. Reiterando que, si bien el artículo 14 de la ley 1437 de 2011 señala un término de 10 días para resolver las peticiones de documentos e información, este término fue ampliado por el Decreto 491 de 2020 expedido en medio de la emergencia sanitaria que aqueja actualmente a nuestro país.

De ahí que haya considerado la judicatura que frente a la solicitud elevada por el actor ante el Tribunal Superior de Antioquia, no se vislumbra una violación al derecho fundamental de petición, toda vez que se dio el trámite correspondiente previsto en la ley 1755 de 2015 frente a peticiones elevadas ante funcionarios no competentes, debiéndose desvincular de la presente actuación a dicha Corporación. En lo que respecta a la Relatoría del Tribunal Superior de Antioquia, toda vez que se ha verificado que se ha dado cumplimiento a la petición elevada dentro del trámite de la acción de la tutela, por lo que declaró la carencia actual de objeto por hecho superado.

Frente a las solicitudes elevadas por el accionante ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, se tiene que tal y como lo demuestra el petente, elevó ante ese juzgado tres derechos de petición, el primero de ellos de fecha 07 de septiembre de 2020 donde se demanda copia del acto administrativo que designó a la doctora Marcela Cristina Duque Rojas como titular del despacho, petición a la cual no se le dio respuesta alguna, pues de ello nada se dijo por el accionado, quien debió proceder si no era el competente a remitir la solicitud a la autoridad que sí lo era, de acuerdo al mandato contenido en el artículo 21 de la ley 1755 de 2015, no obstante lo anterior considero esa Judicatura que dicha pretensión fue satisfecha por parte de la Relatoría del Tribunal Superior de Antioquia.

Frente a la petición, de fecha 17 de septiembre de 2020, adujo que se tiene que en la misma el accionante demanda del despacho judicial, copia de la solicitud radicada por la Fiscalía General de la Nación mediante la cual el juzgado decidió fijar audiencia para el 14 de octubre de 2020, copia del video que registró la audiencia del 13 de febrero de 2020 y copia de los folios subsiguiente al número 165 del expediente con radicado 05 318 61 00127 2016 80900. En lo que respecta a estas solicitudes, señalo que el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, al compartir el vínculo del proceso penal, donde se encuentran todas las actuaciones dio respuesta dentro del término establecido por el Decreto 491 de 2020 a dichas solicitudes. De igual manera apuntó que en lo que respecta a la copia del video de la audiencia de 13 de febrero de 2020 y copia de los folios subsiguiente al

número 165, dichas peticiones se encuentran satisfechas con el archivo del proceso penal que fue compartido al accionante.

En lo atinente a la petición del 28 de septiembre, mediante el cual el accionante demandó la respuesta a las solicitudes elevadas el 17 de septiembre de 2020, además de informar el número de folio de la última actuación que reposa en el expediente, así como los videos de audiencias Preparatoria y Juicio oral realizada en varias sesiones, copia de la decisión del despacho que suspendió la audiencia programada para el 20 de enero de 2020, copia del acto administrativo que nombró al señor Juan Guillermo Arango en el despacho del Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, así como que le indicaran los protocolos y parámetros dispuestos para realizar la audiencia del 14 de octubre entre otros.

Frente a estas solicitudes se tiene que los audios solicitados y la copia del documento que suspendió la audiencia del 20 de enero de 2020 (archivo 113 del expediente) reposan en la carpeta penal compartida por el vínculo ONEDRIVE al accionante, en lo que respecta a los protocolos y parámetros dispuestos para realizar una audiencia de juicio oral prevista para el 14 de octubre, dicha solicitud se descartaría por sustracción de materia dado que para la fecha antes mencionada y de acuerdo a los anexos que aportara el Juzgado Municipal, la misma no se realizó toda vez que la titular de ese despacho se declaró impedida.

Lo que si evidenció el juez de tutela fue que el juzgado accionado no haya dado respuesta al actor frente a la solicitud de copia del acto administrativo que nombró al señor Juan Guillermo Arango como Juez Primero Penal Municipal, puesto que, si no era el competente para ello, debió remitir la petición a la autoridad encargada de expedir dicho acto e informar de esta situación al accionante, tal y como lo establece el artículo 21 de la ley 1755 de 2015, al igual de que el que el juzgado debió certificar al accionante cual fue el últimos folio con el cual cerró el proceso penal antes de ser remitido a otro despacho judicial, pues si bien se entendería que el ultimo folio es el archivo marcado con el número 132, folio 209 y 210 según el archivo compartido, documento en el cual se ordena remitir el proceso a otro

despacho judicial por impedimento de la titular de ese despacho, lo cierto es que la carpeta contiene otros archivos subsiguientes al 132 y con otra foliatura diferente que al parecer corresponde a un recurso de queja.

Por tal motivo, la Judicatura ordenó: *“AL JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO ANTIOQUIA para que de forma inmediata a la notificación de esta sentencia proceda en primer lugar a dar aplicación al contenido del artículo 21 de la ley 1755 de 2015, frente a la solicitud de expedición de copia de un acto administrativo que nombró al doctor Juan Guillermo Arango como titular de ese despacho judicial. ORDENAR igualmente, se proceda a certificar al accionante el último número de folio con el cual se cerró el proceso penal adelantado en contra del señor MAURICIO RAMON DURANGO MONTOYA antes de ser enviado por impedimento a otro despacho judicial.*

4. DE LA APELACIÓN Y SU SUSTENTO

El accionante al estar en desacuerdo con la decisión de primera instancia, interpone el recurso de alzada y lo sustenta en los siguientes términos:

Señala el recurrente que a la fecha el despacho no ha satisfecho la solicitud elevada en tanto y al momento de presentar la impugnación no se tiene acceso a la información contenida en el vínculo onedrive, tal y como lo acredita a través del soporte del pantallazo, el cual indica que *“Este vínculo se ha quitado. Se ha quitado el acceso a este documento. Póngase en contacto con la persona que la compartió con usted”*.

Alude el accionante que, la copia del video que registró la audiencia del 13 de febrero de 2020 a la fecha la parte accionada no ha sido entregado, pues no existe constancia de la entrega del respectivo VIDEO, igualmente tampoco se tiene respuesta con ocasión de la solicitud de los VIDEOS de las audiencias: a) Preparatoria, realizada el día 27 de Junio de 2018. b) Juicio, realizado el día 8 de noviembre de 2018. c) Juicio, realizado el día 28

de noviembre de 2019. d) Juicio, realizado el día 13 de febrero de 2020. Asimismo, tampoco ha recibido la copia de los folios subsiguientes al número 165 del expediente con radicado 05 318 61 00127 2016 80900.

Con fundamento en los hechos relacionados, y a contrario sensu juzgado primero penal de circuito, considera que existen suficientes argumentos que demuestra el incumplimiento del accionado, por lo que solicita se ordene al juzgado primero penal municipal de Rionegro responder de fondo y por medio escrito de manera clara y precisa los derechos de petición interpuesto el 17 y 28 de septiembre de 2020.

De igual manera solicita se requiera al JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO, suspender cualquier actuación, hasta tanto no se allegue respuesta de fondo de las respectivas peticiones elevadas ante el JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO, que corresponde al proceso e información que se requiere con el objeto de realizar una defensa adecuada.

Por último, peticona que se ordene Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro., informar las razones que impiden acceder al archivo ONEDRIVE y se garantice el derecho de acceder al expediente de forma permanente.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

De acuerdo a lo dispuesto en le art. 32 del decreto 2591 de 1991 y por el decreto 1382 de 2000, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la presente impugnación.

Ahora bien, teniendo de presente que en la sentencia de primera instancia, el Juez concedió el amparo del derecho fundamental de petición en contra del JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO, ANTIOQUIA. Se hace necesario integrar al contradictorio al Juzgado Segundo Penal Municipal de Rionegro, Antioquia, autoridad judicial que, por impedimento propuesto por el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro,

fue la encargada de recibir el expediente objeto de la presente acción constitucional.

Es así, como se advierte en el auto admisorio de la tutela, que sólo se vinculó a la actuación al Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, al Tribunal Superior de Antioquia y a la Relatoría de la misma a Corporación, pero en ningún momento se vincula al JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO, ANTIOQUIA, quien fue la autoridad encargada de asumir el conocimiento de las diligencias radicadas bajo el C.U.I 05 318 61 00127 2016 80900, objeto de la presente demanda de acción tutelar.

De ahí que, pese a que la pretensión de la acción de tutela se dirigió en contra del Juzgado PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO, ANTIOQUIA, no puede pasarse por alto la necesidad de vincular a la actuación constitucional al JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO, ANTIOQUIA, por cuanto puede resultar perjudicado con el fallo de tutela, toda vez que fue la autoridad judicial que asumió el conocimiento del proceso que por el delito de violencia intrafamiliar se adelanta en disfavor del señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA.

Sobre este tópico, la Corte Constitucional en auto 036 de 2017, señaló:

“El rito procesal de la acción de tutela se encuentra establecido en los Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000, 306 de 1992 y 1834 de 2015. Ello significa que a pesar de la informalidad de la acción de tutela, no puede desconocerse el principio del debido proceso que debe irradiar todas las actuaciones judiciales y administrativas, en los términos descritos por el artículo 29 superior. De ahí la necesidad de integrar, como primera medida, el contradictorio con quienes pueden resultar involucrados. De hecho la Sala Segunda de Revisión consideró:

“La integración del contradictorio supone establecer los extremos de la relación procesal para asegurar que la acción se entabla frente a quienes puede deducirse la pretensión formulada y por quienes pueden válidamente reclamar la pretensión en sentencia

de mérito, es decir, cuando la participación de quienes intervienen en el proceso se legitima en virtud de la causa jurídica que las vincula. Estar legitimado en la causa es tanto como tener derecho, por una de las partes, a que se resuelvan las pretensiones formuladas en la demanda y a que, por la otra parte, se le admita como legítimo contradictor de tales pretensiones. Al no integrarse debidamente tales extremos de la relación procesal, no puede resolverse sobre el fondo del litigio y el juez debe declararse inhibido para fallar de mérito".

En ese orden de ideas, el juez constitucional tiene la carga de notificar a las partes y terceros interesados en la demanda, con el fin de garantizarles su intervención activa en el desarrollo de la misma, mediante la presentación de pruebas o refutando las aportadas y, en fin, utilizar los medios legales para su defensa. En efecto, en la decisión que se cita, se expuso:

"el juez del conocimiento debe integrar el contradictorio cuando descubra que no se encuentran reunidos los sujetos que deban constituir cualquiera de las partes, y especialmente los organismos y autoridades contra los cuales se adelanta la acción, pero no admite la solución del proceso civil, según el cual una falta de legitimación para obrar conduce fatalmente a un fallo inhibitorio. En efecto, el parágrafo único del artículo 29 del decreto 2591/91, establece de manera terminante que "el contenido del fallo no podrá ser inhibitorio"

3.2. La omisión de la notificación de la acción de tutela a una de las partes o un tercero con interés, genera nulidad por violación al debido proceso, toda vez que no se le permite conocer su trámite y lo que allí se decida. En ese sentido, se ha pronunciado esta Corporación:

"5.- De lo expuesto, fuerza es concluir entonces que la falta u omisión de la notificación de las decisiones proferidas en un proceso de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo, es una irregularidad que vulnera el debido proceso. De allí que por ejemplo la falta de notificación de la providencia de admisión de una acción de tutela, no permite que quien tenga interés en el asunto, pueda enterarse de la existencia de esa actuación y de la consecuente vinculación de una decisión judicial sin haber sido oído previamente.

6.- Cuando la situación anotada se presenta, se dan los fundamentos suficientes para declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer de tal manera la actuación que permita la configuración en debida forma del contradictorio, o se vincule al proceso al tercero con interés legítimo, pues sólo de esta manera se permite, de una parte el conocimiento de la demanda y la posibilidad del ejercicio del derecho al debido proceso y defensa,

así como la emisión de un pronunciamiento de fondo sobre la protección o no de los derechos fundamentales invocados".

La situación así planteada afecta el trámite constitucional, toda vez que no se integró al contradictorio por pasiva, pues se hace necesaria la vinculación del JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL, DE RIONEGRO, ANTIOQUIA en razón a que esta autoridad judicial asumió el conocimiento de las diligencias objeto de la presente acción constitucional.

En este orden de ideas, sin entrar en más consideraciones, la Sala habrá de decretar la nulidad de lo actuado desde la emisión del fallo de tutela del 27 de octubre de 2020, a fin de vincular a la actuación al JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO, ANTIOQUIA, en razón a que el conocimiento del proceso que se adelanta en contra del señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA fue asumido por ese despacho judicial, para que se determine la eventual responsabilidad o no de este despacho judicial en la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante JHON FABER ARIAS MONTOYA apoderado judicial del señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA y se garantice el debido proceso y el ejercicio del derecho de contradicción.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, desde la emisión de la sentencia de tutela del 27 de octubre de 2020, a fin de vincular a la actuación al JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO, ANTIOQUIA, en razón a que el conocimiento del proceso que se adelanta en

contra del señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA fue asumido por ese despacho judicial, para que se determine la eventual responsabilidad o no de esta entidad en la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante JHON FABER ARIAS MONTOYA apoderado judicial del señor MAURICIO RAMÓN DURANGO MONTOYA y se garantice el debido proceso y el ejercicio del derecho de contradicción.

SEGUNDO: Una vez adquiera ejecutoria el proveído, remítase el expediente a su lugar de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO**

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

Firmado Por:

**NANCY AVILA DE MIRANDA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

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

Código de verificación:

0dff1dd48985f6184a4a727651a7d21227161a1a0817f19bca270b999f86970

Fallo tutela 1ª. Inst. 056153104001202000057 (2020-1074-2)

Accionante: Jhon Faber Arias Montoya.

Accionado: Juzgado 1 Penal Municipal de Rionegro.

Documento generado en 07/12/2020 04:58:40 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

Medellín, diciembre siete (07) de dos mil veinte (2020)

N° Interno : 2020-1077-4.
Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado : 05 002 31 89 001 2020 00093
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo.
Accionada : U. A. E. para la Atención y
Reparación Integral a las Víctimas.
Decisión : **Confirma**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 111

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala la sentencia de tutela proferida por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao (Ant.)*, por medio de la cual se concedió el amparo a los derechos fundamentales de sus hijos STIVEN y JHONATAN ALEXIS GUARÍN VALENCIA, solicitado por la señora DIANA PATRICIA VALENCIA NARANJO; diligencias en las que figura en calidad de accionada, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS.

ANTECEDENTES

Los hechos objeto de la presente acción fueron

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

resumidos por el A quo de la siguiente forma:

“En escrito allegado vía correo electrónico el pasado trece (13) de octubre del corriente 2020, la dama DIANA PATRICIA VALENCIA NARANJO identificada con la cédula 43.765.624, indicó, que promovía acción de tutela contra la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación integral a las Víctimas, porque a pesar de que había allegado la documentación pertinente acreditando ser la madre y representante legal de los menores STIVEN GUARÍN VALENCIA con tarjeta de identidad Nro. 1-015.216.650 y JHONATAN ALEXIS GUARÍN VALENCIA con tarjeta de identidad Nro. 1.036.781.707, dicha autoridad a la fecha no le permite intervenir como representante de sus hijos para lo atinente al pago de la indemnización por desplazamiento forzado tramitada por quien fuera el padre de los hijos, esto es, ORLANDO DE JESÚS GUARÍN RAMÍREZ con cédula 70.729.139, situación que estima desconoce los derechos de sus hijos.”

DEL FALLO IMPUGNADO

El juzgado de instancia, apoyado en el artículo 44 de la Constitución Nacional, alusivo al interés superior del menor desarrollado por decisiones de la Corte Constitucional como la T348 de 2018, predicó la afectación de las garantías fundamentales de los niños *STIVEN GUARÍN VALENCIA* y *JHONATAN ALEXIS GUARÍN VALENCIA*, en efecto, dispuso que

“Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de este fallo, una vez la parte accionada cumpla con la remisión de los documentos pertinentes, esto es, registro civil de defunción del señor ORLANDO DE JESÚS GUARÍN RAMÍREZ, y el de sus menores hijos, para así acreditar el parentesco, le permitan intervenir en el trámite administrativo allí existente, ello en representación de sus hijos, puesto que no existe otro mecanismo judicial que pueda proteger oportunamente los derechos de los referidos menores, dado que la tutela fue promovida por la dama DIANA PATRICIA VALENCIA NARANJO con cédula 43.765.624, en condición

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

*de representante legal de los menores STIVEN y JHONATAN ALEXIS
GUARÍN VALENCIA, ...”.*

DE LA IMPUGNACIÓN

De manera oportuna manifiesta el representante judicial de la UNIDAD ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS, que el fallo de primera instancia desconoce el derecho al debido proceso de esa entidad al ordenársele que incluya en el registro Único de Víctimas a la señora Diana Patricia sin agotar el trámite necesario para ese fin.

En todo caso, señala que los menores STIVEN GUARÍN VALENCIA y JHONATAN GUARÍN VALENCIA cumplen con la condición de personas afectadas por el conflicto armado interno en razón al desplazamiento forzado del cual fueron víctimas y en razón de lo cual se hallan incluidos en el RUV.

Frente a lo ordenado por el A quo, informa que según el Decreto 1084 de 2015, la atención humanitaria será entregada al representante del hogar, que en los casos donde ninguna persona del hogar cumpla como representante, será el tutor, custodio o cuidador permanente el designado para recibir el auxilio respectivo.

Frente al núcleo familiar donde se ubican los menores Stiven y Jhonatan, refiere que la persona encargada de su cuidado es la señora Carmen Ríos Guarín quien ostenta la calidad de esposa o compañera permanente del fallecido Orlando

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

de Jesús Guarín Ramírez. De ahí que fuera ella la persona responsable de solicitar las respectivas ayudas, más no la señora Diana.

Además, advierte la entidad accionada, en el caso particular ya pudo establecerse que ha sido suspendida la ayuda humanitaria que venía recibiendo el grupo familiar representado por la señora Carmen, luego de realizar un estudio sobre su situación a partir de la cual pudo concluirse la cobertura autónoma de los componentes de alimentación básica y alojamiento.

Por lo tanto, concluye el recurrente, en este particular no es posible hacer nuevas entregas de ayuda humanitaria por cuanto al núcleo familiar en que se encuentran los menores ya aludidos ya le fue suspendida la ayuda humanitaria que venía recibiendo.

Por lo expuesto, demanda se revoque en fallo en cuestión y, en su lugar, sea negado el amparo que solicitara la señora Diana Patricia Valencia Naranjo en favor de sus hijos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Sala para conocer del presente caso por ser superior funcional del juzgado de primera instancia, por lo que le reviste competencia para decir de la impugnación interpuesta.

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

El problema jurídico a resolver, se centra en determinar si en esta oportunidad la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS, vulneró el derecho fundamental al debido proceso de los menores Stiven Guarín Valencia y Jhonatan Guarín Valencia, al exigirle a su progenitora Diana Patricia Valencia Naranjo, acreditar la custodia sobre ellos, o en su defecto que actuara como curadora o tutora de los mismos ante el fallecimiento su de padre Orlando de Jesús Guarín Ramírez, persona quien junto con sus dos hijos figuraba en el Registro Único de Víctimas como afectados por el desplazamiento forzado.

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

De la acción de tutela sólo puede hacer uso el afectado, cuando, analizado el caso concreto, no tenga a su alcance otro mecanismo legal de protección oportuna para su derecho, o de tenerlo, se encuentre en la hipótesis de peligro irremediable, frente a la cual la tutela se presenta como mecanismo transitorio de protección mientras se acude a la vía legal ordinaria.

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

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

1. *Que el derecho cuya protección se demanda sea derecho fundamental.*
2. *Si ha sido vulnerado o amenazado el derecho cuya protección se demanda, incluso otros derechos fundamentales no citados por el accionante.*
3. *Cuenta el afectado con otros medios de defensa judicial, idóneo y efectivos que le permitan proteger debidamente el derecho vulnerado o amenazado.*
4. *En el evento de contar con mecanismos de defensa diferentes a la tutela, se encuentre en la hipótesis de perjuicio irremediable que hace posible la acción como mecanismo de protección transitoria.*

En esta oportunidad, cabe significar que se trata de una situación donde a simple vista surge la afectación de las garantías fundamentales de las cuales gozan los menores de edad Stiven y Jhonathan Guarín Valencia, ante la decisión carente de todo sustento normativo de la Unidad de Víctimas de impedir a su progenitora Diana Patricia Valencia Naranjo actuar como su legítima representante legal dentro de un trámite administrativo de reparación integral, que no solo de entrega de ayudas humanitarias como lo entiende la agencia accionada.

Además, desde esta óptica, los afectados no cuentan con otro mecanismo judicial idóneo y efectivo, frente a los obstáculos interpuestos por la administración, en torno a buscar a través de su representante legal y cuidadora el reconocimiento de derechos patrimoniales como lo sería lograr la reparación

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

administrativa, tarea que sólo pueden emprender a través de quien vela por sus garantías.

En esas condiciones, tenemos en primer lugar que el artículo 44 de la Constitución Nacional señala:

“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. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

A su turno, el artículo 181 de la ley 1448 de 2011, en punto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas, señala que gozarán de todos los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, con el carácter de preferente y adicionalmente tendrán derecho, entre otros, a la verdad, la justicia y la reparación integral, al restablecimiento de sus derechos prevalentes y a la protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, malos tratos o explotación, incluidos el reclutamiento ilícito, el desplazamiento

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

forzado, las minas antipersonal y las municiones sin explotar y todo tipo de violencia sexual.

En igual sentido, el artículo 182 preceptúa que los niños, niñas y adolescentes víctimas en los términos de la presente ley, tienen derecho a la reparación integral, lo cual incluye las medidas de indemnización, rehabilitación, satisfacción, restitución y garantías de no repetición.

Y el artículo 184 ibídem, estipula que los niños, niñas y adolescentes víctimas tienen el derecho a obtener una indemnización; **por lo tanto, los padres, o en su defecto, el defensor de familia, podrán elevar la solicitud, como representantes legales del niño, niña o adolescente, de la indemnización a la que estos tengan derecho.**

En el caso particular, la señora Diana Patricia Valencia Naranjo, deja en claro en su escrito de tutela, que no es su interés buscar su inclusión en el RUV como lo ha entendido la Unidad Especial para Atención y Reparación a las Víctimas, pues su voluntad se orienta a representar a sus hijos Stiven y Jhonatan Guarín Valencia en el proceso de reparación administrativa que pretende iniciar en favor de ellos, y como quiera que su progenitor ha fallecido y era la persona que figuraba como representante del grupo familiar, dentro del cual no se encontraba ella, pues tal como lo explicara la Unidad accionada, al parecer el

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

fallecido ya conformaba ese núcleo familiar con la señora Carmen Ríos.

La entidad accionada, sumado al hecho de que los menores en realidad figuran dentro del Registro único de Víctimas, el 28 de junio de 2020 exigió a la señora Diana Patricia allegara el nombramiento de un *guarda o tutor que se encargue de ejercer la custodia y representación legal de los menores Sitiven Guarín Valencia y Jhonatan Guarín Valencia.*

Fue así como el 21 de agosto de la presente anualidad, la Comisaría de Familia del municipio de Abejorral, Antioquia, verificó las condiciones en que se halla conformado el grupo familiar de la accionante, concluyendo que *no se encuentran contradicciones en el discurso de las personas presentes en la visita domiciliaria (madre, abuela y niños) quienes son claros en afirmar que la madre ha sido su principal cuidadora, con quien se sienten seguros a pesar de las dificultades económicas que atraviesan, por lo tanto, se considera que la señora Diana actúa como representante legal de los NNA antes mencionados.*

No obstante, la Unidad para las Víctimas el 8 de septiembre de 2020 exige de nuevo, *solicitar ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF el nombramiento de un guarda o tutor que se encargue de ejercer la custodia y representación legal de los menores JHONATAN ALEXIS GUARÍN VALENCIA y STIVEN GUARIN VALENCIA.* Señalando así mismo que *el documento allegado no corresponde a lo solicitado, a su vez presenta fecha errónea de expedición.* (en el encabezado quedó 21 de octubre de 2020)

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

Actuar administrativo que se torna en una vía de hecho al margen del ordenamiento jurídico, puesto que al momento de realizar la solicitud ante la Unidad Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, la señora Diana Patricia Valencia Naranjo atendió los requerimientos de la entidad, es decir, como representante legal de sus hijos menores de edad en el marco de un trámite administrativo cuyo inicio pretende en favor de sus descendientes, allegó los documentos necesarios para esa finalidad: registros civiles de nacimiento de los niños Stiven y Jhonatan Guarín Valencia así como el registro civil de defunción de su progenitor y el concepto de la Comisaría de Familia de Abejorral dando fe de la situación del grupo familiar donde en la actualidad aquellos se ubican, por consiguiente, que han estado al cuidado de su señora madre y por lo tanto es ella quien vela por su manutención y bienestar en todo concepto.

Desconoce en efecto la entidad que de acuerdo al artículo 288 del Código Civil, la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone, correspondiendo a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos; a falta de uno de los padres, la ejercerá el otro; y de igual manera el canon 23 de la Ley 1098 de 2006, cuando señala que *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. ...”*.

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

Por tal razón bastaba con allegar los registros civiles de nacimiento de los hijos menores, el certificado de defunción de su señor padre y el concepto que sobre el estado de aquellos emitiera la Comisaría de Familia de Abejorral, Antioquia, resultando así inapropiadas otras exigencias, como la de acreditar el nombramiento de un tutor o guarda, pues la curaduría o tutela son figuras que operan en caso de que los menores no se hallaren bajo la patria potestad de los padres, al tenor del artículo 428 del Código Civil, según se expone a continuación:

*“Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, **y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida.***

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores.”

Como aquí se advierte, los menores Stiven y Jhonatan Guarín Valencia se encuentran bajo el cuidado de su progenitora Diana Patricia Valencia Naranjo, encargada de ejercer sobre ellos la patria potestad y, por ende, su custodia y representación legal, incluso dentro del trámite administrativo que pretende gestionar en favor de ellos ante la Unidad Especial para la Atención y Reparación Integral para las víctimas, debido a la ausencia de su progenitor, quien tiempo atrás figuraba como jefe de hogar en el Registro Único de Víctimas, junto con los hijos aquí citados.

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

Así lo dejó en claro en desarrollo de este trámite constitucional el Dr. Daniel Alejandro Gómez Gallego, Defensor de Familia del Centro Zonal Oriental (Antioquia) del ICBF quien al emitir un concepto sobre los hechos expuestos por la accionante, expuso:

*“...se considera de forma personal que el requisito exigido por la Unidad de Víctimas a la señora DIANA PATRICIA VALENCIA NARANJO (nombramiento de un guarda o tutor que se encargue de ejercer la custodia y representación legal de los menores JHONATAN ALEXIS GUARÍN VALENCIA y STIVEN GUARÍN VALENCIA) carece de fundamento legal y normativo y que es una exigencia que no debería darse en el presente asunto, **pues a falta del padre de los citados menores de edad**, la custodia y representación legal recae única y exclusivamente en la señora DIANA PATRICIA VALENCIA NARANJO, que es la madre y por ende la representante legal por disposición legal (inciso segundo del artículo 288 del Código Civil Colombiano)”*

No podría entonces exigirse la activación de una figura distinta a la de la representación legal de la señora Diana Patricia respecto de sus hijos, mucho menos que en favor de los menores asuma su vocería la señora Carmen Ríos quien al parecer convivía con el señor Orlando de Jesús Guarín (padre de los niños) al momento de su inclusión en el RUV; ello de ninguna manera se contempla dentro del ordenamiento jurídico de acuerdo a lo expuesto en precedencia, y pretenderlo de esa manera y como insiste la entidad accionada, contraría por demás el derecho fundamental al debido proceso desarrollado por el artículo 29 de la Constitución Nacional, que en el caso bajo estudio, armoniza con el 26 de la ley 1098 de 2006:

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados.

En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.

Por consiguiente, la decisión de primera instancia será confirmada, habida consideración que el actuar de la Unidad Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas en realidad desconoció la garantía fundamental al debido proceso e interés superior de los menores *JHONATAN ALEXIS GUARÍN VALENCIA* y *STIVEN GUARÍN VALENCIA*, a quienes les asiste el derecho de ser representados legalmente por su progenitora *DIANA PATRICIA VALENCIA NARANJO*, dentro del trámite de reparación integral en esa entidad así como el orientado al reconocimiento de los demás beneficios a los cuales haya lugar.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela objeto de impugnación, según fue proferida por el Juzgado

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

de origen y de acuerdo a lo expuesto en precedencia.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA

RENE MOLINA CARDENAS
MAGISTRADO

N° Interno : 2020-1077-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05-284-31-89-001-2020-00005
Accionante : Diana Patricia Valencia Naranjo
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA
CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

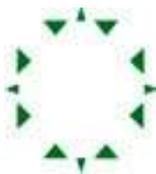
**GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA**

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:

**e8313199e164f0c56b7040789fa665c3ecee24c9faeeb54e1c4fc81ea
1da4e88**

Documento generado en 09/12/2020 09:10:26 a.m.



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, nueve (9) diciembre de dos mil veinte

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 131

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionados	Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali-Valle del Cauca
Radicado	(2020-1195-5)
Decisión	Se dispone remitir las diligencias a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali-Valle del Cauca

ASUNTO

El señor YEISON ANDRÉS BUILES DAVID detenido en Jamundí Valle del Cauca, instauró la presente acción de tutela contra el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

De acuerdo con el Decreto 1983 del 2017 artículo 1° numeral 5° las acciones de tutela dirigidas contra los jueces o tribunales serán repartidas en primera instancia al superior funcional de la autoridad accionada.

Se observa que la competencia recae en este caso en la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali-Valle del Cauca, toda vez que es el superior del Juzgado accionado.

No se configura en este particular asunto la competencia territorial a prevención, porque también se observa en la tutela que el domicilio para efectos de notificaciones del accionante está fijado en Jamundí-Valle del Cauca, municipio que pertenece al Circuito Judicial de Cali.

En lo que atañe a la diferenciación entre las reglas de competencia y de reparto, la H. Corte Constitucional definió que ante las inconsistencias que derive de la aplicación o interpretación de aquéllas –las reglas de competencia-, v. gr., en punto del factor funcional, lo procedente entonces, es remitir la actuación ante el juez sobre el cual radica la competencia, tal como se desprende del análisis efectuado por el máximo Tribunal Constitucional en la materia, mediante Auto N° 124, del 25 de marzo de 2009 y reafirmado a través del Auto N° 061 del 6 de abril de 2011, ambas decisiones, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

En ese orden, se dispondrá la remisión de la presente acción por competencia a la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali-Valle del Cauca.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, prorrogado, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo con la aceptación del contenido del auto por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARA que no es competente para resolver la acción de tutela instaurada por el señor YEISON ANDRÉS BUILES DAVID contra el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali-Valle del Cauca.

SEGUNDO: REMITIR las diligencias a la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali-Valle del Cauca en punto de la competencia para conocer del referido trámite de amparo constitucional. Lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

TERCERO: INFORMAR que esta decisión se debatió y aprobó por correo electrónico, siguiendo los acuerdos PCSJA20-11517 y PCSJA-20-11518 de 2020 prorrogados, del Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO: COMUNICAR esta decisión al accionante.

CÚMPLASE.

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

RENE MOLINA CARDENAS

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-
ANTIOQUIA**

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-
ANTIOQUIA**

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:

8777cb1ff9213f98cef7c332846ff57a48c8df74c6d239174eb8c8010ed370e

Documento generado en 09/12/2020 03:03:08 p.m.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Proceso No. 057566100101201700154 **NI: 2020-0954-6**
Acusado: ALEXANDER SÁNCHEZ ALZATE, LUIS FERNANDO GONZÁLEZ HERRERA Y
JHON JAIRO VALENCIA BEDOYA
Delito: Homicidio en la modalidad de tentativa, Secuestro Simple y Hurto
Calificado Agravado
Decisión: Revoca
Aprobado Acta No. 113

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

Medellín, diciembre nueve de dos mil veinte

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO.

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida el pasado 24 de septiembre del 2020 por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón, Antioquia, en contra de Alexander Sánchez Alzate y Luis Fernando González Herrera, por el delito de Hurto Calificado y Agravado.

LOS HECHOS.

De acuerdo a lo narrado en la providencia impugnada, para el 18 de noviembre del 2017 a eso de las 11:00 de la noche, hasta la finca “Trigo de Oro” de la vereda Manzanares del municipio de Sonsón, a una tienda de propiedad de la señora Luz Damaris Orozco Otálvaro quien se encontraba en compañía de su hija Manuela Cortés Orozco, llegaron tres personas con sus rostros cubiertos quienes luego de ingresar a la vivienda de forma violenta, procedieron a someterlas mediante el empleo de la fuerza y luego de atarlas se apoderan de 02 teléfonos celulares, un computador portátil, una cámara digital, varias garrafas de ron y aguardiente, un anillo de oro, mercancías varias y dos millones trescientos mil pesos, lo que finalmente valoran las víctimas en la suma de ocho (8) millones de pesos.

Posteriormente y luego de una serie de eventos con los elementos hurtados, las afectadas establecieron que los desconocidos que habían ingresado a su vivienda eran Alexander

Sánchez Alzate, Jhon Jairo Valencia Bedoya, Luis Fernando González Herrera y Luis Argiro Jaramillo conocido como "Runny", por lo que procedieron a presentar la respectiva denuncia.

ACTUACIÓN PROCESAL.

Con fundamento en lo antes referido la Fiscalía General de la Nación formula Imputación y posteriormente para el 22 de noviembre del 2019 presentó la respectiva acusación, a Alexander Sánchez Alzate, John Jairo Valencia Bedoya y Luis Fernando González Herrera, por los delitos de Homicidio agravado en grado de tentativa, Secuestro Simple y Hurto Calificado Agravado, luego la audiencia preparatoria se efectuó el día 09 de junio del 2020, iniciándose el juicio el 01 de septiembre de los corrientes y culminándose el 03 del mismo mes y año, cuando se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio en contra de Sánchez Alzate y González Herrera por el delito de Hurto Calificado y Agravado.

SENTENCIA APELADA.

Contiene un recuento de los hechos así como también de toda la actuación surtida desde la presentación del escrito de acusación hasta la culminación del juicio oral, luego la anunciación del sentido del fallo de carácter absolutorio frente a los delitos de Homicidio Agravado en la modalidad tentada y Secuestro Simple, y condenatorio por el delito de Hurto Calificado Agravado en contra de Luis Fernando González Herrera y Alexander Sánchez Alzate, pues que respecto de Jhon Jairo Valencia Bedoya absolutorio por todas las conductas.

Luego se ocupó de señalar que se apartaba de la solicitud de absolución postulada por el Delegado Fiscal, y que finalmente llevaron a ese Despacho a optar por una sanción de manera parcial por las siguientes razones:

Señaló en una bastante confusa argumentación que del testimonio rendido en juicio oral por una de las víctimas Manuela Cortés Orozco que reconoció por su voz a 02 de los atacantes porque con anterioridad los conocía, lo que aunado a las negociaciones del celular objeto del hurto realizada por Luis Fernando González Herrera en el municipio de Andes con uno de los primos de la declarante, confirma no solo su autoría sino que

demuestra la credibilidad de la testigo, por lo que no se puede considerar como prueba de referencia como lo pretenden las partes, pues que eso la convierte en deponente directa.

Apunta que no obstante en la fase post delincencial se podría entender como una testigo de oídas, condición que no descalifica su exposición en cuanto se entiende que *“es aquel que narra lo que otra persona le relata sobre unos hechos y, por lo tanto, lo que puede acreditar, en últimas, es la existencia de ese relato”*, de donde se puede concluir que lo expuesto por la testigo refleja el acontecimiento como se vivió.

Refiere que el reconocimiento de voz que hiciera la víctima se puede considerar como la cara o rostro auditivo, pues quien habla resulta ser conocido debido a que se puede saber quién es, esto es, se puede identificar por la forma, tersura y entonación, que al aunar esa voz y el rostro se crea una imagen de quien dialoga, siendo precisamente ese el ejercicio que realizó la testigo sin que exista necesidad de someterse a prueba técnica, toda vez que no se está frente a una grabación del momento para su comparación, distinto fuera que se recordara solo las voces y no las personas por lo que se trató de un aspecto de confirmación, no de identificación del rostro auditivo.

En consecuencia, consideró satisfechos los requisitos legales para proferir una sentencia condenatoria, y le impuso a los procesados una pena de 144 meses de prisión, al encontrarlos penalmente responsables de la conducta punible de Hurto Calificado y Agravado en calidad de autores.

No ocurrió lo mismo frente a los delitos de Homicidio agravado en grado de tentativa y Secuestro pues consideró atípicas las conductas, teniendo en cuenta respecto de la primera de ellas no se había establecido de manera cierta que la intención fuera de causar la muerte, no obstante la incursión a la vivienda haberse presentado de manera violenta y utilizando armas de fuego; y en cuanto al Secuestro conceptuó que la retención se subsumía en la violencia del hurto y apoyado en el retiro de cargos que hiciera la Fiscalía.

Ahora, en cuanto a la absolución de todos los cargos en contra del señor Jhon Jairo Valencia Bedoya, apuntó que la única referencia que existe es la afirmación de la testigo Luz Damaris Orozco Otálvaro en la que no encontró trascendencia como prueba para una demostración de responsabilidad, al igual que acogiendo el retiro de cargos de la Fiscalía.

DE LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN.

Inconformes con la decisión adoptada por el *a-quo*, los abogados defensores de quienes resultaron condenados interpusieron el recurso de apelación en el que solicitan la absolución para cada uno de sus representados, pues que no se probó de manera alguna que estos efectivamente participaran en el hurto, inconformidad que sustentan en los siguientes términos:

De la defensa del condenado Luis Fernando González Herrera

- Nos encontramos frente a una condena basada únicamente en prueba de referencia, desconociéndose con ello lo reglado en el artículo 381 del Estatuto Procesal Penal, pues que fue precisamente una de las víctimas quien en juicio oral indicó que no le fue posible reconocer a ninguna de las personas que irrumpieron en su domicilio para el 28 de noviembre del 2017, enterándose de que “LUIS” había participado en el hecho en una conversación que tuvo su hijo con éste, pero sin precisar si se trataba del mismo que había sido llamado a juicio, transformándose en una prueba de referencia.
- Señala que igual ocurre con el testimonio de la otra víctima Manuela Cortés Orozco, quien narró los sufrimientos que padeció pero que no es determinante para identificar a su protegido en el lugar de los hechos, pues que solo se entera que es “LUIS” el esposo de su prima porque habla con la tía de ella, entendiéndose que se entera que se trata del acusado por una tercera persona, lo que da a entender que su declaración se basa no en lo que percibió sino en lo que le contaron.
- Refiere también la testigo que conoció el evento por la negociación de un celular donde habían unas fotos, sin saber de qué fotos se trata como tampoco de qué celular y bajo que IMEI pues que ni siquiera se relata en la denuncia, acontecimientos a los que el Despacho da entera credibilidad sin fundamento para ello, pues que no existió práctica probatoria que corroborara los mismos.

De la defensa de Alexander Sánchez Alzate:

- Señala que su representado resulta condenado en este proceso solo con la manifestación de Manuela Cortés Orozco, al referirse a una voz que dice identificar como la de "ALEX", sin que exista elemento diferente para concluir en una sentencia de este carácter, pues que el Juez debe contar con otros medios de prueba que generen certeza y de esta forma destronar la presunción de inocencia como eje fundamental y constitucional del proceso penal; pues que fue precisamente la Fiscalía en calidad de titular de la acción penal, quien retiró los cargos en contra de su representado precisamente con el argumento de no haber podido desvirtuar esa presunción de inocencia.
- Refiere que la otra víctima Luz Damaris Orozco dice no reconocer a ninguno de los atacantes, pues que no solo se encontraba en un espacio oscuro sino que estos cubrían sus rostros con pasamontañas, situación que aleja la posibilidad de individualizar siquiera a uno de ellos; no obstante es Manuela Cortés quien indicando haber reconocido una voz que pertenece a "ALEX" la única razón para concluirse con una condena, pues que se omitió por lo menos realizar un reconocimiento en fila de personas, una caracterización de voz, comparación morfológica sistemática conforme los artículos 251 y ss de la Ley 906 de 2004, o por lo menos un señalamiento en el mismo juicio de parte de la víctima donde pudiera indicar que su atacante fue su prohijado y no otro.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Penal del Circuito de Sonsón, despacho que profirió la providencia que hoy se recurre, determinando si le asiste la razón a los recurrentes o si por el contrario la sentencia proferida por el funcionario judicial debe ser confirmada.

Lo primero que considera la Sala se debe ventilar es si en realidad en razón a esa renuncia a la persecución penal que anunciara la Fiscalía al pedir la absolución, era factible que el Juez de instancia se apartara de ese retiro de cargos y terminara condenando a los procesados como en efecto ocurrió.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP6808-2016 Radicación 43837 del 25 de mayo del 2016, señaló:

“Se varía, entonces, la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral¹. Así, la sentencia, al constituir una verdadera decisión judicial, sea condenatoria o absolutoria, siempre será susceptible de recurso de apelación por la parte o el interviniente que le asista interés. A su vez, el juez de segunda instancia revisará la corrección del fallo a partir de los puntos de impugnación que se le propongan o los que resulten inescindiblemente vinculados, sin que, en todo caso, su resolución pueda agravar la situación del apelante único.”

De acuerdo a lo reglado por la Corte en su sentencia, si es posible entonces que el juez de conocimiento se distancie de esa petición de absolución que eleva la fiscalía durante las alegaciones finales, y decidirá exclusivamente con apoyo en las pruebas arrimadas en juicio oral como en efecto ocurrió en este caso; por lo que corresponde ahora a la Sala, tantear acerca de si en realidad de las pruebas aducidas en juicio que fueron únicamente testimoniales, se puede demostrar la responsabilidad de los acusados en la comisión de las conductas punibles imputadas.

De los testimonios recolectados en juicio.

Como pruebas testimoniales de la Fiscalía presentó a las víctimas y en primera instancia declaró la señora Luz Damaris Orozco Otálvaro, quien no dudó en señalar como para la fecha del 28 de noviembre del 2017 a la vivienda donde se encontraba acompañada de su hija, ingresaron en forma violenta tres sujetos que tapaban sus rostros con pasamontañas, que fueron doblegadas y amordazadas y que en efecto se apoderaron de algunos bienes de su propiedad; sin embargo es insistente en señalar tanto en el interrogatorio como en el contra que no le fue posible reconocer a ninguno de ellos toda vez que se encontraba oscuro, además por los ataques de que fue objeto por parte de uno de los sujetos perdió el

conocimiento por un largo rato; para luego señalar que en realidad de lo único que enteró con posterioridad fue que su hijo había recibido una llamada vía celular de “LUIS” refiriéndose a uno de los condenados, quien le manifestó su intención de contar la verdad de lo sucedido.

Luego declaró otra de las víctimas Manuela Cortés Orozco quien al igual que su progenitora narró todo lo acontecido la noche del 28 de noviembre del 2017, señalando como fueron amarradas y amordazadas por tres sujetos que ingresaron a la vivienda donde se hallaba en compañía de su hija y su progenitora, que estos cubrían sus rostros con pasamontañas razón por que la no le fue posible reconocerlos; sin embargo, fue insistente en asegurar que reconoció la voz de uno de ellos a quien conoce como Alexander Sánchez, pues que lo trataba desde hacía 16 años.

Continuó su intervención señalando que con posterioridad se dieron cuenta por una llamada telefónica que le hicieron a su hermano, no solo de que Luis había participado en los hechos sino que había manifestado su voluntad de contar la verdad de todo lo sucedido, que conoce a esa persona desde hace aproximadamente dos años atrás porque es compañero de su prima, además luego se enteró por voces de unos familiares residentes en el municipio de Andes, en el sentido de que Luis se había desplazada a esa población donde negoció uno de los celulares que se habían hurtado el día de los acontecimientos. Aclaró también que no tuvo ninguna participación en la llamada que recibiera su hermano, pues que solo escuchó la grabación que se hizo de ese diálogo.

En el conainterrogatorio a que fue sometida la testigo nuevamente fue insistente en haber reconocido a Alexander Alzate por su voz, pues que lo conocía desde hacía aproximadamente 16 años porque era amigo de su hermano; sin embargo, indicó que era la primera vez que éste hacía presencia en la vivienda de su progenitora. Asegura además, no haber podido reconocer en esos momentos a ninguno de los otros sujetos que ingresaron a la residencia, por cuanto se encontraban cubiertos con pasamontañas.

De lo dicho por esta testigo en juicio es que el juez a – quo edifica su sentencia, pues considera suficiente el reconocimiento de voz que la víctima hace respecto del procesado Alexander Sánchez Alzate designando según sus palabras “la voz como forma de reconocimiento”, además de se podría estar hablando de la “cara o rostro auditivo”, tratándose entonces de un aspecto de confirmación y no de identificación del rostro, por lo

que considera no era necesario someter la voz que dijo la declarante haber reconocido a pruebas técnicas.

En cuanto a la responsabilidad de Luis Fernando González Herrera la deduce no solo también del reconocimiento de voz que hiciera la víctima en su testimonio, sino de la negociación llevada a cabo por éste con uno de sus familiares en el municipio de Andes, de uno de los aparatos celulares hurtados para la fecha de los hechos, además, de la conversación que González Herrera sostuviera con el hermano de la deponente donde indicaba su voluntad de colaborar y contar la verdad de lo sucedido.

De lo recopilado en sede de juicio oral no emerge tan clara para esta Sala la participación de los procesados Sánchez Alzate y González Herrera en los hechos materia de esta actuación, pues que si bien la víctima Manuela Cortés Orozco indicó haber reconocido la voz de Alexander como uno de los sujetos que ingresó a su vivienda, esa sola manifestación no es suficiente para declarar su responsabilidad pues que para ello era necesario que se aportara otros elementos con los cuales se pudiera corroborar tal afirmación, pues como bien lo señaló su apoderado en la impugnación no es suficiente dicho reconocimiento para derruir la presunción de inocencia de cobija a su representado.

Tampoco se ocupó el juez de instancia en su providencia de sustentar en debida forma porque daba entera credibilidad al dicho de la testigo en cuanto al reconocimiento de la voz de 02 de los procesados, pues que solo se ocupó de delimitar esa voz como forma de reconocimiento pero no apoya esa tesis en ninguna otra prueba, pues que ambas declarantes fueron claras en manifestar la imposibilidad en que se encontraban para reconocer a quienes ingresaron a su vivienda aparte de distinguir su voz.

No comprende la Sala como es que la testigo Manuela Cortés dice reconocer la voz de Alexander Sánchez, de quien además dice no era frecuente que visitara la vivienda de su progenitora y no logra reconocer en ese mismo momento la del otro implicado Luis Fernando González Herrera de quien señala tener contacto más frecuentemente en vista de que ser el compañero de una familiar suya y distinguirlo también desde hacía dos años aproximadamente.

Tampoco es posible construir una sentencia apoyado en una supuesta conversación sostenida entre uno de los procesados con el hermano de una de las víctimas, quien según

su dicho pretendía colaborar contando la verdad acerca de lo sucedido, así como también de una virtual negociación que este hiciera con familiares de Manuela Cortés con uno de los celulares objeto del hurto, cuando en realidad se pudieron efectuar otras actividades tendientes a corroborar esas manifestaciones como llevar a juicio a quien recibió esa llamada, así como también a quien se encargó de la supuesta negociación de uno de los aparatos celulares, pero no se hizo pues aquí lo que se mostró fue que poco o nada hizo la fiscalía para tratar de demostrar la responsabilidad de los acusados, de ahí entonces que quienes impugnan refieran que se trata de pruebas de referencia de las cuales no puede emerger una responsabilidad penal.

Acerca de lo que se debe entender como prueba de referencia la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP10694 radicación Nro. 37924 del 13 de agosto del 2014, señaló:

“La corte se ha ocupado de fijar los requisitos para la correcta apreciación del testigo de oídas, con el fin de evitar que en su estimación se incurra en errores de hecho:”

“De esa forma, se ha concluido que aun cuando el testigo de oídas no es de por sí prueba deleznable, el operador jurídico está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esa clase de medios de prueba, ya que esta especie de testimonio adquiere preponderancia en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material, únicamente cuando es imposible obtener en el proceso la declaración del testigo o testigos que tuvieron directa percepción del suceso. Por eso, la Sala ha establecido, según surge de sus precedentes jurisprudenciales, cuatro presupuestos a aplicar con ocasión de la apreciación del referido medio de persuasión:”

“En primer lugar, se requiere que se trate de un testigo de referencia de primer grado, entendiendo como tal quien sostiene en su declaración que lo narrado lo escuchó directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos, en contraste con el testigo de segundo grado o de grados sucesivos, que es quien al deponer afirma que oyó a una persona relatar lo que ésta, a su turno, había oído a otra, y así sucesivamente. Tal exigencia se justifica porque en el análisis de esa prueba de orden testimonial, el de primer grado ofrece mayor fiabilidad y fortaleza que el de segundo, tercero, etc., dado que lo conocido no es de una tercera o cuarta fuente, sino de la inicial respecto de lo afirmado o

narrado por el testigo directo. ²(CSJ SP 2 Oct 2001 rad. 15286; CSJ SP 26 abr 2006 rad 19561)”

“En segundo término, es preciso que el testigo de oídas señale cuál es la fuente de su conocimiento, esto es, al testigo directo del evento de quien recibió o escuchó la respectiva información, identificándolo con nombre y apellido o con las señales particulares que permitan individualizarlo, condición que resulta sustancial, de una parte, para que en el curso del proceso el funcionario intente por todos los medios legales que éste asista a declarar acerca de su cognición personal del suceso, indistintamente de que por razones debidamente justificadas (muerte, enfermedad, localización, etc.) resulte imposible obtener tal comparecencia; y de otra, porque de no ser así, es decir, de acoger o conceder mérito a la declaración de un testigo de referencia que no precisa quién es su referente, o que atribuye la ciencia de su dicho al comentario público o rumor popular —divulgado por personas desconocidas, creado, alimentado y dirigido por intereses inciertos, transformado por fenómenos de psicología colectiva, y difundido sin dirección ni sentido de responsabilidad—, en la práctica equivaldría a admitir una prueba testimonial anónima, cuya validez es contraria a elementales postulados que sustentan el Estado Social de Derecho³.”

“En tercer lugar, es imperioso establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia, de manera que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante ex auditu es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo.”

“Y, en cuarto término, es fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento la confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valorados en conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se le

² Sentencias casación penal 15282 y 19561 de 2 de octubre de 2001 y 26 de abril de 2006, respectivamente.

³ Cfr. En ambos sentidos: Climent Duran, CARLOS, “La prueba Penal” “Testigos de referencia”, pág. 174 a 177. Ed. Tirant lo blanch. Valencia (España) 1999. Y Jacobo López Barja de Quiroga, JACOBO, “Tratado de Derecho Procesal Penal” “El testigo de referencia”, pág 1326 a 1329. Thomson Aranzadi, Navarra (España) 2004.

transmitió en la forma como éste lo señaló y que efectivamente el suceso debatido ocurrió de conformidad con su narración⁴.

“En conclusión, el testimonio de oídas se erige como medio de persuasión idóneo, serio y creíble cuando, además de reunir los dos primeros presupuestos, “aparece corroborado o respaldado por otros elementos de convicción que no permiten dudar de la veracidad del relato hecho por otras personas al testigo”⁵, lo cual implica afirmar que la prueba testifical de referencia única, por sí sola, es decir, huérfana de otros medios probatorios que la confirmen y robustezcan, en cualquier caso carece de eficacia suficiente para desvirtuar la presunción constitucional y legal de inocencia⁶.”

“Es necesario anotar, en esta oportunidad, que los presupuestos en alusión surgen a partir de los propios criterios de la sana crítica que deben considerarse cuando se asume la tarea de apreciación de las pruebas, en particular de reglas de la experiencia, como aquella según la cual a medida que un relato va transmitiéndose de persona en persona, generalmente al mismo progresivamente se le suman o suprimen detalles que terminan distorsionando sustancialmente el original, convirtiéndose en rumor público, cuya principal característica, como se ha dicho por la doctrina, precisamente “consiste en que no puede comprobarse la fuente de donde proviene”⁷.”

“De modo, pues, que la apreciación de un testimonio referencial, desconociendo los presupuestos mencionados en precedencia, conlleva a la configuración de un falso raciocinio que, entonces, puede ser perfectamente denunciado en sede de casación por vía del error de hecho. (CSJ SP 11 Nov 2013 rad. 42359-Resaltado de la Sala)”

Conforme a lo anterior, sin duda alguna era necesario que el juez a – quo no solo dedicara especial cuidado a la valoración del testimonio de las víctimas en sede de juicio oral sino que le asistía el deber de respaldar con otros medios de convicción lo manifestado por estas, en cuanto al reconocimiento que se hiciera de uno de los acusados por su voz y respecto del otro coacusado al haber escuchado acerca de una manifestación de éste de querer

⁴ Cfr. Sentencia de 5 de octubre de 2006, radicación 23960.

⁵ Cfr. Sentencia de 18 de octubre de 1995, radicación 9226, criterio reiterado en sentencias de 2 de octubre de 2001, radicación 15286, y 5 de octubre de 2006, radicación 23960.

⁶ Ídem, obras citadas.

⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo 2, primera edición colombiana, Biblioteca Jurídica DIKE, pág. 78.

colaborar contando la verdad de lo sucedido, además frente a la negociación que se hiciera de unos de los celulares hurtados, de lo contrario como dice la Corte, carecerían de eficacia para desvirtuar la presunción de inocencia.

Así las cosas, considera la Sala que en el caso de marras la prueba recaudada no consigue transmitir el conocimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la responsabilidad penal de los procesados Alexander Sánchez Alzate y Luis Fernando González Herrera, en la comisión de la conducta punible de Hurto Calificado Agravado, contrario a lo planteado por el Juez de instancia, pues que tal como así lo consideró la Fiscalía al momento de la clausura del debate oral con el material probatorio practicado en la etapa de Juicio, no era posible derribar la presunción de inocencia que cobija a los procesados y de esa forma culminara peticionando su absolución, no existiendo otra salida que dar aplicación al principio de *in dubio pro reo*, resolviéndose de manera favorable las dudas en favor de los procesados.

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

*“La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de toda duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.”⁸*

En consecuencia, no encuentra entonces la Sala razón valedera para entrar a confirmar la sentencia objeto de impugnación, por lo que se revocará la misma, al considerarse que existen dudas acerca de la responsabilidad de Alexander Sánchez Alzate y Luis Fernando

⁸ CSJ, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de marzo de 2006, radicado 22.179. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

González Herrera, en la comisión del delito por el cual resultaron condenados. Providencia discutida y aprobada por medios electrónicos.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón, Antioquia, el pasado 24 de septiembre del 2020, en cuanto a que se absuelve a ALEXANDER SÁNCHEZ ALZATE y LUIS FERNANDO GONZÁLEZ HERRERA por los delitos de Homicidio agravado en la modalidad Tentada y Secuestro Simple, así como también al señor Jhon Jairo Valencia Bedoya de los delitos de Homicidio agravado en la modalidad Tentada, Secuestro Simple y Hurto Calificado y Agravado.

SEGUNDO: Revocar la sentencia condenatoria proferida el pasado 24 de septiembre del 2020, por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón, Antioquia y, en consecuencia, se dispone la absolución de ALEXANDER SÁNCHEZ ALZATE y LUIS FERNANDO GONZÁLEZ HERRERA, por la conducta punible de Hurto Calificado y Agravado, conforme a lo señalado en la parte motiva de ésta sentencia.

TERCERO: En consecuencia, se dispone la libertad inmediata e incondicional de los procesados ALEXANDER SÁNCHEZ ALZATE y LUIS FERNANDO GONZÁLEZ HERRERA, siempre y cuando no sean requeridos por otra autoridad, por tanto, líbrense las comunicaciones de rigor con destino al lugar donde actualmente se encuentran privados de la libertad.

Expídanse las comunicaciones de rigor e infórmese de lo aquí resuelto a las autoridades que se les reportó el inicio del proceso y la imposición de la medida de aseguramiento que pesó en contra de SÁNCHEZ ALZATE y GONZÁLEZ HERRERA.

CUARTO: Ésta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes (artículo 98 ley 1395 de 2010).-

CÓPIESE y a su ejecutoria **DEVUÉLVASE** al Juzgado de origen.

Firma electrónica

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado Ponente

Aprobado por correo electrónico ante problemas con la plataforma de firma electrónica conjunta.

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

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:

3d90088b64a7d5cf99268bb25bd86b2a0dfc886798ae5b82cb255731d4539bfb

Documento generado en 09/12/2020 04:01:20 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05000220400020200033200

NI: 2020-1149-6

Accionante: MARCELINO TOBÓN TOBÓN

Accionado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE ANTIOQUIA Y FISCAL 41 SECCIONAL DE LA CEJA (ANTIOQUIA) DRA. DIVA SALAZAR PEÑA

Decisión: declara improcedente por hecho superado

Aprobado Acta No.: 112

Sala No.: 06

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, diciembre nueve del año dos mil veinte

VISTOS

El señor Marcelino Tobón Tobón, solicitó protección Constitucional a sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al derecho de petición, presuntamente vulnerados por parte de la Fiscalía General de la Nación, la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia y la Dra. Diva Salazar Peña Fiscal 41 Seccional de La Ceja (Antioquia).

LA DEMANDA

Indica el señor Marcelino Tobón Tobón que, en el año 2013 por denuncia instaurada por el señor Jesús Alberto Galeano Molina, fue vinculado junto a su esposa a un proceso penal por las conductas punibles de falsedad en documento privado, hurto agravado y enriquecimiento ilícito de particulares; dentro del cual el día 12 de marzo de 2020 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) los absolvió de los cargos imputados, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia el día 22 de julio de 2020.

Asevera que desde el año 2013, solicitó a la representante de la fiscalía a través de su abogado defensor se le escuchara en interrogatorio, esto no fue aceptado, lo anterior con el fin de dar claridad en cuanto a la relación laboral y comercial con el denunciante.

Señala que en varias de las etapas procesales la Fiscal 041 Seccional de La Ceja (Antioquia) Dra. Diva Salazar Peña, faltó a la verdad asegurando que la empresa "*fashion flowers Ltda*" era utilizada como fachada para ocultar dineros ilegalmente obtenidos; pese a encontrarse desvirtuada conforme a los elementos materiales probatorios recopilados donde claramente se demostró la legalidad de la empresa.

Que producto de la investigación en su contra durante varios años le embargaron sus bienes y con ello le surgió la imposibilidad de continuar con su actividad económica.

Relata que conforme al actuar indebido de la delegada fiscal el día 2 de octubre de 2020, vía telefónica presentó denuncia penal en contra de la Fiscal 41 Seccional de La Ceja (Antioquia), asignándose el NUNC 258436000383202050600, así mismo, que le informaron por medio de correo electrónico que la denuncia fue asignada al mismo despacho denunciado.

Así las cosas, manifiesta que el 14 de octubre de 2020 solicitó a la Fiscalía General de la Nación procediera a remitir la denuncia a un fiscal competente, a pesar de ello, relata su inconformidad por cuanto a la fecha de interponer la presente acción constitucional había transcurrido más de un mes y no se había asignado en debida forma.

Solicita que se le ordene a la Fiscalía General de la Nación o a la Fiscal 41 Seccional de La Ceja (Antioquia), procedan a remitir la denuncia a un fiscal competente, aunado a lo anterior se emitan ordenes tendientes a velar por el debido proceso de la denuncia, y ser tramitada de manera oportuna.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la demanda el pasado 26 de noviembre de la presente anualidad, se ordenó notificar a la Fiscalía General de la Nación, a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia y a la Fiscal 41 Seccional de La Ceja (Antioquia), así mismo se dispuso la vinculación de la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación.

LA FISCAL 41 SECCIONAL DE LA CEJA (ANTIOQUIA), Dra. Diva Salazar Peña, por medio de oficio número DSA 20600 01-02 del día 27 de noviembre de 2020, respondió al requerimiento efectuado por esta Sala manifestando lo siguiente:

Que como fiscal delegada tramitó hasta la sentencia de segunda instancia el proceso penal seguido en disfavor del accionante y su esposa, asevera que no actuó con temeridad, pues su teoría del caso fue producto de lo aportado por el accionante y corroborado por lo informes de los investigadores.

Cuestiona el actuar del señor Tobón Tobón por cuanto lo pretendido en la presente acción se reduce a trámites administrativos. Resalta la situación actual por la emergencia sanitaria, y las situaciones difíciles que se han derivado de la virtualidad, pero que aun en situaciones excepcionales velan por la protección de los derechos fundamentales.

Una vez conocido el caso, explica que solicitó a la dirección seccional la salida de la denuncia objeto del presente trámite a la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia, por ser de su competencia. Manifiesta que no encuentra vulneración a derechos fundamentales, además que no ha transcurrido desde su solicitud un lapso de tiempo que amerite que el accionante active el mecanismo constitucional, pues los términos se encuentran dentro de los plazos de razonabilidad dada la contingencia de trabajo en casa, por lo que solicita se despache de manera negativa las pretensiones invocadas. Además, que esa delegada nada tiene que ver dentro

de lo pretendido por el señor Marcelino Tobón por cuanto dentro de sus funciones no se encuentra la de asignación de las denuncias.

LA MESA DE CONTROL PQR, DE LA DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE ANTIOQUIA, por medio de escrito suscrito por la señora Aleida Córdoba Cuesta, manifiesta a esta Magistratura que la labor de la mesa de control en lo que tiene que ver con las PQR, está enfocada en la clasificación y remisión de las peticiones, quejas y reclamos por competencia, no tiene ninguna injerencia en la recepción o asignación de denuncias; además que la solución a la asignación errónea de las denuncias, no comienza en la mesa, si no en la gestión del fiscal competente, situación que ocurrió, pues si bien la denuncia se encontraba asignada al despacho de la Fiscal 41 Seccional de La Ceja (Antioquia), ahora se encuentra asignada a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia. Para comprobar lo anterior, adjunta a la respuesta de tutela constancia de la consulta donde consta la variación en la asignación.

La Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia y la Fiscalía General de la Nación, pese a estar debidamente notificadas no se pronunciaron respecto de los hechos esgrimidos por el accionante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. 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.

2. Solicitud de amparo

El señor Marcelino Tobón Tobón, solicita el amparo Constitucional de los derechos constitucionales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al derecho de petición, presuntamente vulnerados por parte de la

Fiscalía General de la Nación, la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia y la Fiscalía 41 Seccional de La Ceja (Antioquia).

3. De la 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.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del derecho de petición y del caso en concreto

La garantía fundamental reconocida por el artículo 23 de la Carta Política, consiste no sólo en la posibilidad que tiene toda persona de presentar ante las autoridades peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular, sino el derecho a obtener una respuesta pronta y de fondo sobre lo pedido, como que el administrado no puede quedar en la indeterminación y tiene derecho a que le sean resueltos sus planteamientos sin vaguedad alguna.

La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición: (i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos

legales; (ii) *cuando se muestra* aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición¹.

Ahora bien, se extracta de la petición constitucional que eleva el señor Marcelino Tobón Tobón, que protesta ante la Fiscalía General de la Nación, la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia y la Fiscal 41 Seccional de La Ceja (Antioquia), debido a que, a la fecha de activar la presente solicitud de amparo, la denuncia que interpone en contra de una de las partes accionadas, no había sido asignada a un fiscal competente para su debido trámite.

Por su parte la Dra. Diva Salazar Peña, Fiscal 41 Seccional de La Ceja (Antioquia), relata que una vez verificó el sistema se enteró que la denuncia que se interpuso en su contra fue asignada a su despacho, en el acto procedió a remitirla y solicitarle a la dirección seccional asignarle un fiscal competente para llevar acabo el debido proceso.

Por su parte la señora Aleida Córdoba Cuesta Coordinadora de la mesa de control PQR, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, por medio de escrito calendado el día 4 de diciembre de 2020, relata que la denuncia interpuesta por el señor Marcelino Tobón Tobón, ya se encuentra asignada a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia. Para demostrar lo anterior, adjunta a la respuesta la constancia de que efectivamente la denuncia ya fue asignada en debida forma.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que frente a la pretensión que eleva el señor Marcelino Tobón Tobón, de cara a que la denuncia instaurada en

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

contra de la Fiscal 41 Seccional de La Ceja (Antioquia), se asigne de forma correcta, ya se agotó, esto es, conforme a la respuesta brindada por la Coordinadora de la mesa de control PQR de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, donde según constancia que adjunta se avizora que efectivamente la denuncia se encuentra asignada al Fiscal 2 Delegado ante el Tribunal Superior de Antioquia.

Así las cosas, debe indicarse que, del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que, frente a la solicitud extendida por el accionante, ante la Fiscalía General de la Nación, nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, lo cual torna improcedente el amparo.

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente

las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario, pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

Se reitera entonces, en este caso nos encontramos frente al fenómeno denominado carencia actual de objeto por hecho superado, pues que para este momento ha variado la situación que originó la acción constitucional, toda vez que en el trámite de esta acción constitucional el despacho demandado ha gestionado lo necesario para conseguir se ejecute el objeto de esta solicitud de amparo, por lo que perdería entonces eficacia dar una orden en tal sentido. Providencia discutida y aprobada por medios electrónicos.

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 el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Marcelino Tobón Tobón, en contra de la Fiscalía General de la Nación, la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia y la Dra. Diva Salazar Peña Fiscal 41 Seccional de La Ceja (Antioquia), al presentarse la carencia actual de objeto por hecho superado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Se **EXHORTA** a la Fiscalía General de la Nación para que por intermedio del Fiscal 2 Delegado ante el Tribunal Superior de Antioquia, inicie la investigación penal sin ninguna clase de dilaciones injustificadas, dentro de los términos señalados en la ley, y respetando el debido proceso, enterando de lo acaecido al señor Marcelino Tobón Tobón.

TERCERO: La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

QUINTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firma electrónica
Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Aprobado por correo electrónico ante la indisponibilidad para la firma electrónica compartida el día de hoy diciembre 9 del 2020.

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

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

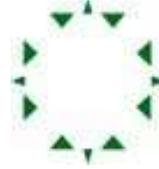
Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

57a59009c074734cd1cb3144df3886022d86c6a4778f93f49befb1c686f220c8

Documento generado en 09/12/2020 09:00:44 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, nueve (9) diciembre de dos mil veinte

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 131 de la fecha

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensor
Tema	Procedencia del recurso de apelación contra la decisión que resuelve solicitud de prisión domiciliaria - Decreto 546 de 2020
Radicado	05411-61-00-157-2015-80028 (N.I. TSA 2020-1141-5)
Decisión	Declara inadmisibile

ASUNTO A TRATAR

Sería del caso resolver de fondo el asunto sino fuera porque conforme el artículo 8 del Decreto 546 de 2020 y lo dispuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en radicado 57754 del 15 de julio de 2020, M.P. Fabio Ospitia Garzón, deberá declararse inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la defensa de LUIS CARLOS MARÍN LONDOÑO contra la sentencia del 17 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia del 2 de junio del año 2020, programada para continuar el juicio oral, la fiscalía y la defensa manifestaron haber llegado a un acuerdo según el cual, LUIS CARLOS MARÍN LONDOÑO aceptaba los hechos expuestos en el escrito de acusación, los que se encuadran en el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años (artículo 209 C..P)., a cambio de imponer la pena mínima de prisión establecida para esa conducta punible. Se impuso la pena de 9 años y 15 días de prisión por tratarse de un concurso homogéneo de actos sexuales abusivos.

El Juez aprobó el acuerdo y adoptó el correspondiente fallo condenatorio el 17 de septiembre del año 2020, negando la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En concreto, para lo que interesa a esta decisión, en lo referente a la domiciliaria transitoria que trata el decreto 546 de 2020, la negó por no cumplirse los requisitos para ello, y ser un tipo penal contemplado en las prohibiciones del artículo 6º del referido decreto.

IMPUGNACIÓN

En contra de la decisión la defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación con el que pretende se conceda el referido mecanismo del decreto 546 de 2020.

Argumentó esencialmente que su defendido es un adulto mayor de 71 años que presenta comorbilidades incompatibles con la vida en reclusión formal ante la presencia de la pandemia del COVID 19.

Aunque no desconoce las prohibiciones legales para la concesión de sustitutos penales y subrogados en relación con el delito por el que fue

condenado su representado, en su criterio esas prohibiciones se deben inaplicar cuando se trata de personas que, como su defendido, deben ser protegidas por el Estado dadas su condición de vulnerabilidad.

No hubo pronunciamiento de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

Como se advirtió, sería del caso resolver el recurso de alzada propuesto por el apelante, sin embargo, se declarará inadmisibles por las razones que a continuación se exponen:

Es claro que el problema jurídico propuesto por el impugnante se circunscribe a la negativa del Juez de conceder el mecanismo sustitutivo de la prisión establecido en el Decreto 546 de 2020.

Sobre el particular, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la medida de aseguramiento impuesta dentro del proceso penal pierde vigencia cuando se anuncia el sentido del fallo, pues a partir de allí la privación de la libertad se fundamenta en la sentencia condenatoria. En ese orden, desde el anuncio del sentido del fallo, las solicitudes referentes al Decreto 546 de 2020 se ubican en la hipótesis del artículo 8 de dicha normatividad, es decir, la prisión domiciliaria transitoria, lo que implica que la decisión que las resuelve sólo admite el recurso de reposición.¹

Así que equivocadamente el Juez concedió el recurso de apelación contra la decisión en la que resolvió no conceder la prisión domiciliaria transitoria, ya que, contra esta, pese a adoptarse dentro de la sentencia condenatoria, no procede el recurso de apelación, así lo impone el inciso 2º del artículo 8

¹ Sobre el particular, véase radicado 57754 del 15 de julio de 2020, AP1531-2020, M.P. Fabio Ospitia Garzón.

del Decreto 546 de 2020, y la interpretación que ha dado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia antes citada.

En consecuencia, se impone declarar inadmisibile la apelación propuesta, y se devolverá el expediente al Despacho de Primera Instancia.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido del auto por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión adoptada el 17 de septiembre de 2020 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, mediante la cual resolvió una solicitud de prisión domiciliaria transitoria, artículo 8 del Decreto 546 de 2020.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Despacho de origen.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

RENE MOLINA CARDENAS

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA

Auto segunda instancia Ley 906

Acusado: Luis Carlos Marín Londoño

Delito: Acto sexual abusivo con menor de 14 años

Radicado: 05411 61 00157 2015 80028

(N.I. TSA 2020-1141-5)

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:

c9e032d7c68471947750d3e659b6b079fcfd4444cdf916bfed8513e1136b85ea

Documento generado en 09/12/2020 01:22:23 p.m.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

RADICADO	05-154-61-00191-2018-80067-01
INTERNO	2020-0510-3
DELITOS	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS Y OTRO
ACUSADO	SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	REVOCA PARCIAL, REFORMA Y CONFIRMA CONDENA
LECTURA	DICIEMBRE 9 DE 2020; 9:30 HORAS

Medellín Antioquia, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

(Aprobado mediante Acta No. 148 de la fecha)

I. ASUNTO:

Resolver la impugnación propuesta por la defensa de **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, contra la sentencia proferida el 8 de junio de 2020, por el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Caucaasia Antioquia, mediante la cual, lo condenó como autor de la conducta punible de Demanda de Explotación Sexual Comercial de persona menor de 18 años, en concurso homogéneo, y Actos Sexuales con Menor de 14 años.

II. HECHOS:

En Caucaasia, el señor **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, en una ocasión en 2011, le practicó sexo oral a L.M.V.A., de 13 años de edad para la época, a quien también le permitió que lo penetrara con su miembro viril, por vía anal.

En el mismo municipio, en más de una oportunidad, solicitó realizar actos sexuales al joven L.M.V.A., quien no alcanzaba la mayoría de edad. Según la acusación, mediante pago o promesa de pago de dinero.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

Con base en los referidos hechos, el 13 de diciembre de 2018, ante el Juzgado 2º Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Cauca; entre otras actuaciones, se formuló imputación contra **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, por el comportamiento punible de Demanda de Explotación Sexual Comercial de persona menor de 18 años, agravado, en concurso homogéneo, y Actos Sexuales con Menor de 14 años. Después, se le impuso detención preventiva en su lugar de residencia.

Presentado el escrito de acusación el 3 de abril de 2019, el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cauca, tramitó la respectiva audiencia el 30 de abril posterior, en la cual, se mantuvieron los cargos imputados.

La audiencia preparatoria se realizó el 11 de junio de 2019; el juicio oral inició el 23 de julio de ese año, y tras varias sesiones, finalizó el 6 de febrero de 2020, el 12 de mayo de 2020, se anunció el sentido de fallo de condenatorio, en consecuencia, se ordenó el traslado del acusado al establecimiento penitenciario de Cauca, sin materializarse, dado que se fugó de su domicilio; por consiguiente, se libró orden de captura en su contra, sin hacerse efectiva.

La sentencia se leyó el 8 de junio de 2020, y fue impugnada por la defensa.

IV. DECISIÓN IMPUGNADA:

En cuanto al tipo penal de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona menor de 18 años de edad, agravado, señaló que se probó que el señor **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, en varias ocasiones, solicitó actos sexuales del joven L.M.V.A., cuando era menor de esa edad, ofreciéndole dinero a cambio, lo cual se extrae de la declaración de aquél; con independencia que en el juicio solo se concretó un episodio abusivo.

Trajo apartes de una providencia dictada en el radicado 40867, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el 2013, en la cual se concluyó que, para la configuración de ese comportamiento punible, se requiere: la solicitud o demanda del acceso carnal u otros actos a menor de 18 años de edad, por un sujeto activo indeterminado, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza; o sea, no se exige que el sujeto activo sea un “*cliente*” habitual de ese tipo de actividades, pues la descripción típica no se refiere solo a actividades de conglomerados mercantiles, sino que también comprende actos propios de la vida cotidiana; y tampoco deben concurrir elementos fácticos adicionales, como la intermediación de un tercero, concreción del acceso carnal o actos sexuales, ni la obtención de lucro.

De otro lado, argumentó que si bien, el joven L.M.V.A., señaló que fueron varias las ocasiones en las que el procesado realizó actos sexuales con él; lo cierto es que solo concretó un evento, ocurrido en el 2010, cuando tenía 12 años de edad, en el jardín hidro - botánico de Caucasia; en aquel sitio, el acusado le tocó sus genitales, le practicó sexo oral, y además, le permitió al menor que lo penetrara con su pene, vía anal, y por ello se encontró demostrada la existencia del delito de

Actos Sexuales con Menor de 14 años, pero no en concurso homogéneo, sino en una sola oportunidad.

V. IMPUGNACIÓN:

Para una mejor solución del caso, siguiendo el orden argumentativo que se extrajo de la sentencia de primer grado, la sustentación de la alzada se sintetiza así:

Estima que los dos comportamientos por los cuales se condenó a su asistido son atípicos.

Frente a la Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona menor de 18 años de edad, se esbozó que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en la decisión con radicado 49156 de 2019, para su estructuración se requiere **un trasfondo o contexto de explotación sexual**, el cual se echa de menos en este caso, por lo siguiente:

De la declaración de L.M.V.A., se establece que el procesado no le solicitó actos sexuales a cambio de pago o promesa de pago en dinero, sino que este lo invitaba a otras actividades -realización de eventos y aseo a su casa-, que terminaron en encuentros íntimos, cuando el joven tenía más de 14 años de edad, y después de ello, le entregaba dinero, pero como un detalle, tal como se acostumbra en las relaciones íntimas; en otras ocasiones, era el menor quien buscaba al señor **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, para conseguir dinero fácil, y aunque este le dio un bolso, no fue para tener actos sexuales.

Con respecto a los Actos Sexuales, señaló que hay duda que para el primer encuentro sexual entre el procesado y el joven L.M.V.A., acaecido

en el jardín hidro - botánico de Caucasia, este era menor de 14 años de edad, por las razones que se señalan a continuación:

Inicialmente, en el juicio oral, el adolescente manifestó que conoció al acusado en 2010, **cuando tenía 13 años de edad**, pero no concretó que fuera en ese año que se dio el primer episodio abusivo, como lo aseguró el Despacho; es más, no señaló fecha, ni año.

Luego, contestó a la fiscalía que **el segundo encuentro sexual se dio a sus 15 años de edad**, concluyendo, el defensor, que el primero fue poco tiempo antes; es decir que, en todo caso, ocurrió cuando no era menor de 14 años.

Después, a pregunta formulada por el representante judicial de víctima, por conducto de la fiscalía, respondió que tanto el encuentro en el jardín hidro - botánico, como el siguiente, se dieron cuando él tenía **menos de 14 años de edad**, lo cual es contradictorio.

Finalmente, en contrainterrogatorio, concretó que los comportamientos del jardín hidro - botánico tuvieron lugar en el **2011**, o sea, cuando tendría **14 años de edad**, pues no señaló mes.

Destacó que el adolescente tenía más de 20 años de edad cuando declaró; por lo tanto, estaba en capacidad de ofrecer claridad sobre ese particular aspecto, concretando las circunstancias de tiempo en que se dieron los actos sexuales.

Esbozó que, en este asunto, primero existieron *“insinuaciones”* sexuales, por parte de su procurado -sin ofrecer nada a cambio-, cuando el joven tendría 13 o 14 años de edad, pero los actos ocurridos en el jardín hidro - botánico de Caucasia, sucedieron cuando superaba esa última edad.

VI. INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTE:

El delegado de la fiscalía se pronunció, con el fin que se confirme la decisión impugnada. Para guardar el orden argumentativo de la sentencia y la alzada, sus aportes se presentan así:

Indicó que L.M.V.A., nunca admitió sostener una relación sentimental con el acusado, sino que se probó que lo instrumentalizó, e incitó a compartir su vida sexual a temprana edad, con la expectativa de dinero, y luego, lo atemorizaba con revelar lo que sucedía entre ellos, para persistir en los actos sexuales.

Señaló que al inicio de su declaración, L.M.V.A., manifestó que nació el 6 de junio de 1998, y que conoció al procesado en el 2010, cuando tenía 12 años, compartiendo las razones del juez, para colegir que los actos sexuales iniciaron esa época.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El problema jurídico propuesto por la defensa se contrae a determinar si existen yerros en la valoración probatoria que se hizo en la primera instancia, en cuanto a la existencia del concurso delictivo atribuido, los cuales deban corregirse con una sentencia absolutoria.

Para resolverlo, se analizará por separado, cada uno de los cargos por los cuales se condenó a **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, iniciando por el de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad.

No se discute que en Caucasia, el precitado señor solicitó realizar actos sexuales al joven L.M.V.A., siendo menor de 18 años de edad. La defensa lo que debate es que no medió pago o promesa de pago en dinero o

especie; y, en todo caso, no habría un contexto o trasfondo de explotación sexual, como lo exige la jurisprudencia en materia penal; por tanto, el comportamiento de su asistido no se adecua al referido tipo penal.

A tal efecto, conviene traer el análisis realizado por la Sala de Decisión Penal de este Tribunal, presidida por el Magistrado René Molina Cárdenas, en el radicado 05-209-61-00151-2015-80291, aplicado por esta Sala de Decisión, con posterioridad, en el radicado 05-736-60-00348-2014-80078, pues permite entender los elementos que integran el delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Menor de 18 Años, bajo la interpretación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y distintos instrumentos internacionales que protegen a los niños, niñas y adolescentes.

*“...el citado delito¹ fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 1329 de 2009, por el cual se creó el artículo 217A del Código Penal, con la finalidad de contrarrestar el fenómeno de la **explotación sexual comercial** de niños, niñas y adolescentes (ESCNNA), y, en concreto, sancionar a los clientes que soliciten actos sexuales o acceso carnal con menor de 18 años a cambio de pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, ya que en tal caso la víctima estaba soportando la **explotación comercial de su cuerpo al ser tratado como objeto**²*

Esta normatividad se desarrolló en el marco de instrumentos internacionales que buscan defender a los menores de la explotación sexual comercial.

La Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños (CDN) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, fue aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, cuyo artículo 34 determina que el Estado se compromete a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales, impidiendo: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; y c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

La ESCNNA fue abordada en el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de la Infancia que tuvo lugar en Estocolmo en 1996, evento

¹ CÓDIGO PENAL. ARTÍCULO 217-A. DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD. “El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años. **PARÁGRAFO.** El consentimiento dado por la víctima menor de 18 años, no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal. (...)”

² Así se expuso en la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009 y en auto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 40867, del 4 de junio de 2013, M.P. María del Rosario González Muñoz.

organizado por UNICEF, el Grupo de ONG para la Convención sobre los Derechos del Niño y ECPAT International. Su segunda versión fue en Yokohama en 2001, y la tercera en Río de Janeiro, en 2008. En el primero se adoptó la Declaración y Programa de Acción en contra de dicho flagelo, donde se precisó:

*“La **explotación sexual comercial** de los niños es una violación fundamental de los derechos del niño. Esta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. **El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía.** La explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud.”* (Negritillas fuera del texto original).

Además, se especificó que:

*“Los delincuentes y las redes delictivas intervienen en la búsqueda y canalización de los niños vulnerables hacia la explotación sexual comercial y la perpetuación de dicha explotación. **Estos elementos criminales satisfacen la demanda del mercado del sexo creada por los clientes, especialmente hombres, que buscan la gratificación sexual ilegal con los niños.** La corrupción y colusión, la ausencia de y/o legislación inadecuada, la laxitud en el cumplimiento de la ley y la limitada sensibilidad del personal encargado de la aplicación de la ley en relación con los efectos nocivos sobre los niños, constituyen un grupo de factores adicionales que conducen, directa o indirectamente a la **explotación sexual comercial de los niños.** Esta puede implicar acciones de personas individuales, o la organización en pequeña escala (familia y conocidos) o en gran escala (redes criminales).”* (Negritillas fuera del texto original).

A propósito, resulta pertinente señalar que en el marco del estudio de este fenómeno, la UNICEF emitió un documento denominado “Conceptos Básicos Sobre la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes”³, donde se definió:

*“**Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.** La explotación sexual comercial supone la utilización de las personas menores de 18 años de edad para **relaciones sexuales remuneradas**, pornografía infantil y adolescente, utilización de niños, niñas y adolescentes en espectáculos sexuales, donde exista además un intercambio económico o pago de otra índole para la persona menor de edad o para un tercero intermediario.”*

En el mismo documento se determinó:

*“**Cliente-explotador.** Es la persona que paga o promete pagar a un niño, niña o adolescente, o a un tercero, para que esa persona menor de edad realice actos sexuales directamente con ella. Este acto lleva implícita la **mercantilización y cosificación del cuerpo de una persona para la realización de una actividad sexual a cambio de un valor económico.** Por ello, se considera una actividad de aprovechamiento, utilización y explotación sexual en perjuicio de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.”*

³ <https://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf> (consultado el 07-03-2017 a las 12:00 horas).

En desarrollo de esta normatividad, el delito en comento se posiciona como una herramienta jurídica para combatir la utilización de niños, niñas y adolescentes en la prostitución, una de las modalidades de la ESCDNNA”⁴.

Posteriormente, y con base en los motivos que se acaban de exponer, que guiaron la tipificación del comportamiento que interesa, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la SP 5492 dictada en el expediente 49156, el 12 de diciembre de 2019, confirmó que la efectiva vulneración del bien jurídico protegido con el artículo 217 A del Código Penal requiere un trasfondo de explotación sexual. En esa providencia se señaló:

“Si la oferta libidinosa de remuneración dirigida de una persona entre catorce y dieciocho se realiza dentro de un entorno ajeno al referido, la acción será atípica por falta de vulneración del bien jurídico. Lo importante, en cualquier caso, es que la cobertura del precepto 217 A no reprima actos de la vida cotidiana, ni comportamientos que repercutan únicamente en la intimidad o que sean manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad, siempre que no se ejecuten dentro de un ambiente de desigualdad o abuso, pues, en ese caso, eventualmente, se podría tipificar otra de las conductas punibles consignadas en el Título IV de la Ley 599 de 2000 -verbi gratia, acoso sexual”.

Así las cosas, es dado colegir que el artículo 217A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 3º de la Ley 1329 de 2009, trae un tipo penal de sujeto activo indeterminado, o sea, que lo puede realizar cualquier persona, pero como tiene por fin contrarrestar el fenómeno de la **explotación sexual comercial de menores**, el sujeto agente es el **cliente explotador**, quien mediante el pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza busca la gratificación sexual ilegal con menores de 18 años de edad, acto que lleva implícito la mercantilización y cosificación sexual de la víctima, por ello es necesario que el comportamiento descrito se presenté en un contexto de explotación sexual.

⁴ “Análisis de la Situación de Explotación Sexual Comercial en Colombia. Una Oportunidad para Garantizar la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes” pág. 13. Observatorio del Bienestar de la Niñez ICBF. ISBN 978-958-623-151-0. Reedición diciembre de 2015. (consultado el 08-03-2017 a las 10: 39 horas en: http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/Documents/2014/140718_libro_explotacion_sexual_nna.pdf)

Lo anteriormente expuesto también permite diferenciar este tipo penal de los actos o acceso carnal abusivo con menores de 14 años. Se comparte lo argüido por la Sala presidida por el Magistrado Molina Cárdenas, adoptado por esta Sala de Decisión Penal, en los radicados citados en líneas anteriores, en el sentido que:

*“El acto sexual abusivo que por regla general ocurre en un contexto de cercanía más o menos próxima entre abusador y su víctima que surge de vínculos familiares, de vecindad, de actividad –educadores y comerciantes- que les permite entrar en contacto o acceder al trato ,así sea circunstancial, de los menores. En repetidas ocasiones las personas que cometen estos delitos abusivos en contra de menores de catorce años acuden a promesas de distinta índole: los abusadores suelen convencer a sus víctimas anunciándoles la entrega de golosinas, ofreciéndole acceso a juegos o se les ofrece sumas de dinero en general poco cuantiosas⁵. En estos eventos no se está en el contexto de **una transacción comercial** de parte de quien pretende directamente o a través de tercera persona **la solicitud o demanda de acceso carnal o actos sexuales**, como explícitamente sí lo tipifica el artículo 217 A del C.P.*

*Una interpretación textual en el sentido de que cualquier **promesa de dinero**, especie o **retribución de cualquier naturaleza**, en vía de realizar acto sexual o acceso carnal, tipifica sin más el delito previsto en el artículo 217 A, desconoce que existe una delgada frontera entre este delito y el tipificado en el artículo 209 como actos sexuales abusivos con menor de 14 años.*

*De forma que resulta razonable extraer el límite entre aquellas conductas a partir los elementos **de solicitud y demanda que expresamente** realiza cualquier persona- el delito no tiene sujeto activo calificado- de los cuales se desprende que la conducta sí debe estar enmarcada en una relación de tipo comercial y no abusiva, según los antecedentes de la ley 1329 de 2009. Para estos últimos casos la ley también prevé consecuencias penales pero por vía del artículo 209 del C.P. – o 208 si lo que media es acceso carnal-“. Negrilla tomada del texto original.*

Tras escuchar el testimonio del joven L.M.V.A., hay duda en cuanto a que los comportamientos del señor **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, se hubiesen desplegado en el contexto de una transacción mercantil sobre su cuerpo, por lo siguiente:

En un primer episodio, en el jardín hidro - botánico de Caucasia, el acusado, valiéndose de la amistad que tenía con el precitado joven, le

⁵ Entre otros casos Véase 46312 de 2015 CSJ; 43866 de 2016 CSJ; 2015-1713-5 TSA; 2016-0133-5 TSA.

expresó que se dejara practicar sexo oral, y lo invitó a que lo penetrara con su hasta viril por vía anal, pretextando que era para que le creciera el pene, y fue con esos argumentos que logró realizar esos actos con el menor, es decir, sin entregar pago u ofrecerle dinero a cambio, sino mediante un engaño; por ese supuesto beneficio que tendría para su anatomía.

De otro lado, si bien, el joven indicó que el procesado le daba entre \$ 10.000.00 y \$ 30.000.00, por lo cual, incluso, accedía a sus deseos, lo cierto es que señaló que lo hacía después de sostener actos sexuales, y la fiscalía no se preocupó por establecer si esa entrega monetaria se hacía para cumplir una promesa previa, a efecto de acceder al cuerpo del menor, o si solo era un acto deliberado posterior del acusado.

Es muy posible que, con el comportamiento reiterado del procesado, consistente en entregar plata al joven, luego de sostener encuentros libidinosos con él, lo hubiese convertido en una especie de mercancía sexual, dado que, L.M.V.A. relató que como sabía que recibía dinero con posterioridad a los encuentros íntimos con el acusado, en algunas oportunidades buscó al adulto para conseguirlo, pero como en esos casos, no era el señor **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, quien solicitaba realizar actos sexuales con el menor, ni se probó que en esos eventos mediara promesa del acusado de pago en dinero, se desdibuja la tipicidad de su conducta.

Es más, el mismo joven L.M.V.A. admitió que los ofrecimientos de dinero no fueron expresamente para tener citas eróticas.

Así las cosas, sí existió un yerro por la primera instancia, con respecto a la prueba acerca de la existencia del delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, pues hay duda al respecto, la cual, en aplicación del principio universal *in dubio pro reo*,

previsto en el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, se resolverá a favor del acusado.

Por lo tanto, se revocará parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de absolver al señor **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, frente a ese comportamiento punible agravado, en concurso.

Ahora, se analizará si en la sentencia de primera instancia se incurrió en el error que planteó la defensa, en cuanto a la acreditación del tipo penal conocido como actos sexuales con menor de 14 años.

No se debate que en Caucasia Antioquia, en el jardín hidro - botánico, el acusado realizó los actos sexuales diversos al acceso carnal –e incluso pudo haberse pensado en el acceso carnal-, referidos en precedencia, con el joven L.M.V.A., lo que la defensa plantea es que supuestamente hay duda en que, para ese entonces, el precitado tenía menos de 14 años de edad.

Es cierto que en el interrogatorio, el joven L.M.V.A., indicó que conoció al acusado en 2010, cuando tenía 13 años de edad, pero antes, aseguró que nació el 6 de junio de 1998, o sea que, para 2010, tenía entre 11 y 12 años de edad, y no 13 años de edad (los cumplió en 2011), después, en contrainterrogatorio, insistió que conoció al procesado en 2010; por lo tanto, no tenía duda de la época de conocimiento, sino que el equivoco era sobre la edad que tenía para entonces, pues debía ser entre 11 y 12 años y no 13.

Sin embargo, la imprecisión se justifica, muy seguramente, por el paso del tiempo, pues el testimonio se practicó el 23 de julio de 2019; es decir, más o menos 9 años después que el testigo conoció al procesado, lo cual pudo afectar su proceso de rememoración, a pesar que para el

momento de su narración ante la judicatura tuviera 22 años de edad, y en todo caso, no se trata de una diferencia muy marcada que diezme el mérito del testimonio de L.M.V.A.

También es verdad que en el interrogatorio, el testigo no concretó que el encuentro abusivo del jardín hidro - botánico se presentó en 2010, cuando conoció al acusado; pero más tarde, en el contrainterrogatorio, precisó que conoció al procesado en 2010, y que ese encuentro sexual ocurrió en el año 2011; es decir, de acuerdo con su fecha de nacimiento, cuando tenía 13 años de edad (lo cual es acorde con la acusación), el procesado le hizo insinuaciones sexuales que se concretaron, en ese momento, en los comportamientos erótico – sexuales, por los cuales se condenó.

Entonces, de acuerdo con el joven L.M.V.A., los comportamientos que interesan ocurrieron, cuando tenía 13 años de edad, pues así lo afirmó, y luego lo confirmó en el contrainterrogatorio, cuando concretó que acaecieron en el año 2011, cuando tenía esa edad, estando justificada la incoherencia interna destacada en precedencia, la cual resultaba intrascendente.

De otro lado, carecía de importancia establecer en qué mes y día de 2011, se presentaron los actos abusivos que concitan, pues para 31 de diciembre de ese año, L.M.V.A., contaba con 13 años de edad, dado que, cumplió 14 años en junio de 2012.

Por otra parte, es verdad que en el interrogatorio, el joven señaló que el segundo encuentro de tipo sexual con el acusado se dio cuando tenía “**como**” 15 años de edad, pero de esa respuesta no puede colegirse que el primero ocurrió poco tiempo antes, cuando ya había superado los 14 años de edad, como lo propone la defensa.

Lo anterior, porque de la declaración de L.M.V.A., se tiene, con suficiente claridad, que el primer encuentro sexual, por el cual se condenó, se presentó cuando tenía 13 años de edad, pero el segundo no ocurrió en el mismo año (2011), porque él lo esquivaba, sino tiempo después, cuando ya tenía **como** 15 años de edad.

Es cierto que, a pregunta formulada por el representante de su condición de víctima, por conducto de la fiscalía, contestó que tanto el encuentro en el jardín hidro - botánico, como el segundo, acaecieron cuando tenía menos de 14 años, pero ello no sería abiertamente contradictorio, como quiera está claro que aquél encuentro se dio cuando tenía 13 años de edad, y es posible que en el segundo también fuese menor de 14 años, pues, a la fiscalía le respondió que el segundo encuentro erótico, fue cuando tenía **como** 15 años de edad; o sea, sin afirmar, con total seguridad, que ya hubiera superado los 14 años de edad, y ya se vio que tenía una confusión de la edad que tenía en esos años.

Además, según L.M.V.A., los actos sexuales se presentaron, en varias ocasiones, por mucho tiempo, desde que tenía 13 años de edad; valga decir, desde de 2011, hasta 2016, o principios de 2017, lo cual podría justificar la contradicción examinada, y en todo caso, el procesado no fue condenado por la segunda interacción sexual con L.M.V.A. (el cual sólo ofrecería dudas), sino por el primero, acaecido en el jardín hidrobo - tánico de Caucasia.

Así las cosas, si bien, la sentencia de primera instancia fue errática en cuanto al año en que se presentó la conducta punible objeto de condena, lo cierto es que ocurrió, cuando el joven era menor de 14 años de edad; por consiguiente, la decisión al respecto se confirmará, pero modificando el fallo en el sentido que ocurrió en 2011, cuando L.M.V.A. tenía 13 años de edad.

De acuerdo con lo anterior, se deben re-dosificar las penas impuestas, eliminando las que se impusieron por el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, agravado, en concurso heterogéneo.

La fijación de las penas por el delito de Actos Sexuales con Menor de 14 Años, se orientará por los argumentos a los cuales acudió la primera instancia para escoger la pena del tipo penal de base.

El Juzgado Penal del Circuito de Cauca, seleccionó el cuarto punitivo mínimo de movilidad, y al extremo mínimo, le aumentó 26 meses, por la confianza depositada por la víctima y sus familiares, en razón a las actividades lúdicas desarrolladas, lo cual facilitó la comisión del comportamiento punible.

Sin embargo, esos argumentos no pueden acogerse, pues el delito de actos sexuales con menor de 14 años no se agravó, y la primera instancia no explicitó que esos motivos tengan relación con la mayor o menor gravedad de la conducta; el daño real o potencial creado; la intensidad del dolo; la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, siendo esos los criterios para fijar la pena, después de escoger el cuarto de movilidad, previstos en el artículo 61 del Código Penal.

Así las cosas, como el principio de no *reformatio in pejus*, prohíbe agravar la situación del apelante único, se impondrá como pena principal de prisión a **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, 9 años de prisión, como autor del delito de Actos Sexuales con Menor de 14 años, recaído sobre L.M.V.A. En ese mismo lapso se fija la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

No es dado revocar lo relativo a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues se debía denegar, por expresa prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, y en cuanto a la prisión domiciliaria como sustitutiva de prisión, tampoco procede, por expresa prohibición del artículo 68A del Código Penal, y porque en todo caso, no se cumple el presupuesto objetivo, previsto en el artículo 38 *ídem*, modificados por los artículos 32 y 23 de la Ley 1709 de 2014, respectivamente.

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el fallo de fecha, naturaleza y origen, en el sentido de absolver al señor **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, por el delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, agravado, en concurso.

SEGUNDO: REFORMAR la decisión apelada, en el sentido de **CONDENAR** al señor **SIGIFREDO AUGUSTO CATAÑO ÁLVAREZ**, como autor del delito de Actos Sexuales con Menor de 14 años, ocurrido en Caucasia, en 2011, recaído sobre L.M.V.A., cuando él tenía 13 años de edad.

TERCERO: En consecuencia, se le impone como pena principal de prisión, y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, **9 años**.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, en todo lo demás, y que fue objeto de apelación.

QUINTO: ADVERTIR que la decisión proferida queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

SEXTO: En firme esta decisión, **REGRESAR** el expediente DIGITAL al Juzgado de origen, previas las desanotaciones y avisos de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁶

(Firma electrónica)
JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

(Correo de aprobación)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Correo de aprobación)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 004 PENAL DE ANTIOQUIA

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

Código de verificación:

cc8ffe11e64ba871d45c49d8c3d14f0d9ee6a158ef2576c32a82f2224ccdd4be

Documento generado en 23/10/2020 11:46:34 a.m.

⁶ 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 materializó conforme a la aceptación del contenido del proveído por cada uno de los revisores, por medio de sus cuentas oficiales, los cuales se adjuntan.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

RV: PROYECTO SENTENCIA PENAL 2020-0510-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 5/11/2020 10:05 AM

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

De: Plinio Mendieta Pacheco <plinio.mendieta@hotmail.com>

Enviado: jueves, 5 de noviembre de 2020 10:00

Para: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: PROYECTO SENTENCIA PENAL 2020-0510-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Der cuerdo con senetencia Rad. 2020-0510-3

De: Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 23 de octubre de 2020 12:01 p. m.

Para: plinio.mendieta@hotmail.com <plinio.mendieta@hotmail.com>

Asunto: RV: PROYECTO SENTENCIA PENAL 2020-0510-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 23 de octubre de 2020 11:54

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: PROYECTO SENTENCIA PENAL 2020-0510-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

PROCESO PENAL RADICADO CUI. 051546100191201880067, SE PUEDE ACCEDER A TRAVES DE LOS SIGUIENTES ENLACES:

[https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F13EoB3dZ71eISOXPr0ydtz6c7vjWtREde&data=02%7C01%7Cjptoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232752822&sdata=YlyzxtjhjD0V6yHEkQkXyXL9Or2ylofHYTIu4%2FrnWAL0%3D&reserved=0)

[url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F13EoB3dZ71eISOXPr0ydtz6c7vjWtREde&data=02%7C01%7Cjptoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232752822&sdata=YlyzxtjhjD0V6yHEkQkXyXL9Or2ylofHYTIu4%2FrnWAL0%3D&reserved=0](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F13EoB3dZ71eISOXPr0ydtz6c7vjWtREde&data=02%7C01%7Cjptoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232752822&sdata=YlyzxtjhjD0V6yHEkQkXyXL9Or2ylofHYTIu4%2FrnWAL0%3D&reserved=0)

[https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F1str11Wb6KldQjgCOiBJVRpY1S25dnq41&data=02%7C01%7Cjptoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232762818&sdata=g4Nar9G5QPr%2FKFfwlPmEVFhqHTzwriOjK6pp%2BelvDpM%3D&reserved=0)

[url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F1str11Wb6KldQjgCOiBJVRpY1S25dnq41&data=02%7C01%7Cjptoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232762818&sdata=g4Nar9G5QPr%2FKFfwlPmEVFhqHTzwriOjK6pp%2BelvDpM%3D&reserved=0](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F1str11Wb6KldQjgCOiBJVRpY1S25dnq41&data=02%7C01%7Cjptoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232762818&sdata=g4Nar9G5QPr%2FKFfwlPmEVFhqHTzwriOjK6pp%2BelvDpM%3D&reserved=0)

Magistrados Sala Penal

DR. PLINIO MENDIETA PACHECO

DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Sala de Decisión
Tribunal Superior de Antioquia

En virtud de lo consagrado en los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se circula a través de este medio, el proyecto de la referencia aprobado y firmado electrónicamente por el Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Es de resaltar que se trata de proceso penal SIN persona privada de la libertad.

Se adjunta 3 archivos y 2 links.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros
Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

RE: PROYECTO SENTENCIA PENAL 2020-0510-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 4/11/2020 9:52 AM

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Dr Juan Carlos Cardona

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia que modifica la pena, luego de absolver al procesado por un delito dentro del radicado 2020-0510-3

Atte

René Molina

Magistrado Revisor

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Enviado:** viernes, 23 de octubre de 2020 11:54**Para:** Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Asunto:** PROYECTO SENTENCIA PENAL 2020-0510-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

PROCESO PENAL RADICADO CUI. 051546100191201880067, SE PUEDE ACCEDER A TRAVES DE LOS SIGUIENTES ENLACES:

[https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F13EoB3dZ71eISOXPr0ydtz6c7vjWtREde&data=02%7C01%7Cjpcctoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232752822&sdata=YlyzxtjhD0V6yHEkQkXyXL9Or2ylofHYTIu4%2FrnWAL0%3D&reserved=0)[url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F13EoB3dZ71eISOXPr0ydtz6c7vjWtREde&data=02%7C01%7Cjpcctoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232752822&sdata=YlyzxtjhD0V6yHEkQkXyXL9Or2ylofHYTIu4%2FrnWAL0%3D&reserved=0](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F13EoB3dZ71eISOXPr0ydtz6c7vjWtREde&data=02%7C01%7Cjpcctoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232752822&sdata=YlyzxtjhD0V6yHEkQkXyXL9Or2ylofHYTIu4%2FrnWAL0%3D&reserved=0)[https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F1str11Wb6KldQjgCOiBJVRpy1S25dnq41&data=02%7C01%7Cjpcctoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232762818&sdata=g4Nar9G5QPr%2FKFxfwIPmEVFhqHTzwriOjK6pp%2BelvDpM%3D&reserved=0)[url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F1str11Wb6KldQjgCOiBJVRpy1S25dnq41&data=02%7C01%7Cjpcctoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232762818&sdata=g4Nar9G5QPr%2FKFxfwIPmEVFhqHTzwriOjK6pp%2BelvDpM%3D&reserved=0](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fdrive.google.com%2Fdrive%2Ffolders%2F1str11Wb6KldQjgCOiBJVRpy1S25dnq41&data=02%7C01%7Cjpcctoccasia%40cendoj.ramajudicial.gov.co%7C03efd3a3faed44042feb08d81a19fe46%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C1%7C637288046232762818&sdata=g4Nar9G5QPr%2FKFxfwIPmEVFhqHTzwriOjK6pp%2BelvDpM%3D&reserved=0)

Magistrados Sala Penal

DR. PLINIO MENDIETA PACHECO

DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Sala de Decisión

Tribunal Superior de Antioquia

En virtud de lo consagrado en los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo,

PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se circula a través de este medio, el proyecto de la referencia aprobado y firmado electrónicamente por el Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Es de resaltar que se trata de proceso penal SIN persona privada de la libertad.

Se adjunta 3 archivos y 2 links.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros
Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

RADICADO CUI	05-361-61-09-281-2018-80071-02
RADICADO INTERNO	2020-0412-3
DELITOS	HOMICIDIO Y HURTO
ACUSADOS	YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO Y OTRA PERSONA
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	DENIEGA NULIDADES, CONFIRMA
LECTURA	DICIEMBRE 9 DE 2020, 10:30 HRS

Medellín, Antioquia, veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020)

(Aprobado mediante Acta No. 157 de la fecha)

I. ASUNTO

Resolver la impugnación propuesta por los defensores de los señores **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO** y **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA**, contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2020, mediante la cual, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango, Antioquia, los condenó como “*autores*” de los delitos de Homicidio y Hurto.

II. HECHOS

El 21 de junio de 2018, antes de las 9 de la mañana, en el corregimiento de “*Santa Rita*”, Ituango, **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO** y **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA**, mataron con arma de fuego al señor Juan Esteban López Mazo. También despojaron de un dinero al occiso y, más o menos, una hora y media después, de ese mismo día, en el casco urbano, se apoderaron de otro dinero de la víctima, para un total de \$ 7.100.000.00.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con base en esos hechos, el 13 de noviembre de 2018, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Ituango, la fiscalía les formuló imputación a **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO** y **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA**, como presuntos autores del delito de “*Homicidio Agravado, Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, y Hurto Calificado*”. Aun cuando los precitados ya estaban privados de la libertad preventivamente, por otro proceso, se les impuso como medida de aseguramiento, detención en establecimiento de reclusión.

El escrito de acusación se radicó el 29 de noviembre de “2019”, en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango. En realidad se infiere que fue el 29 de noviembre, pero de 2018, porque las actuaciones que se hicieron con posterioridad, son de principios del 2019.

En ese documento, se pidió la conexidad de esta actuación, con otro proceso que se inició antes contra los implicados, por los delitos de Recepción, y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, porque el 21 de junio de 2018, fueron capturados mientras se movilizaban en una motocicleta objeto de hurto, y uno de ellos portaba una pistola “*Prieto Beretta*”, calibre 765 x 17 mm, sin permiso de autoridad competente.

El 18 de marzo de 2019, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango decretó la conexidad, y con base en los acontecimientos referidos en el acápite de hechos de este fallo, la fiscalía formuló acusación contra los señores **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO** y **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA**, como posibles coautores de Homicidio Agravado,

Hurto Calificado, Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Receptación.

No obstante, ese mismo día, se puso a consideración del juez, un preacuerdo en el cual, los procesados aceptaban responsabilidad en la comisión de los dos últimos delitos –es decir, los que se habían anexado-, el cual fue avalado por la judicatura el 30 de abril posterior, fecha en la cual se profirió la respectiva sentencia anticipada parcial, **sin la concesión de subrogado alguno**, y sin que se apelara.

La audiencia preparatoria se hizo el 7 de junio de 2019, con respecto a las conductas punibles de Homicidio Agravado y Hurto Calificado. El juicio se tramitó los días 4 y 5 de marzo de 2020, con sentido de fallo condenatorio, que se leyó el 21 de abril posterior, y fue impugnado en apelación por la defensa.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

La muerte de Juan Esteban López Mazo, el 21 de junio de 2018, por dos impactos de bala disparadas por arma de fuego, se estableció con su registro civil de defunción, inspección a cadáver y necropsia.

La responsabilidad de los acusados en la comisión de ese hecho, *“con el fin de hurtarle una motocicleta”*, se halló probada a partir de lo expuesto por la cónyuge del occiso, señora Deisy Yaneth Granda López, quien manifestó que previo a esa fecha - 4 días antes-, **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO** abordó a su esposo, en su casa del barrio *“Katíos”* de Ituango, con la intención de comprarle su motocicleta. Aunque esa información se la comentó su pareja, la admitió tanto **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, como **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA**.

La citada dama agregó que el 20 de junio de 2018, escuchó las llamadas telefónicas que tomó su cónyuge, en las cuales, acordó encontrarse con **AREIZA ORREGO**, al día día siguiente, entre las 6 y 30 y 7 de la mañana, en el garaje de la motocicleta objeto de negociación, para vendérsela.

Concretó que su esposo salió a esa cita el 21 de junio de 2018, a eso de las 5 y 30 de la mañana, y fue en el sector pactado para el encuentro donde lo mataron ese día, **según información de un vecino, entre las 6 y 20 y 7 de la mañana**. Expuso que su cónyuge le había dicho que **YINIR** estaba en compañía de **DANY**, y andaban en una moto de alto cilindraje.

Según la declarante, su compañero sentimental salió a ese encuentro con la llave de su moto, y la de su casa, ubicada en el barrio “*Katíos*” de Ituango, pero no las tenía cuando se encontró el cadáver.

En esa dirección, lo corroboró su suegro; es decir, el padre del obitado, Javier de Jesús López Guerra, quien explicó que de Santa Rita, se llega a Ituango, en moto, **en 2 horas, aproximadamente**.

Se destacó que el Teniente de la Policía Nacional, señor Germán Antonio Torres Delgado, expresó que el 21 de junio de 2018, a eso de las 9 de la mañana, recibió una llamada anónima, en la que le informaron acerca del homicidio; le describieron a los partícipes como dos sujetos jóvenes de piel blanca (características que tienen los acusados), quienes se desplazaban hacia el casco urbano de Ituango, en una moto de alto cilindraje, color naranja.

Tras terminar esa llamada, se comunicó con policiales de “*Santa Rita*”, quienes, 15 o 20 minutos después, le confirmaron el homicidio; entonces, ordenó a dos uniformados -entre los cuales se encontraba el intendente Wilmer Morales-, un puesto de control en Ituango, pero media hora

después que habló con la fuente anónima, recibió llamada de estos - **9 y 30 de la mañana-**, en la cual le comentaron que vieron pasar la motocicleta naranja, pero no pudieron detenerla.

Wilmer Morales relató que ese puesto de control se montó a eso de las 10 de la mañana, y agregó que según su comandante - Germán Antonio Torres Delgado-, quien disparó tenía un tatuaje en la cara. Se respondió que el agente Wilmer Morales no habló sobre la hora exacta en que vio pasar la moto naranja, y en todo caso, ese hecho se ubica en una línea de tiempo coherente y creíble.

Se indicó que el capitán del Ejército, Santiago Salazar Castaño, expresó que fue su grupo el que capturó a los procesados, en una motocicleta naranja, el 21 de junio de 2018, a las **10 y 30 de la mañana**, en el sector *“El bombillo”*.

También se escuchó al investigador de la SIJIN, Yeison Antonio López Ospino, quien refirió que a los procesados se les incautó entre otros elementos, la llave de una motocicleta que correspondía a la de la persona que resultó muerta.

Se resaltó que al juicio oral compareció el policía Eddie Gabalo, quien trasladó a los procesados a la cárcel de Ituango, y aseguró que **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA**, le confesó que mataron al señor de *“Camelia la Baja”* - vereda ubicada en el corregimiento de Santa Rita-, *“por torcido”*.

Se expresó que si bien, el arma hallada a los procesados no fue con la que se ultimó a la víctima, lo cierto es que ello no desdice su participación en ese hecho, dado que, es posible que la botaran, para que no se les involucrara.

De otro lado, la existencia del delito contra el patrimonio económico y la responsabilidad de los coacusados en su comisión, se dieron por probados con lo dicho por la señora Deisy Yaneth Granda López, quien sostuvo que el 21 de junio de 2018, su esposo llevaba consigo entre \$700.000.00, sin superar el \$1.000.000.00, y no los tenía cuando apareció muerto.

Agregó que, mes y medio antes de 21 de junio de 2018, el señor Juan Esteban López Mazo, le vendió al señor Bernardo Yepes, 7 novillos, por lo cual recibió \$ 8.150.000.00, habían retirado \$ 2.150.000.00, y guardaron \$ 6.000.000.00, en billetes de \$ 50.000.00, en un “nochero” que estaba en la alcoba principal de su casa del barrio “Katíos”, de Ituango.

Expuso que el 21 de junio de 2018, al mediodía, la señora Merlyn Céspedes, le informó por teléfono que la reja de la puerta de esa casa estaba abierta, y la puerta principal sin seguro, y al día siguiente, ella fue a esa vivienda, encontró todo entreabierto, la chapa de la puerta de la alcoba principal estaba forzada, el “nochero” abierto, y ya no estaba la plata. Agregó que el 21 de junio de 2018, los vecinos del primer piso escucharon buya en su casa, entre las 9 y 20 y 9 y 40 de la mañana.

El señor Javier de Jesús López Guerra, también refirió que su hijo fue hallado muerto sin el dinero, sin las llaves con las que salió de su finca, y que según los vecinos de Ituango, los procesados ingresaron a la casa ubicada en ese municipio - casco urbano-, y se apoderaron del dinero que estaba guardado allí.

Se dijo que el señor Bernardo Yepes confirmó la compra de 7 novillos a la víctima, 15 días antes de su muerte, por los cuales le había pagado un total de \$ 8.150.000.00, en efectivo. Si bien, el testigo aseguró que la plata

se entregó en billetes de \$ 5.000.00, de la nueva y antigua serie, lo cierto es que por su avanzada edad - más de 80 años-, se confundió, y quiso decir de \$ 50.000.00.

Se señaló que aunque hay contradicciones en la fecha del negocio del ganado, se explican por el hecho que era algo recurrente, y en todo caso, queda clara la relación comercial entre los señores Juan Esteban López Mazo y Bernardo Yepes, que explica la existencia de los \$6.000.000.00, en casa del primero.

A lo anterior se sumó que el capitán del Ejército, Santiago Salazar Castaño, y el investigador de la SIJIN, Yeison Antonio López Ospino, indicaron que los procesados fueron capturados el 21 de junio de 2018, con “\$ 7.100.000”, o sea, un monto muy cercano al dinero que le sacaron del bolsillo al afectado, sumado a la plata que se sustrajo de su residencia en Ituango. Además, el referido investigador señaló que inspeccionó esa casa, y estaba saqueada, todo lo cual cede sobre la demostración de la forma exacta como se perpetró el hurto. Se adicionó que los procesados conocían de la actividad comercial del afectado; por ende, podían deducir que guardara plata en su casa.

Se dijo que era evidente la capacidad para delinquir de los acusados, pues fueron aprehendidos con una moto hurtada, y un arma de fuego.

En la sentencia se destacó que el señor **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA**, admitió su presencia en Ituango, en compañía de **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, para el 21 de junio de 2018. Según el primero de los citados, su amigo lo invitó a dicho municipio, para negociar una motocicleta, y se enteró que el negocio se realizaría con el señor Juan Esteban, cuando estuvo en su casa, con **YINIR**.

Admitió que durmió el 20 de junio de 2018, en la vereda Santa Rita, donde vive su señora madre, **pero solo**, y se regresó para Ituango, al día siguiente, a las 5 de la mañana, siendo sujeto de hurto en el camino de vuelta, de \$ 300.000.00 o \$ 400.000.00, por alias “*el flaco*”, y otra persona.

Dice que él fue de Ituango a “*Santa Rita*”, y se devolvió en una moto azul, marca “*Bóxer*”, que le prestó un amigo, indicó que la policía lo detuvo a la entrada del pueblo, a eso de las 8 o 9 de la mañana del 21 de junio de 2018, lo requisaron y no le encontraron nada.

Aseguró que es falso que la Policía lo persiguiera, porque el desayunó en Ituango, fue a donde la profesora Nancy, que estaba con su hijo, y se fue con **YINIR**, a eso de las 10 de la mañana, y luego, entre las 10 y 20 y las 10 y 30 de la mañana, fueron capturados.

Agregó que a **YINIR**, le encontraron la llave de la moto y la plata. Supone que tenía lo primero, porque su amigo, antes de encontrarse con él, había negociado la motocicleta en casa de la víctima, y cree que había ensayado la moto en Ituango, y el dinero, lo traía su compañero desde Medellín.

Aseguró que a Juan Esteban, lo mató “*el flaco*”, pero como este ya está muerto, la familia de la víctima quiere que ellos paguen.

El señor **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO** admitió su presencia en Ituango, para el 21 de junio de 2018, por el móvil ya referido. Agregó que 3 días antes de la muerte investigada, se encontró con Juan Esteban López Mazo, quien le dijo que se iba a la finca, pensaría el negocio, y en dos días regresaba a Ituango, para que hablaran del tema. Admitió las conversaciones telefónicas con dicho señor, pero que quedaron de reunirse fue en Ituango.

El 21 de junio de 2018, estaba en el apartamento de la hermana de **DANY**; a eso de las 8 y 30 o 9 de la mañana llegó de “*Santa Rita*”, asustado por lo que le sucedió en la carretera, y le dijo que mejor se fueran; entonces, llamó a Juan Esteban, porque tenían cita en el casco urbano de Ituango, pero nadie contestó, y por eso se fue con **DANY**.

Explicó que tenía la llave de la moto de Juan Esteban, porque él se las dio en la primera reunión, tres días antes de su muerte, como un acto de seriedad, porque quedaron en hacer efectivo el negocio, y el occiso tenía otra. Resaltó que el señor Juan Esteban estaba seguro que harían la compraventa, porque él tenía la plata. Dijo que el dinero que traía al momento de su captura se lo dio su señora madre, pero no tenía recibo, porque ella se la pasó directamente a él.

No obstante, se desestimaron ambas versiones, por contradictorias entre sí; increíbles, y porque no llevaron testimonial que las corrobore.

Se aseveró que los procesados son coautores de ambos delitos atribuidos, pues se demostró que desarrollaron un plan previamente definido para su consecución, se concertaron en Medellín, para viajar a Ituango, *“donde bajo el ardid de una compraventa quisieron engañar a su vecino y coterráneo, participaron juntos en el trasegar de las acciones delictivas por lo que ese designio común deriva en las consecuencias jurídicas para ambos”*.

V. IMPUGNACIONES Y NO RECURRENTE

La defensa de ambos procesados impugnó. Para una mejor solución, los recursos se presentarán en el orden argumentativo que se extrajo de la sentencia de primera instancia.

V.I. Siguiendo el parámetro que se acaba de fijar, la apelación de la defensa de **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA**, se sintetizará así:

Atacó el valor entregado a la declaración de la señora Deisy Granda, porque ella no vio en el lugar del homicidio a los procesados, ni que ellos fueran los responsables, ni tampoco del hurto; entonces, se trata de prueba de referencia. Afirmó que ella tiene interés en que se condene a los procesados.

Señaló que en su declaración, esta dama manifestó que el señor Juan Fernando Jaramillo, fue quien avisó del homicidio a la Policía, pero él no vio cuando ocurrió. Entonces ¿cómo entregó detalles de los presuntos perpetradores? Aseguró que por eso no fue llamado a juicio, porque él sospecha de los acusados, pero no los vio matando.

Indicó que al señor Javier de Jesús López, tampoco le constan los hechos que interesan - prueba de referencia-, pero tiene deseo de que se sancione a los responsables. y el hecho de encontrar muerto a su hijo le afectó su estado emocional.

Atacó el testimonio del teniente Germán Antonio Torres Delgado. Lo tildó de mendaz, porque incurrió en una contradicción con otra evidencia. Este declarante indicó que se enteró del homicidio que incumbe por una llamada anónima, mientras que la señora Deisy Granda, expresó que quien dio aviso a la policía de ese hecho, fue Juan Fernando Jaramillo. Además, la fuente anónima no vio nada, entonces, recalca, ¿cómo describió a los posibles autores?

Cuestiona por qué, si sabía que esos presuntos autores venían de la vereda “*Camelia Baja*”, con destino a Ituango, no se puso un puesto de control en el punto conocido como la federación de cafeteros, a la entrada

del municipio, máxime si allí también había Ejército, y la llamada del informante se había recibido con suficiente antelación.

También se pregunta ¿por qué no capturaron a los supuestos criminales que venían de “*Santa Rita*”, en ese punto, si se trataba de una calle de tres metros de ancho, y los policiales tenían armas para detenerlos?

Todo lo anterior, para poner en duda la existencia del ingreso a Ituango de los procesados, el 21 de junio de 2018, por la vía que viene del corregimiento de “*Santa Rita*”.

Señaló que el intendente Wilmer Morales carece de credibilidad, pues a la hora que dijo ver a los procesados en el puesto de control de la Federación de Cafeteros, en Ituango, se dio su captura, en “*el bombillo*”, y entre esos puntos hay más de 50 minutos.

Adicionalmente, es increíble que diga que no logró detener la moto, porque transitaba a alta velocidad, pero lograra ver que uno de los que allí se transportaban tenía un tatuaje en la cara, destacando que ninguno de los acusados tiene esa señal.

Aseguró que los miembros de la Policía que participaron en la captura mintieron de consuno para cubrir su dejadez. Agregó que toda la evidencia testimonial que se acaba de referir es referencial.

Criticó que el investigador Alexander Urán restrepo no fotografiara el sitio de la muerte, ni recolectarla y embalara la vainilla que se encontró cerca al cadáver, la cual favorecería a los acusados.

Se dijo que Yeison Antonio López Ospino, no dirigió la investigación, sino un señor de apellido Fierro, que suspicazmente no fue a juicio, y por ello

la investigación fue mala, y las dudas deben resolverse a favor de los procesados.

Esbozó que era absurdo que dos personas salieran de Ituango, en horas de la madrugada, tipo 4 de la mañana, con destino a la vereda “*Camelia la baja de Santa Rita*”, armados, en una motocicleta hurtada, a sabiendas que hay puesto de control tanto del Ejército, como de la Policía. Además, en esa zona hay grupos armados ilegales; por lo tanto, los procesados no irían hacia allá.

Indicó que no era relevante que el arma de fuego incautada a los procesados no correspondiera a la homicida; por lo tanto, se rompió el nexo causal que indique su responsabilidad en la muerte del señor Juan Esteban López Mazo.

No se probó que los acusados botaran ese elemento; por tanto, es una especulación. Además, esbozó que los sicarios jamás botan las armas con las que actúan, dado que, son su herramienta de trabajo, y muchas veces son alquiladas a grupos criminales, los cuales, si no se las regresan, las cobran con vidas. Destacó que los procesados no tendrían la necesidad de deshacerse del arma homicida, porque nadie los vio matando, ni hurtando, y ese tipo de elementos es costoso.

Señaló que la prueba de absorción atómica no se hizo, porque el laboratorio no pudo procesar la muestra, y eso habría cambiado el resultado del proceso a favor de los implicados - se esbozó que esa evidencia, y las otras que echó de menos, no llegaron a juicio a propósito, para perjudicar a los acusados-, y por eso, la duda en cuanto a si dispararon armas de fuego el 21 de junio de 2018, debe resolverse a su favor.

De otro lado, expuso que es increíble que la víctima guardara una alta suma de dinero en una casa que permanece sola, también planteó que era inverosímil que la señora Deisy Granda, sabiendo que le habían entrado a su casa, en la cual tenía dinero, no hubiera ido a revisar, o mandado a alguien con ese fin.

Se pregunta ¿cómo supo **YINIR**, de la existencia de ese dinero en la casa de Juan Esteban, si no eran amigos? Se señaló que no se probó que el dinero que tenía el señor **YINIR**, fuera el mismo que tenía la víctima en su casa, y esa duda al respecto debe resolverse a su favor.

Planteó que el señor Bernardo Yepes tampoco vio los acontecimientos que interesan - homicidio y hurto-. Además dijo que le pagó al afectado 7 novillos con billetes de \$ 5.000.00.

Agregó que la supuesta persecución que inició al ingreso de Ituango, por el punto de la federación, torna imposible e increíble el hurto del dinero en casa del afectado, pues a qué horas habrían ido los acusados hasta allá, si estaban era tratando de huir del pueblo, a toda velocidad.

Por todo lo expuesto, solicitó la revocatoria del fallo, pues se sustenta en prueba de referencia y sospechas.

V.II. Para evitar reiteraciones innecesarias de la impugnación que se acaba de sintetizar, la apelación de la defensa de **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, se presentará en los siguientes términos, en lo que es novedosa:

Solicitó la nulidad del proceso a partir de la formulación de la acusación, inclusive, dado que, en este caso, junto con los delitos de Homicidio y Hurto, el 14 de noviembre de 2018, se formuló imputación por el de

Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (esto último, pese a que la fiscalía conocía que el arma incautada a los procesados no se usó para matar al señor Juan Esteban López), pero no fue objeto de formulación de acusación.

También pidió la invalidez de lo actuado desde el inicio del juicio oral, porque su poderdante le manifestó al juez de conocimiento que era su deseo que lo representara un abogado contractual, a quien ya había contactado, pero no fue a ese acto, y no un defensor público, sin embargo, no se accedió a esa petición, y se le impuso este último, con lo cual se le violó el derecho a elegir defensor. Además, el funcionario denegó la pretensión, cargándole la dilación del proceso al acusado, cuando fue responsabilidad de su entonces abogado de confianza.

Esbozó la ausencia de defensa técnica, porque según su asistido, el defensor público le recomendó renunciar a la prueba que se le había decretado; no objetaba las preguntas del fiscal en los interrogatorios; no preparó el juicio, pues quedaron por fuera entrevistas, peritajes, y permitió que el fiscal incorporara toda la investigación documentada, como informes de policía, entrevistas y demás elementos, sin ser autenticados.

El juez no controló ante la pasividad de la defensa, que los testigos de cargo se refirieran a hechos que no percibieron, y se les permitió sugerir temas como la hora de muerte; motivo del homicidio; por qué no se llevaron la motocicleta del occiso, y sobre los responsables de la muerte que interesa, pero ellos no vieron nada (no hay prueba directa, sino de referencia).

Agregó que la esposa del afectado no percibió la negociación de la motocicleta, ni escuchó las llamadas entre su cónyuge y **YINIR**. Argumentó que por el hecho que su procurado negociara una motocicleta

con la víctima, no podía inferirse que los acusados querían matar para hurtar ese vehículo, destacando que la puerta del garaje donde se estacionaba, no fue golpeada o forzada, intentando derribarla.

De otro lado, nadie ubica a los procesados en el sitio del homicidio. Se indicó que según el teniente Germán Antonio Torres Delgado, recibió una llamada anónima en la que le expresaron que los procesados fueron los autores, pero esa fuente no fue a juicio, y por ende, quien la replicó es testigo de referencia *“ilegal”*. Tampoco fueron a ese acto procesal las personas que, según los familiares de la víctima, llamaron a la policía, pero en todo caso, esas personas no vieron nada, porque llamaron desde Medellín.

Esgrimió que, *“la consecuencia de valorar esta prueba ilícita, radica en que el reconocimiento que se hiciera con información anónima, fue pilar fundante de la decisión de condena y de haberse excluido por ilegal, con su prueba derivada, ello es las atestaciones de los testigos respectivos a que ese era el hoy condenado, sin duda dejaban sin piso el indicio de presencia y existencia de los mismos dentro del proceso”*.

Señaló que el hecho que **YINER**, tuviera la llave de la motocicleta de Juan Esteban, no es suficiente para vincularlo con su deceso, pues no es descabellado pensar que las motos se entregan por los concesionarios con dos llaves. Además, la señora Deisy dijo que la llave que tenía su esposo estaba en un llavero, con otra que abría un candado, y el señor Javier de Jesús López, dijo que la llave estaba con una trenza de cuero, y de acuerdo con el policial que hizo la incautación, la llave que poseía el citado procesado estaba sola, ni siquiera llavero tenía.

Estima que no tenía sentido que los acusados supuestamente botaran el arma homicida, pero guardaran otra, sin tener permiso.

Señaló que el Juez no tuvo en cuenta otra hipótesis que explicara la muerte de Juan Esteban López Mazo, como la que esbozó el señor **DANY**, relativa a que lo cometió alias “*el flaco*”, quien también estaba en el sector de los hechos, como lo dijo el señor padre de la víctima; también pudo tratarse de un ajuste de cuentas, porque el padre del occiso señaló que su hijo tenía un cultivo de coca, y se reunía con otras personas para vender pasta; o actores armados, porque lo dijo el intendente Gabalo, “*por jugar a dos bandos*”.

Indicó que hay duda sobre la existencia del hurto, por lo expuesto por el señor Bernardo Yepes, en cuanto a la denominación de los billetes que usó para pagarle al afectado, destacando que a pesar de su edad, se notó lúcido, y conoce bien la plata, por su profesión de comerciante; además contradijo a la señora Deisy, pues ella dijo que esa plata se entregó en el pueblo, mientras que el señor Yepes, dijo que a veces le enviaba dinero a la finca. Los procesados fueron capturados con billetes de \$ 50.000.00, no de \$ 5.000.00, y no se le encontraron billetes de \$ 20.000.00 o \$ 2.000.00, como los que según la señora Deisy, le dio a su esposo, antes de que lo mataran.

Agregó que de la inspección a la casa del señor Juan Esteban López, solo se puede inferir un allanamiento ilegal, ni siquiera la existencia del dinero.

Además, la hora en que los vecinos de esa residencia oyeron buya, no concuerda con el ingreso de los acusados al casco urbano de Ituango.

En cuanto a la valoración de las versiones de los acusados, indicó que el juez invirtió la carga de la prueba, al exigirles corroboración. No valoró que según la información extraída de un celular, que al parecer usaba **DANNY**, salieron llamadas con su señora madre, y al parecer el 21 de junio de 2018, llamó al señor **YINER**, a las 8 y 7 minutos y a las 9 y 29 minutos de

la mañana, lo cual desdibuja que para ese entonces estaban juntos, delinquiendo.

Finalizó indicando que el Juez no argumentó cómo se estructuró la coautoría impropia; en qué consistió la división de trabajo, etcétera.

Por lo anterior, solicitó, subsidiariamente, revocar el fallo impugnado.

V. III. Como no recurrente, y para que se confirme el fallo, la fiscalía señaló en lo medular que no es absurdo que los procesados botaran el arma con que se mató a Juan Esteban López, pues los involucraría en ese homicidio, y el simple porte de otra arma de fuego, es un delito de menor entidad, sobre el cual podrían preacordar.

Expresó que es cierto que la esposa del precitado no vio su muerte, pero acredita hechos como el acercamiento de **YINIR DE JESÚS**, en compañía de **DANY**, para negociar una motocicleta, tres días antes de los hechos, y la cita que tenían para el día y lugar del deceso. En relación con esos temas, la señora Deisy Granda encontró respaldo en el señor Javier López.

Con la declaración de dicha dama también prueba que el 21 de junio de 2018, le dio las llaves de la casa de Ituango y dinero en efectivo a la víctima mortal, y las llaves de la moto al padre de él, quien a su vez se las pasó a su hijo; pero su esposo no las tenía cuando fue hallado sin vida, sino los procesados, al momento de su captura, quienes no explican satisfactoriamente el por qué de esos hallazgos.

Sostuvo que lo expuesto por el señor Bernardo Yepes, en cuanto la denominación del dinero que le pagó a Juan Esteban, fue un *lapsus*, pues se trataba de una cuantiosa suma, y el declarante estaba nervioso, y es

mayor de 65 años, pero con él se demuestra la procedencia de los \$ 6.000.000.00, hurtados.

Aseguró que, los procesados no fueron a Ituango, por casualidad, sino que llegaron allá en una motocicleta hurtada, armados, con el propósito de apoderarse ilegalmente de la motocicleta de Juan Esteban López, y para ello requerían matarlo; luego, tuvieron la oportunidad de hurtarle dinero, aprovechando la confianza que este les dio, porque les pudo contar que lo tenía.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Aunque en atención al principio de prioridad, la absolución prevalecería sobre la declaratoria de nulidad, primero se va a revisar si existen yerros invalidantes del proceso, y luego, si hay lugar a revocar la sentencia; caso en el cual, se escogería esta solución.

Frente a la primera posible nulidad, se destaca, *ab initio*, la ausencia de interés de la defensa del señor **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, por cuanto, acceder a ella conllevaría a que su asistido, sea sometido a juicio, por la posible comisión del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, porque el 21 de junio de 2018, se utilizó un elemento como esos para dar muerte al señor Juan Esteban López Mazo, lo cual sería suficiente para denegarla, pero para abundar en razones, es procedente anotar lo siguiente:

Tras revisar lo ocurrido en la audiencia de formulación de imputación que se hizo en el radicado 2018-80071, el 13 de noviembre de 2018, se aprecia que en la relación de hechos jurídicamente relevantes, el delegado de la fiscalía esbozó que los procesados presuntamente incurrieron en el aludido delito contra la seguridad pública, porque el señor Juan Esteban

López Mazo, murió por disparos de arma de fuego, creyendo, para ese entonces, que esa arma correspondía a la que les fue hallada en el momento de la captura.

Después, cuando se solicitó y decretó la conexidad de ese radicado, con el 2018-0069, que se inició antes, contra los señores **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA** y **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, por los delitos de Receptación y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por su captura en fragancia en una motocicleta hurtada, y con una pistola *Prieto Beretta*, calibre 765 x 17 mm, la fiscalía, ni el juez de conocimiento se preocuparon por establecer, con exactitud, la base fáctica de ese último cargo; es decir, no se concretó si ese cargo se formulaba, porque se utilizó un arma de fuego para matar al señor López Mazo, y/o, porque los procesados fueron capturados en posesión de la pistola ya referida.

Muy seguramente solo se acusó por la tenencia del arma ya identificada al momento de la aprehensión de los implicados, comportamiento que, al parecer, correspondería entonces, al que se asumió en preacuerdo, pues ni siquiera en la sentencia anticipada se dejó expresa claridad, aunque se puede inferir.

Así las cosas, es verdad que se habría formulado imputación por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, dos veces, en audiencias separadas, tanto, i) porque se utilizó un elemento como esos para dar muerte al señor Juan Esteban López Mazo, ii) como porque los procesados fueron capturados en posesión de una pistola *Prieto Beretta*, calibre 765 x 17 mm; es decir, por dos hechos distintos, o cuando menos, hay duda al respecto; uno de ellos, al parecer el último, fue objeto de acusación, y culminó con un sentencia

anticipada a consecuencia de una negociación, y el otro, no fue objeto de llamamiento a juicio.

Sin embargo, ese yerro no da lugar a nulitar este proceso, por ausencia de trascendencia, porque en este proceso, no se les condenó a los procesados por algún delito contra la seguridad pública, y por principio de residualidad, al existir otra solución para enmendarlo, cual es, dejar en libertad a la Fiscalía General de la Nación, para que, como ente titular y autónomo de la acción penal, 1) verifique las audiencias preliminares que hizo en este caso, 2) establezca, por cuáles hechos imputó el tipo penal de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (porque se utilizó un arma de fuego para matar a Juan Esteban López Mazo; o porque los procesados fueron capturados en posesión de una pistola "*Prieto Beretta*", calibre 765 x 17 mm, por ambos, o solo por uno de ellos), 3) por cuál acusó y terminó con sentencia anticipada por preacuerdo, al parecer fue por lo último que se acaba de referir, y 4) de ser el caso tome las decisiones que estime procedentes frente al hecho por el cual sí habría formulado imputación, pero no acusación, ni preacuerdo, o sea, porque se usó un arma de fuego para matar a Juan Esteban López Mazo.

Por esos argumentos, se denegará la primera nulidad que pretendió la defensa de **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, a partir de la audiencia de formulación de acusación.

De otro lado, para el juicio oral, el juez de primera instancia tuvo que cumplir con sus deberes, sobretodo, aquel que alude a evitar maniobras dilatorias, pues la audiencia preparatoria se llevó a cabo el 7 de junio de 2019, sin que el proceso avanzara por las ausencias injustificadas del entonces defensor contractual de ambos procesados, a las sesiones programadas para los días 10 de septiembre y 16 de octubre de 2019,

fecha última en el que el funcionario lo relevó del cargo, pero no les cercenó a los procesados la posibilidad de escoger otro abogado, que sí cumpliera con el deber de comparecer a las audiencias, pues se les concedió un plazo de 8 días, para el cumplimiento de ese fin.

El 30 de octubre de 2019, los acusados insistieron en que su defensor era el relevado, razón por la cual, en esa misma fecha, como una medida garantista del derecho a la defensa (dadas las incomparecencias de ese abogado), el juez *a quo*, pidió la designación de un abogado de la defensoría pública, lo cual es acorde con el artículo 118 de la Ley 906 de 2004, que indica que *“la defensa estará a cargo del abogado principal, o en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública”*.

El juicio oral se reprogramó para el 14 de noviembre de 2019, pero el 6 de noviembre de 2019, se aplazó por el defensor público designado; se fijó nueva fecha para el 22 de enero de 2020, pero también se pospuso a instancia del defensor público; entonces se señaló para los días 4 y 5 de marzo de 2020, y en ese entonces se tramitó con la asistencia del abogado del Sistema Nacional de la Defensoría Pública.

Destáquese que la decisión de relevar al abogado contractual de los acusados fue razonable, pues obedeció a sus incumplimientos como parte, y ellos tuvieron desde el 16 de octubre de 2019, hasta el 4 de marzo de 2020, para elegir abogado de confianza, pues el relevo del que tenían; la insistencia en su escogencia, y la designación del público no era óbice para que los procesados contrataran otro abogado.

La determinación del Juez, reiterérese, estuvo dirigida a garantizar la defensa de los procesados, ante las ausencias a juicio oral y público del abogado que los representaba, la cual, también se podía ejercer por el

Sistema Nacional de la Defensoría del Pueblo, y con ella, de igual forma, materializó el debido proceso sin dilaciones injustificadas, este último, que también es de rango constitucional y convencional, el cual se extiende a las presuntas víctimas.

La decisión del funcionario también consulta la tutela judicial efectiva; la verdad; justicia y reparación en cabeza de los afectados, los cuales convergen con los derechos de los acusados, reconocido así por una sólida línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, creada a partir de las C 456 de 2006 y 209 de 2007, y por ende también guió la determinación del juez, en cuanto al impulso de la actuación.

Así las cosas, en este caso, al señor **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, se le garantizó el derecho a ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza designado por él, es decir, se cumplió lo dispuesto por los artículos 29 Constitucional, 8º y 118 de la Ley 906 de 2004, pero para el juicio, dado que no quiso ejercer esa facultad –iniciando en el defensor relevado, con justa causa, quien después de esa disposición no volvió a aparecer en el proceso, dejando claro su desinterés en el caso de **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**- se le designó uno del Sistema Nacional de la Defensoría Pública, lo cual se aviene a nuestro ordenamiento jurídico colombiano, materializándose el derecho a la defensa técnica, que es el fin último de la representación del imputado/acusado por un abogado en el proceso penal.

El nuevo representante de **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, aduce que no hubo tal, pero no probó que el defensor público le recomendara a su procurado renunciar a la prueba que se le había decretado; por el contrario, al revisar el audio de la audiencia de 5 de marzo de 2020, se comprobó que esa decisión fue autorizada por el acusado.

También señaló presuntos yerros de su antecesor de la defensoría pública, en el desarrollo del juicio oral, resumidos en la apelación, pero no concretó la trascendencia de esas supuestas falencias. En definitiva, no se advierte la necesidad de anular el proceso por una presunta ausencia de defensa técnica.

Por lo expuesto, se denegarán las nulidades que solicitó el defensor del señor **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**.

Continuando con el esquema de solución planteado, se pasará al análisis de las apelaciones, tendientes a revocar la sentencia de primera instancia; en primer término, en cuanto al comportamiento punible de Homicidio.

En razón de los límites que fija la impugnación en la competencia de la Sala, se debe partir de los aspectos que no son objeto de censura, como la muerte violenta de Juan Esteban López Mazo, el 21 de junio de 2018, en la vereda “*camelia la baja*”, perteneciente al corregimiento “*Santa Rita*”, de Ituango, por disparos de arma de fuego.

El punto central discutido, dice relación a la demostración en torno a si los procesados fueron quienes segaron la vida de dicha persona, como lo predicó la Fiscalía y lo acogió el señor Juez de primer grado, o si dicha tesis se alcanza a agrietar con la postura defensiva en torno a que no se puede alcanzar convicción razonable sobre tal premisa.

Aunque la primera instancia no lo explicó, es verdad que en este caso no se llevaron al juicio oral personas que observaran a **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA** y **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, causando esa muerte, lo cual no sería imprescindible para la deducción de responsabilidad penal, en el marco de un sistema de libertad probatoria y de valoración conforme a la persuasión racional.

En el presente asunto, esa conclusión se infirió, a partir de una serie de hechos, los cuales se estimaron probados, con evidencia directa; es decir, sirvieron de indicadores para construir indicios, lo cual es válido, en aplicación del principio de libertad demostrativa, previsto en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004.

El primer hecho, fue que los procesados, concretamente **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, buscó a Juan Esteban López Mazo, 3 o 4 días antes de su muerte, en zona urbana de Ituango, exteriorizando el propósito de comprarle una motocicleta, lo cual quedó debidamente demostrado, dado que aquéllos lo admitieron. De allí podría inferirse su interés en hacerse a la motocicleta, y así como pudo obedecer a un interés legítimo de negociarla, también podría inferirse que el negocio planteado solo era una estrategia para buscar el momento de despojar al propietario de ella de manera ilícita.

Igualmente, está debidamente acreditado que **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, realizó varias llamadas a Juan Esteban López Mazo, el 20 de junio de 2018, en las cuales quedaron de verse al día siguiente, entre las 6 y 30 y 7 de la mañana. Es decir, poco tiempo antes de su muerte –si se tiene en cuenta que se tuvo noticia de ella, más o menos a las 9 de la mañana-. Consolidándose el indicio de oportunidad temporo – espacial, que tenían los acusados para causarle la muerte al precitado.

El referido procesado admitió esa comunicación; indicando que la cita era en el casco urbano de Ituango, y a otra hora; sin embargo, esa manifestación no es de recibo, por los motivos que se señalaran más adelante, cuando se examine en detalle su versión.

La señora Deisy Yaneth Granda, y su suegro; es decir, el señor Javier de Jesús López Guerra, supieron que quien llamaba a Juan Esteban, el 20 de junio de 2018, era el referido acusado, alias “*el pelirojo*”, y reitérese, el mismo lo admitió.

Es cierto que estos deponentes no escucharon el contenido de esas llamadas, pero es razonable que supieran que esa persona quedó de verse con Juan Estebán -cónyuge, e hijo, respectivamente-, a la fecha, hora y en el sitio donde guardaba la motocicleta -“*camelia la baja*”, perteneciente al corregimiento “*Santa Rita*”, de Ituango-, donde apareció muerto, pues, ambos percibieron cuando Juan Esteban atendió su llamada, a eso de las 8 y 30 o 9 de la noche, de 20 de junio de 2018, y tras finalizar esa comunicación, les transmitió esa información.

Esa parte de la declaración de la señora Deisy Yaneth Granda, y Javier de Jesús López es de oídas, pero es confiable, pues era conforme al contexto de lo que directamente oyeron y no habría razón para que el receptor de la llamada no transmitiera con apego a la verdad esa información.

Aclárese, de una vez, que siendo razonable que tanto la citada dama, como su suegro, aspiren que la muerte de su ser querido no quede impune; lo cual se cristalizaría con la condena de los responsables; de ahí que se reconozca el interés de las víctimas a la verdad, como insustituible insumo de la justicia. Absurdo pensar que pretendan la sanción a inocentes, alejándose de la verdad, mucho más si no se tiene un motivo para ello, o al menos sin demostrarse, pues no suele ocurrir que ante la artificiosa idea de la muerte del culpable opten por incriminar a cualquier otra persona.

Aunque se debió velar porque los declarantes se sujetaran a los hechos de los cuales tuvieran conocimiento, y relacionados directa o indirectamente, con lo investigado, la circunstancia de permitírseles opinar sobre la posible hora de la muerte (entre las 6 y 20 y 7 de la mañana); presunto móvil (hurto de la moto); la causa por la cual no se la llevaron (dificultad de algún extraño para abrir el garaje, pues solo abría con un truco de quien lo conociera); o quiénes habrían sido los posibles responsables, no les hace perder validez y menos eficacia a sus testimonios.

De todos modos, sus expresiones, solo develan la posibilidad de la construcción indiciaria, por parte del funcionario judicial; porque son acordes al sentido común; es decir, realizables por cualquier persona, con un mínimo de facultades de raciocinio lógico.

En este caso, no se señalaron los recurrentes, por qué sería absurdo pensar que el homicidio ocurrió en el lapso arriba señalado, del 21 de junio de 2018, y ante el incumplimiento de esa carga argumentativa, la cual les correspondía en la sustentación de la alzada, se tendrá como acertado que la primera instancia lo entendiera así –teniendo como base la hora de salida desde donde se encontraba, el tiempo recorrido y la hora en que había quedado de verse con el interlocutor de la noche anterior-.

Esas circunstancias de lugar, tiempo y persona con quien se vería, sin duda, permiten inferir la posibilidad que fuese quien produjo el resultado mortal; es decir, tenía la oportunidad de realizar esa acción, el cual se torna grave, si se tiene en cuenta que muy cerca a ese sitio –en la vereda “*La Camelia*”, corregimiento “*Santa Rita*”, se produjo la muerte de Juan Esteban López Mazo. Aunque para minimizar su fuerza se ha tratado de sugerir que el presunto autor fue un sujeto alias “*el flaco*”, es apenas una

conjetura, sin ningún sustento probatorio, por lo que no alcanza el cometido.

Aunque los homicidas no intentaron dañar la puerta del garaje donde se guardaba la motocicleta de Juan Esteban, ello no eliminaría que ese fuese el móvil del homicidio, y su existencia no se condiciona a la materialización del cometido perseguido, mucho menos si, de un lado, es un hecho probado con la pareja del interfecto y el padre de este, que solo abría quien supiera un truco de la puerta –lo que pudo haber hecho desistir, ante la premura del tiempo-, y de otro lado, es posible que se apropiaran de un dinero –con lo que al conseguir un provecho, fácilmente abandonarían otro-.

De otro lado, el Teniente de la Policía Germán Antonio Torres Delgado, da cuenta de unas manifestaciones anteriores al juicio, concretamente, de una llamada anónima que recibió el 21 de junio de 2020, a eso de las 9 de la mañana, en el que le informaron de un homicidio ocurrido en la vereda “*la camelia*”, y que los perpetradores eran dos sujetos de piel blanca, que se moviizaban en una motococleta negra con naranja, de alto cilindraje, e iban con destino al casco urbano de Ituango.

Es cierto que esas expresiones que reprodujo aquel policial, ni siquiera comportan prueba de referencia admisible, pues se ignora la fuente de la cual provienen, y por ello, no puede tenerse como cierto que el interlocutor del uniformado viera la muerte que concita, y a sus responsables; de ahí que fuera irrelevante establecer la identidad de ese desconocido.

Al parecer, la señora Deisy Granda dedujo que quien llamó al uniformado fue Juan Fernando Jaramillo, a partir de que éste sabría de la reunión que tendría su esposo con **YINIR**, en la mañana del 21 de junio de 2018, en la

medida que su cónyuge, llamó a aquél para preguntarle en qué precio podría vender la motocicleta.

Eso explicaría su incoherencia con el receptor de la llamada, quien aseguró que el informante no se identificó, y es lo que se tiene por sentado, pues fue el teniente Germán Antonio Torres Delgado, quien recibió los datos, no la señora Granda.

En todo caso, lo importante es que esa llamada sirvió como un criterio para orientar la indagación (Corte Suprema de Justicia, Casación Penal, SP 5798, de 4 de mayo de 2016, radicado 41667), y con fundamento en esa información anónima, poco tiempo después de su recepción, el patrullero Wilmer Alberto Morales Mosquera observó a dos personas, precisamente, **en una moto del color ya referido**, ingresando a la zona urbana de Ituango, por la carretera que viene del corregimiento “*Santa Rita*”.

Ese avistamiento, concuerda con los dos hechos anteriormente relacionados, hacia el indicio de oportunidad material para matar a Juan Esteban López Mazo, pues esos sujetos que vio el patrullero Wilmer Alberto Morales Mosquera, entrando a Ituango provenientes de “*Santa Rita*” (donde habían quedado de verse más temprano con quien resultó muerto), fueron capturados más adelante –en posesión de un arma y en una motocicleta de los mismos colores-, en el sector conocido como “*el bombillo*” de Ituango, y resultaron ser los señores **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA** y **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**. Sobre esto último no hay discusión.

Las hipótesis alternativas que enarbola la defensa de **DANY**, sobre cómo debieron obrar los miembros de la Policía ante la llamada anónima, no logra distraer sobre lo importante, en cuanto que no hay duda que las dos

personas fueran vistas por Wilmer Alberto Morales Mosquera, quien explicó que la única patrulla del pueblo no estaba en el referido punto al momento que el Teniente los llamó por radio, y les indicó su traslado al punto de “*la Federación*”, es decir, que se tuvo que desplazar hasta allá.

En todo caso, adujo que fue imposible detenerlos, en la medida que solo estaba con su compañero Oquendo; es decir, sin apoyo del Ejército Nacional, y como quiera que esas personas transitaban en una motocicleta a alta velocidad, imposible de alcanzar en la de dotación de la Policía.

Es verdad que el patrullero Wilmer Alberto Morales Mosquera, manifestó que observó a esas personas que transitaban, a eso de las 10 y 30 de la mañana, lo cual es poco probable, pues más o menos a esa hora, fueron capturados por el Ejército, en otro sitio, no obstante, esa imprecisión o incoherencia externa se justifica en que el testigo lanzó esa información sin estar seguro de su exactitud.

El señor Wilmer Alberto Morales Mosquera señaló que inicialmente estuvo en “*la Federación*”, a las 9 de la mañana, y se fue de ahí -entiende la Sala- a seguir patrullando.

Por su parte, el Teniente Germán Antonio Torres Delgado, dijo que a las 9 de la mañana, más o menos, recibió la llamada anónima, y a los 10 o 15 minutos después, cuando confirmó la muerte, ordenó a los patrulleros el puesto de control en “*la Federación*”; entonces, dio esa indicación al rededor de las 9 y 10 o 9 y 15 de la mañana; el patrullero Morales Mosquera, indicó que no recuerda la hora en que volvió a “*la federación*”, eran como las 10; al tiempo que dijo que vio a los sujetos que buscaban a eso de las 10 y 30, siendo más probable que viera a las personas que intentaba interceptar, poco tiempo después de las 10 de la mañana,

porque a las 10 y 30, aproximadamente, ya estarían próximos al sector del “*bombillo*”, donde fueron capturados.

Además, no se probó algún motivo torcido que llevara a mentir al señor Morales Mosquera, en el sentido que vio a los sujetos de la motocicleta naranja, ingresar a la zona urbana de Ituango, por el punto de “*la Federación*”, y ese argumento refuerza la conclusión a la que se acaba de llegar, que en realidad, eso ocurrió poco tiempo después de las 10 de la mañana del 21 de junio de 2018. Esa ligera variación temporal, lo único que devela es espontaneidad, y acorde con lo que suele suceder; esto es, que una persona no esté mirando la hora exacta de cada acontecimiento, mucho más si está desplegando una actividad vigilante.

Es absurdo pensar que este patrullero, y su superior, mientieran para incriminar inocentes, evitando eventuales consecuencias disciplinarias, por su supuesta indiligencia; pues finalmente, las personas referidas por el anónimo fueron capturadas, por el plan que coordinó el Teniente Germán Torres Delgado: Por su parte, al patrullero Morales Mosquera justificó la imposibilidad material para detener a los dos presuntos homicidas.

Realmente, hay duda que el patrullero Wilmer Alberto Morales Mosquera, viera que uno de los sujetos que se transportaban en la referida motocicleta tuviera un tatuaje en la cara, dado que los habría visto pasar a alta velocidad. Sin embargo, esa afirmación no indica que no los viera, sino que se trató de una percepción errada, debidamente justificada, precisamente, por la rapidez en que los vio, lo cual, a su vez, explica por qué ninguno de los acusados posee esa señal particular. Recuérdese que, es dado entregar mérito a ciertos aspectos de un testimonio, desestimándose otros (Corte Suprema de Justicia, Casación Penal, agosto 12 de 2012. Rad, 36.981).

Es cierto que este deponente sostuvo que esa característica se la comunicó su superior, quien, a su vez, habría recibido ese dato, de su fuente. Pero esa incoherencia carece de relevancia, ya que lo importante fueron las verificaciones que se hicieron a partir de esos datos: el ingreso de la moto de alto cilindraje –proveniente del lado de “*Santa Rita*”, color naranja, en la cual se trasportaban dos sujetos de piel blanca, que luego fueron capturados, y resultaron ser los actualmente procesados.

En este caso no se desestimaron las manifestaciones previas que lanzó el anónimo, por ilícitas o ilegales, pues esas expresiones no se obtuvieron con violación de garantías fundamentales, ni de los requisitos formales previstos en la Ley 906 de 2004; por lo tanto, es improcedente excluir los actos de verificación que se hicieron a raíz de esa llamada.

Esas expresiones anteriores al juicio oral, no se tienen en cuenta por inadmisibles, como referenciales, al desconocerse la fuente –**anónimo**–; es decir, por falta de autenticidad, lo cual generó ausencia de eficacia del medio de prueba que se usó para demostrarlas– declaración del Teniente Torres Delago-, y recordemos que los problemas de autenticidad de una evidencia, no tiene relación con su ilicitud o ilegalidad, sino con el mérito demostrativo.

La aprehensión de los procesados, termina por robustecer el indicio de presencia en la vereda “*camelia baja*”, del corregimiento “*Santa Rita*” de Ituango, en la mañana del 21 de junio de 2018, el cual es grave, en su contra, si se tiene en cuenta que en esa vereda se produjo la muerte de Juan Esteban López Mazo, en las inmediaciones del garaje en el que lo citaron.

De otra parte, cuando los acusados fueron capturados, al señor **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, se le encontró una llave de una motocicleta; correspondiente al velomotor que, supuestamente, compraría a quien resultó muerto -lo cual no se debate por la defensa-; pero no podría acogerse la conjetura de que esa llave fuera una distinta a la que tenía la víctima al momento de su muerte.

Es factible que un automotor tenga una llave de repuesto, por si alguna se pierde o se daña, etcétera, pero carece de sentido que el señor **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, tuviera, supuestamente, esa segunda llave de la motocicleta del señor Juan Esteban, pues ellos ni siquiera habían concretado el precio de la compraventa –además, no es que este la estuviera vendiendo, pues quien se lo propuso fue aquél, al punto que el eventual vendedor, debió preguntarle a un conocido, por el posible precio-, como para que el eventual vendedor garantizara su cumplimiento, entregando una copia de la llave- Además, nadie le va a entregar la llave de su vehículo a otra persona, que no era cercano, sin recibir ni un peso como anticipo del negocio.

La Fiscalía, no se preocupó por explicar en el juicio oral, con los testigos, sino con los informes –que no son prueba-, cómo se incautó esa llave; si junto con otras; amarrada a un llavero; etc., pero de cualquier manera, es claro que se trataba de aquella que correspondía a la del vehículo objeto de negociación, y que al no demostrarse que se tratara de la copia; es fácil colegir que era con la que salió el señor Juan Esteban a cumplir la cita con los acusados, la mañana del 21 de junio de 2018, pues, de otra manera, no se entendería la razón de su desaparecimiento.

A los implicados, se les encontró, más o menos, siete millones de pesos; lo cual coincidiría con la sumatoria de un dinero que tenía la víctima en una casa de Ituango, la cual se encontró desordenada, pero sin daños

para acceder, lo cual indicaría que ingresaron con llaves (más o menos seis millones de pesos), y la que llevaba consigo –entre 700.000 y un millón de pesos-, y al interfecto, no se le encontró dinero al momento de la inspección al cadáver, ni la llave de la motocicleta ni de la vivienda preindicada. De donde emerge la posibilidad que el dinero hallado a los capturados, fuese aquél del que se despojó a la víctima.

Así las cosas, la hipótesis construida por la defensa del referido acusado, no debilita el indicio en su contra, relacionado con el porte de la llave de la motocicleta de la que se despojó a la persona que se ultimó, que se concatena con la finalidad perseguida y con la oportunidad de realización delictiva.

De otro lado, tampoco se debate por los defensores, que sus asistidos fueron aprehendidos en posesión de una motocicleta hurtada, y con un arma de fuego, sin permiso para portarla –conductas por las cuales admitieron cargos y fueron condenados-, lo cual genera un indicio de capacidad para delinquir; es decir, que están liberados de ataduras éticas al momento de infringir la Ley, lo cual pudo conducirlos a perpetrar, con arma de fuego, el homicidio que interesa, con el objetivo de apropiarse de la motocicleta de la víctima.

Adicionalmente, el interés en la motocicleta, armonizaría con la ilegal relación de los co - acusados, con ese tipo de vehículos, pues, finalmente, se les sentenció por un delito de receptación que recayó sobre otra motocicleta.

Desde otra arista, se escuchó la declaración del policía Eddy Gabalo Rodríguez, quien fue apoyo para el traslado de los procesados a la cárcel de Ituango, luego que se les impusiera detención preventiva en ese sitio, como medida cautelar.

Durante ese traslado, de manera espontánea **DANY**, luego de preguntarle por su vestimenta y su misión, le preguntó si la Fiscalía tenía “*pruebas*” claras acerca de un homicidio en “*camelia baja*”-indicándole que lo desconocía porque no era su labor-, y “*cuántos años le podrían dar si se comprueba el homicidio de Camelia Baja*”, y “*cómo podía hacer un preacuerdo si se llegaba a presentar algún tipo de responsabilidad*” – contestándole que eso era con el abogado, porque él no podía asesorarlo-

Como consecuencia de esas inquietudes, y sin ningún propósito distinto a sostener la conversación planteada, luego de evadir incluso algunos interrogantes del capturado, inquirió sobre por qué estaba ahí, y obtuvo como respuesta: al “*occiso de la camelia baja lo asesinaron por torcido (...), uno no puede trabajar con Dios y con el diablo a la misma vez, que él (refiriéndose a la víctima), estaba trabajando con la guerrilla y con ellos (...), no le especificó si trabajaba para una estructura criminal (...)*” y como el gendarme le dijo que consiguieran un abogado, le contestó que lo harían “*...para mirar un preacuerdo con la fiscalía, y hacer un preacuerdo que les beneficiara con el homicidio de camelia baja...*”.

Esas expresiones del imputado, fueron libres y espontáneas, y se le habían informado recientemente de las prerrogativas que le asistían, tanto al momento de la captura, como en en la audiencia de formulación de imputación, de la que acababa de salir, por lo que conocía el derecho a no autoincriminarse, y guardar silencio, y sin embargo, quiso entablar un diálogo al respecto, renunciando a su derecho, sin que se le hubiese incitado a ello.

Lo referido, claramente, constituyen manifestaciones posteriores de quien es sabedor de lo realizado, tratando de dar motivos diversos, con el fin de mitigar su responsabilidad, bajo la idea que la víctima desplegaba

actividades delictivas y desleales. Una persona que no tenga ninguna relación con el delito, no se achacaría tácitamente, de algún modo su realización.

Se puede concluir que, la responsabilidad de **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA** y **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, se estableció más allá de toda duda, mediante indicios, debidamente estructurados, que convergen en dirección a confirmar la condena por homicidio.

Recapitulando **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, en compañía de su amigo **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA**, tenían como propósito hacerse a la motocicleta de Juan Esteban López Mazo –de allí que lo buscaran, 3 o 4 días antes de su muerte, develando interés en la supuesta compra-. Empero, pudo ser la sola estrategia para el apoderamiento ilícito, por lo que podría catalogarse como un indicio, además de contingente, leve.

Para su concreción, el primero de los citados acusados, acordó verse con el eventual vendedor, el 21 de junio de 2020, entre las 6 y 30 y 7 de la mañana, en el garaje donde se guardaba la motocicleta objeto de negociación.

Precisamente, muy cerca a ese sitio y antes de las 9 de la mañana, se produjo la muerte de quien habían citado para el negocio, por lo que emerge, bastante probable que los autores –coautores- fueran los actualmente procesados, dada la oportunidad temporo - espacial.

Un poco más tarde de las diez de la mañana, se les vio en una moto negra con naranja, de alto cilindraje, ingresando al casco urbano de Ituango, por la carretera que viene de la vereda “*camelia baja*”, corregimiento de “*Santa Rita*”; es decir, de donde ocurrió la muerte, reforzando el indicio de

oportunidad espacial para la realización del delito. Ese indicio, también contingente, se torna grave, en la medida no hay otra alternativa con la misma fuerza que explicara el resultado mortal, o que los perpetradores fueran otras personas.

Poco después, fueron capturados, movilizándose en esa motocicleta y portando una pistola, lo cual les ameritó, con el tiempo, condena por receptación, porque ese vehículo había sido objeto de hurto y por el porte ilegal de esa arma. Desprendiéndose el indicio de capacidad subjetiva para la realización de delitos, pues es más factible delinquir para quien ya lo ha hecho. Además, con aspectos coincidentes, pues pretendían apropiarse de una motocicleta de quien resultó muerto; resultado producido con arma de fuego. Ese indicio no podría tildarse de grave, dado que no se conoce una modalidad conductual concreta que se asimile, sino solo en cuanto a los objetos.

Solidificando, todavía más, los indicios de oportunidad y del móvil, como quiera que les encontró en su poder la llave de la motocicleta, que llevaba Juan Esteban López Mazo, y un dinero; posiblemente del que llevaba consigo la víctima y otro que tenía en una vivienda en los “*Katíos*” de Ituango; permiten predicar, a partir de objetos vinculados a la persona muerta, que efectivamente tuvieron contacto con él y que el probable móvil era apropiarse del velomotor, y un provecho patrimonial, dejando de lado la motocicleta, por las dificultades para abrir la puerta al ser necesario conocer un truco para abrirla, y ante la posibilidad de tomar un dinero que llevaba quien resultó muerto. Se desprendería un indicio grave, pues la realización del homicidio explicaría la tenencia de ese objeto.

Uno de los acusados; es decir, hizo manifestaciones posteriores al delito, de los cuales se desprendería que sí confluieron a su realización, lo cual

solo se explica desde la efectiva realización del delito por el que se les llamó a juicio, lo cual, sin duda sería un indicio grave de responsabilidad.

Entonces, esa variedad de indicios confluyen armónicamente, para señalar como autores del homicidio a los acusados.

El investigador de la Fiscalía Wilson Alexander Urán Restrepo, sí recolectó la vainilla que encontró en la inspección al lugar de los hechos, y si bien, no se aportó el resultado del análisis que pudo hacerse, lo cierto es que esa evidencia favorecería a los acusados, pues descarta que del arma de fuego que se les decomisó, se hubiera disparado contra el señor López Mazo.

Es verdad que la fiscalía fue ineficaz en el manejo de la evidencia técnica, pues se desconoce qué pasó con la muestra que se tomó a los procesados para absorción atómica; según el defensor de **DANY**, esa muestra, al parecer, no pudo procesarse por el laboratorio; entonces, es imposible determinar si favorecía o no a los acusados.

No puede olvidarse que en este sistema de enjuiciamiento no impera el principio de investigación integral, sino del acopio de los medios con los que sería racionalmente suficiente sacar avante la teoría del caso de la Fiscalía, dentro de lo que doctrinariamente se ha denominado la mínima o suficiente actividad probatoria, y no fue necesario para soportar la tesis acusatoria, por las razones expresadas en el párrafo inmediatamente anterior, el estudio que echa de menos el defensor del señor **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA**.

Esa parte procesal pone en duda la objetividad de la fiscalía, pero no se comparte esa percepción, pues el estudio de la vainilla que se encontró en el escenario del homicidio, en nada ayudaría, ni perjudicaría a los

acusados, y no llevó la prueba de absorción atómica, porque como lo admite este defensor, no pudo ser procesada, sin que pudiera repetirse, pues los residuos químicos que quedan tras el disparo de un arma de fuego desaparecen con el tiempo.

Se ignora si los acusados salieron de Ituango, a la madrugada del 21 de junio de 2018, con destino al corregimiento de “*Santa Rita*”, pero no es absurdo que lo hicieran, o viajaran antes allí, aun cuando debían pasar por puestos de control de las autoridades, y ellos se movilizaban en una moto hurtada, y tenía un arma de fuego sin autorización, pues lo hicieron desde Medellín hasta Ituango, o cuando menos, con el elemento bélico, desde Ituango, hasta el sector del “*Bombillo*”, y en ese recorrido, también habían retenes de Policía y Ejército, tanto así que esta última institución los capturó.

Era muy posible que los acusados fueran a “*Santa Rita*”, a pesar que existieran grupos armados al margen de la ley, pues ellos son de allá, y podrían sentirse seguros en ese territorio.

Si bien es cierto, el arma incautada a los procesados en el registro incidental a su captura no corresponda a la que se usó para matar a Juan Esteban, no indica que ellos no lo hicieron, pues es muy probable que se deshicieran de ella, luego de matar, no necesariamente tuvieron que botarla -aunque pudieron hacerlo, pues contaban con más de \$ 7.000.000.00, para reponerla-, pudieron esconderla en “*Santa Rita*”, o en Ituango, o darla a guardar, antes de emprender su viaje a Medellín.

Recordemos que ellos son de “*Santa Rita*”; **DANY**, cuenta con familiares allí, y en Ituango, y ambos son de esos sectores, lo cual les facilitaría ocultar el arma homicida. Además, su captura no se dio tan pronto como

ocurrió la muerte a Juan Esteban, sino alrededor de hora y media más tarde; tiempo suficiente para ocultar o deshacerse del arma homicida.

Por último, de las declaraciones de los policiales atrás referidos se tiene que ellos no persiguieron, sin perder de vista a los procesados en el casco urbano de Ituango; solo los vio el patrullero Morales al ingreso desde “*Santa Rita*”, por el punto de “*la Federación*”, luego, no supieron de ellos, hasta que fueron detenidos por el Ejército en el sector del “*bombillo*”, intentando pasar el embalse en ferry, entonces, contaron con el tiempo suficiente para desligarse del arma con la que se produjo la muerte, antes de irse de Ituango.

Esa posibilidad toma mayor preponderancia, si se tiene en cuenta que podría relacionárseles con el homicidio, cuando menos, a partir de la negociación previa con la víctima, y la cita que tenían con ella para el 21 de junio de 2018; por ende, el hallazgo de ese elemento en su poder terminaría de comprometerlos en un delito más grave, que el porte de una pistola que no se relaciona con ese hecho.

La conclusión extraída no se funda en una especulación, sino que es producto del análisis racional de las circunstancias que rodearon la muerte, sustentada en hechos probados, como el arraigo de los acusados, la forma como se dio su búsqueda en Ituango, el tiempo transcurrido entre el homicidio y las capturas, y los indicios que los comprometen.

De otro lado, se descarta que el homicidio de Juan Esteban fuera cometido por alias “*el flaco*”, porque la declaración del señor **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA**, carece de mérito, como para poner en duda la tesis acusatoria, pero no porque no aportara evidencia que la corroborara, pues de eso no depende exclusivamente la eficacia de un testimonio.

De un lado, resulta increíble que “*el flaco*” le hurtara, cuando venía de “*Santa Rita*”, para Ituango, pues según el procesado, era su amigo. Además, el acusado dijo que ese sujeto, y otro delincuente, lo despojaron de la plata que llevaba, pero según **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, su amigo fue capturado con dinero.

Tampoco trasluce el acusado, algún referente objetivo, del por qué habría sido “*El Flaco*”, el perpetrador; ni ninguna evidencia que presente razonable, esa tesis, e incluso pone de relieve el interés de incriminar a un tercero, sabedor que no podría contrastar esa versión, por encontrarse muerto.

Sobre otro tópico, en el juicio, que es donde se practican las pruebas, no surgió el tema relacionado con que el señor Juan Esteban López tuviera una plantación de coca, y se reuniera con otros sujetos para venderla; por eso, también se descarta que lo matara un grupo armado ilegal, en un ajuste de cuentas, y en todo caso, así ese fuera el móvil, como se vio, resultaría de las expresiones comprometedoras de uno de los acusados.

Según la defensa de **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, no se valoró la información que supuestamente se extrajo del celular de **DANY**, que daría cuenta que este llamó al celular de **YINIR**, el 21 de junio de 2018, a las 8 y 7 minutos de la mañana, y luego, a las 9 y 29 minutos de la mañana, pero insístase, es información no se debatió en juicio, por lo tanto, no puede tenerse como acreditada, y en todo caso, según el recurrente, esas inferencias se hicieron en un documento del fiscal, como comentarios, a mano alzada, lo cual pondría en duda un fundamento serio de esas conclusiones, y el contenido del mismo.

Es cierto que en la sentencia original no se desarrolló argumentativamente la serie de hechos, a partir de los cuales, se estructuran los presupuestos

de la coautoría impropia, pero carece de relevancia, pues se dejó clara la conclusión que los dos procesados tomaron parte en la muerte de Juan Esteban López Mazo, y la autoría y la coautoría impropia tienen la misma pena, y aunque, por obvias razones, no se podría delimitar el rol de cada uno, es evidente la realización mancomunada y debidamente planeada, en la que se requería del concurso de ambos procesados.

En síntesis, la conclusión relativa a que los señores **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA** y **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, fueron quienes segaron la vida de Juan Esteban López Mazo, como lo predicó la Fiscalía y lo acogió el señor Juez de primer grado, no se alcanza a agrietar con la postura defensiva en torno a que no se logra alcanzar el conocimiento más allá de la duda, sobre tal premisa, razón por la cual, se confirmará el fallo impugnado, en el cargo de Homicidio.

Ahora se pasará al análisis de las apelaciones, tendientes a revocar la sentencia de primera instancia, en cuanto al comportamiento punible de hurto. Es decir, si, desde un prisma probatorio, el juez *a quo*, se equivocó al condenar por ese comportamiento ilícito, al existir dudas en cuanto a la materialidad, y la responsabilidad de los procesados en su comisión.

Con el testimonio de la señora Deisy Yaneth Granda, se probó que para el 21 de junio de 2018, el señor Juan Esteban López Mazo, tenía la suma de \$ 700.000.00, sin exceder \$ 1.000.000.00, y con ese testimonio, sumado al del señor Javier López, también se tiene que cuando se halló al muerto, no tenía plata.

Comparte con el homicidio el indicio de oportunidad, pues los procesados se reunieron con el señor Juan Esteban López Mazo, la mañana del 21 de junio de 2018; entonces, contaron con la ocasión de apoderarse del dinero que él tenía en ese entonces.

Aunque, según la señora Deisy Yaneth Granda, su esposo salió de su finca con la suma atrás referida, integrada entre otros, por algunos billetes de \$ 20.000.00, y \$ 2.000.00.; no se estableció, concretamente, que los procesados fueran capturados con billetes de esos valores, tal circunstancia, no alcanza a enervar la posibilidad que se apoderaran de ese dinero que tenía Juan Esteban, la mañana del 21 de junio de 2018, sobre la base de la convicción que fueron los autores de ese homicidio.

El patrullero de la Policía, Wilmer Alberto Morales Mosquera, sostuvo que los implicados fueron aprehendidos con casi \$ 7.000.000.00, en efectivo; casi todos eran billetes de \$ 50.000.00, lo cual concordaría con el indicio de oportunidad contra ellos, al ser posible su captura con una mayoría de billetes de \$50.000.00, y otros de \$ 20.000.00 y \$ 2.000.00.

Sin embargo, el investigador de la Fiscalía, Yeison Antonio López Ospino, señaló que el efectivo incautado estaba integrado solo en billetes de \$ 50.000.00, porque él los fotografió, dejando en duda, que hubiesen billetes de una denominación menor, lo cual, aunque debilita la inferencia en cuanto a que los acusados se apoderaron del dinero que tenía consigo Juan Esteban, no la elimina.

En este punto cabe destacar que la Fiscalía fue muy pasiva, porque contaba con las fotografías que se tomaron del dinero, y ni siquiera intentó debatir las denominaciones de los billetes que allí aparecían, creyendo que bastaba incorporar esas fotos sin debate, para establecer contenido, y autenticidad, y por tal motivo, no hubo forma de absolver la incertidumbre advertida.

Además, tampoco se preocupó, cuando menos, por demostrar que en el tiempo que pasó entre el encuentro de los procesados con el afectado y

su captura, realizaron algún tipo de transacción que explicara porqué sólo tenían billetes de \$ 50.000.00.

De otro lado, con los testimonios de los señores Deisy Yaneth Granda, y Javier de Jesús López, se estableció que en la casa de ella, ubicada en el barrio “*katíos 2*” de Ituango, en una mesa de noche ubicada en la alcoba principal, había \$ 6.000.000.00., los cuales, ya no estaban para el 21 de junio de 2018.

Sobre el particular, el señor Bernardo Yepes, quien supuestamente se la entregó al señor Juan Esteban, por la compra de unas reses, señaló que pagó el precio en billetes de \$ 5.000.00, lo cual es increíble, pues el valor total era \$ 8.150.000.00 (la familia de la víctima gastó \$ 2.000.000.00, antes del hurto), y en ese aspecto contradijo a la señora Deisy Yaneth Granda, quien sostuvo que el pago fue en billetes de \$ 50.000.00.

Sin embargo, el tipo penal de hurto no exige para su estructuración, acreditar la procedencia de los bienes muebles apoderados por el sujeto agente; por consiguiente, carece de importancia establecer cómo obtuvo el dinero el señor Juan Esteban López Mazo. Lo cierto es que existía, en billetes de \$ 50.000.00, así lo señaló la señora Granda, quien no tendría motivos para inventar eso, ni siquiera para perjudicar injustamente a los acusados, pues ya suficiente con afrontar un proceso penal por homicidio.

Se demostró que esa casa se encontrara desorganizada, y aunque ello no da cuenta de la existencia del objeto material del delito, sí apoya la conclusión relativa a que se presentó el hurto.

No es absurdo que esta señora tuviera esa alta suma en su casa, aunque el inmueble permaneciera solo, pues es probable que creyera que estaba

seguro por las guardas de las puertas; para entrar y apoderarse de la plata, había que pasar una reja, luego la puerta principal, después la habitación, y finalmente abrir una la mesa de noche, lo cual le generaba confianza. Además, esa casa era custodiada por Merly Céspedes; una vecina que tenía llaves.

Deisy Yaneth Granda, explicó que si bien, el 21 de junio de 2018, a eso del mediodía, esa vecina la llamó para informarle que la reja de su casa estaba abierta, y la puerta de la entrada sin seguro, no le prestó atención, y esa justificación es razonable, habida cuenta que ese día habían matado a su esposo, y el levantamiento del cadáver solo se hizo hasta las 4 de la tarde, entonces ella estaba más pendiente de esto último. La declarante solo fue a esa casa hasta el otro día, y fue cuando se enteró de la desaparición de los \$ 6.000.000.00.

Ahora vienen los indicadores que permiten la construcción de los indicios de responsabilidad contra los procesados:

i) Con el testimonio de la señora Deisy Yaneth Granda, se probó que Juan Esteban López salió de la finca con un manojito de llaves, entre las que se encontraba la de la casa de Ituango, y de esa mesa de noche, y con ese testimonio, sumado al del señor Javier de Jesús López, ii) se estableció que al obitado le quitaron esas llaves; iii) está demostrado que el señor Juan Esteban se reunió con los procesados en la mañana del 21 de junio de 2018; iv) también se acreditó, con el testimonio de la señora Granda, que la reja y la puerta de ingreso a su casa fueron abiertas, así como la mesa de noche de la habitación principal, lo cual significa que no fueron forzados.

La suma de esos hechos permiten inferir que **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA** y **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, aprovecharon la ocasión, despojaron al señor Juan Esteban de las llaves que tenía, y luego, las usaron, abriendo las respectivas puertas, para apoderarse de los \$ 6.000.000.00. Esta última posibilidad toma más fuerza, si se le agrega el hecho que v) fueron capturados con una suma cercana, precisamente, en billetes de \$ 50.000.00.

En esas condiciones, se logra inferir, más allá de toda duda, que el dinero incautado a los implicados, correspondía al apropiado en esos dos escenarios.

Es verdad que los procesados no eran amigos del señor Juan Esteban López, pero podían deducir que tenía dinero guardado, pues lo conocían, así como sus propiedades, y actividad económica, al ser todos de Ituango, por ello es factible que fueran hasta la vivienda ubicada en “*katíos 2*”, encontraran \$ 6.000.000.00, y se apoderaran de ellos.

De las declaraciones de los policiales Germán Antonio Torres Delgado y Wilmer Alberto Morales Mosquera, se puede inferir que los procesados contaron con tiempo para ingresar a la casa de la familia López Granda, donde se cometió el hurto, pues cuando ellos ingresaron a Ituango, no fueron perseguidos por la Policía, sin perderlos de vista, sino que los buscaban, sin éxito, pues fueron capturados en otro lado, en el sector de “*el bombillo*”, a donde llegaron después los policiales.

En este caso no se escucharon a los vecinos de la casa donde se lesionó el patrimonio económico, como para admitir que la hora en que percibieron buya en la vivienda de la familia López Granda, no concuerda con la hora en que ingresaron los procesados a Ituango, el 21 de junio de 2018.

YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO, aseguró que tenía el efectivo que le fue incautado, para hacer el negocio de la motocicleta con Juan Esteban López Mazo, lo cual podría ser posible, pero esa justificación no alcanza a debilitar la hipótesis del ente acusador, acogida por la primera instancia, porque según el deponente, en el primer acercamiento con el vendedor, 3 días antes de su muerte, le dio a entender que tenía \$ 12.000.000.00, para comprar la moto, no \$ 7.100.000.00, que fue lo que se le decomisó.

Así las cosas, aunque la argumentación del Juez *a quo* no es un paradigma a seguir, pues le faltó desarrollo en la estructuración de la prueba indiciaria, se cuenta con el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito de hurto, y cuando menos, se cumple con ese estándar de conocimiento, en cuanto a la responsabilidad de los procesados en aquel recaído sobre el dinero que estaba en casa de la familia López Granda, localizada en el barrio “*Katíos 2*”, de Ituango, por eso se confirmará la sentencia por ese cargo.

Como conclusión final, se anuncia la confirmación íntegra de la sentencia proferida el 21 de abril de 2020, mediante la cual, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango, condenó a **DANY ALEJANDRO ZAPATA USÚGA** y **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**, como autores de los delitos de Homicidio y Hurto, en los temas objeto de impugnación.

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

RAD. CUI	05-361-61-09-281-2018-80071-02
RAD. INT.	2020-0412-3
DELITOS	HOMICIDIO Y HURTO
ACUSADOS	YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO Y OTRA PERSONA
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	DENIEGA NULIDADES, CONFIRMA

VII. RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR las nulidades propuestas por la defensa del señor **YINIR DE JESÚS AREIZA ORREGO**.

SEGUNDO: CONFIRMAR el fallo impugnado en los temas objeto de impugnación.

TERCERO: ADVERTIR que la decisión proferida queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, acorde a lo estipulado en el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

CUARTO: En firme esta decisión, **REGRESAR** el expediente (virtual) al Juzgado de origen, previas desanotaciones y avisos de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE¹

(Firma electrónica)

JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

(Correo de aprobación)

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Correo de aprobación)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 004 PENAL DE ANTIOQUIA

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

Código de verificación: **7a697d1108655609153ce34793259372a7fac4fdb966a7e538f77d078496081b**
Documento generado en 11/11/2020 05:37:35 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹ 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 materializó conforme a la aceptación del contenido del proveído por cada uno de los revisores, por medio de sus cuentas oficiales, los cuales se adjuntan.

RV: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA PENAL SEGUNDA INSTANCIA RAD 2020-0412-3 _ REVISAR SALA DE DECISIÓN

Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 23/11/2020 9:06 AM

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

De: Plinio Mendieta Pacheco <plinio.mendieta@hotmail.com>

Enviado: lunes, 23 de noviembre de 2020 9:03

Para: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA PENAL SEGUNDA INSTANCIA RAD 2020-0412-3 _ REVISAR SALA DE DECISIÓN

De acuerdo con la sentencia Rad. 2020-0412-3

De: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 23 de noviembre de 2020 8:38 a. m.

Para: Plinio Mendieta Pacheco <plinio.mendieta@hotmail.com>

Asunto: RV: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA PENAL SEGUNDA INSTANCIA RAD 2020-0412-3 _ REVISAR SALA DE DECISIÓN

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 11 de noviembre de 2020 17:40

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA PENAL SEGUNDA INSTANCIA RAD 2020-0412-3 _ REVISAR SALA DE DECISIÓN

Magistrados Sala Penal

DR. PLINIO MENDIETA PACHECO

DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Sala de Decisión

Tribunal Superior de Antioquia

Conforme a las observaciones efectuadas por los revisores al proyecto de decisión; se somete a estudio de la sala la ponencia de la referencia aprobada y firmada electrónicamente por el Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros

RV: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA PENAL SEGUNDA INSTANCIA RAD 2020-0412-3 _ REVISAR SALA DE DECISIÓN

Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 12/11/2020 9:40 AM

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial saludo,

Recibida manifestación de aprobación del proyecto de decisión de la referencia. Correo sin anexo.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros
Auxiliar Judicial

De: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 12 de noviembre de 2020 9:35 a. m.

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia
<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA PENAL SEGUNDA INSTANCIA RAD 2020-0412-3 _ REVISAR SALA DE DECISIÓN

Dr Juan Carlos Cardona

De acuerdo con la sentencia 2020-0412-3

Atte. René Molina
Magistrado Revisor

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 11 de noviembre de 2020 17:40

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia
<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA PENAL SEGUNDA INSTANCIA RAD 2020-0412-3 _ REVISAR SALA DE DECISIÓN

Magistrados Sala Penal
DR. PLINIO MENDIETA PACHECO
DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Sala de Decisión
Tribunal Superior de Antioquia

Conforme a las observaciones efectuadas por los revisores al proyecto de decisión; se somete a estudio de la sala la ponencia de la referencia aprobada y firmada electrónicamente por el Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros
Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 16 de octubre de 2020 16:08

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: PROYECTO SENTENCIA PENAL SEGUNDA INSTANCIA RAD 2020-0412-3 _ REVISAR SALA DE DECISIÓN

AUDIOS :

<https://drive.google.com/file/d/1awJBSIASzX5WJ8OCRXWV1N9uVOirQosn/view?usp=sharing>

<https://drive.google.com/file/d/1lgZBQrr8-G9S269zbn8-H1yaOt-mVutB/view?usp=sharing>

Magistrados Sala Penal
DR. PLINIO MENDIETA PACHECO
DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Sala deDecisión
Tribunal Superior de Antioquia

En virtud de lo consagrado en los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se circula a través de este medio, el proyecto de la referencia aprobado y firmado electrónicamente por el Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Es de resaltar que se trata de proceso penal con persona privada de la libertad.

Se adjunta 10 archivos.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros
Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

RADICADO CUI	05-045-61-00498-2015-00309-02
RADICADO INTERNO	2018-0970-3
DELITO	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO
ACUSADO	JORGE LUÍS GAVIRIA GARCÉS
ASUNTO	SENTENCIA
DECISIÓN	REVOCA
LECTURA	DICIEMBRE 9 DE 2020, 10:00 HRS

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

Aprobado mediante Acta N° 152 de la fecha

I. OBJETO DE DECISIÓN:

Resolver la impugnación interpuesta por la defensa del señor **JORGE LUÍS GAVIRIA GARCÉS**, contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2018, mediante la cual, el Juzgado 2º Promiscuo Municipal con Función de Conocimiento de Apartadó Antioquia, lo condenó como coautor de la conducta punible de Hurto Calificado y Agravado.

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

El 10 de abril de 2015, a las 4 y 40 de la tarde, aproximadamente, en Apartadó Antioquia, en la carrera 95, frente al inmueble identificado con nomenclatura 101-32 del barrio “*La Chinita*”, 4 personas se apoderaron de \$1.900.000.00, que había retirado el señor Hernán Darío Martínez Pineda de “*Bancolombia*”, para lo cual, uno de ellos, lo intimidó, al parecer, con arma de fuego, y para la fiscalía, se trató del señor **JORGE LUÍS GAVIRIA GARCÉS**.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

El 23 de diciembre de 2015, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Carepa, entre otras diligencias, se formuló imputación contra **JORGE LUIS GAVIRIA GARCÉS**, por el delito de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones, en concurso con Hurto Calificado y Agravado; luego, se le impuso como medida de aseguramiento, detención preventiva en establecimiento de reclusión.

El 19 de febrero de 2016, fue presentado el escrito de acusación en el Juzgado 2º Promiscuo Municipal con Función de Conocimiento de Apartadó, donde se celebró la respectiva audiencia, el 1º de marzo de 2016. La Fiscalía General de la Nación se mantuvo en el delito de Hurto Calificado y Agravado, **pero guardó silencio frente al ilícito contra la seguridad pública.**

La audiencia preparatoria se realizó en sesiones de 11 de abril y 24 de junio de ese año. El 18 de octubre de 2016, el Juzgado 3º Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Apartadó, revocó la medida de aseguramiento en favor del señor **JORGE LUÍS GAVIRIA GARCÉS**, por vencimiento de términos, y ordenó su libertad.

Tras varios intentos, el juicio oral inició el 1º de febrero de 2017, y luego de varias sesiones, finalizó el 29 de junio de 2017, fecha en la cual se indicó el sentido de fallo condenatorio, el cual se leyó el 24 de julio de 2017, y fue impugnado por la defensa.

No obstante, el 24 de abril de 2018, esta Sala de decisión decretó la nulidad parcial de la actuación, a partir de la lectura de la sentencia,

para que se resolviera acerca de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave al procesado.

En consecuencia, el nuevo fallo condenatorio se dictó el 17 de mayo posterior, cumpliendo con lo ordenado, y también fue impugnado por la defensa.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA:

Para lo que compete, en primera instancia se encontró acreditada la responsabilidad del procesado en el delito objeto de acusación, a partir de unas fotos tomadas a un video de seguridad de “*Bancolombia*”, que lo ubican en ese sitio, al mismo tiempo en que la víctima realizaba una transacción financiera.

Documental que armoniza con otras fotografías, captadas de un video de una cámara de seguridad que registró la consumación del ilícito, donde se advierte a una persona con idénticas características físicas y prendas de vestir de aquel sujeto que aparecía en el video de “*Bancolombia*”, vigilando al afectado, quien fue el que después, en el momento del hurto, intimidó a Hernán Darío Martínez Pineda, con arma de fuego, mientras otros sujetos lo rodeaban y lo despojaban del bolso en el que llevaba su dinero.

La identificación del señor **JORGE LUÍS GAVIRIA GARCÉS**, se logró por el perjudicado, quien lo señaló como la persona que lo amenazó de muerte con un arma de fuego, a efecto que entregara su dinero a los otros malhechores.

Este testigo explicó que pudo reconocerlo, inicialmente, en unas fotografías que le exhibió su jefe, señor Alexander Burgos, y luego, en

unos videos de seguridad, a instancia de la Policía, porque a pesar que para el momento de los hechos, el procesado usaba un casco, no le cubría el rostro, y lo tuvo a un metro de distancia, aproximadamente.

Se desestimó la coartada de la defensa, en tanto los declarantes que pretendieron soportarla exhibieron incoherencias externas; es decir, contradicciones entre sí.

V. IMPUGNACIÓN:

Para guardar orden con respecto a los argumentos entregados en la decisión impugnada, las censuras presentadas por la defensa se sintetizan así:

Indicó que como no se incorporaron en el juicio los videos donde quedó registrado lo ocurrido al interior de *“Bancolombia”*, y la comisión del Hurto, era imposible condenar al procesado, incluso, con evidencia que se desprendiera de esos videos, pues se estaría ante la *“teoría de los frutos del árbol envenenado”*.

Afirmó que en las fotografías tomadas del video de *“Bancolombia”*, es imposible determinar que el presunto victimario sea su procurado.

Sin perjuicio de lo anterior, atacó la autenticidad de las fotografías adosadas, porque no se probó la respectiva cadena de custodia, lo cual era necesario; en tanto, la fecha que aparece en el computador utilizado para reproducir los videos que registraron los hechos, a partir del cual, se fijaron las imágenes introducidas al proceso, no coincide con el día en que se ejecutó el ilícito objeto de juzgamiento.

No se determinó de qué computador se valió la Fiscalía para tomar las fotografías que involucran al acusado, ni cuáles fueron las cámaras de seguridad que filmaron lo ocurrido en la referida entidad bancaria, y en el sitio donde se presentó la apropiación del dinero de la víctima.

Aseguró que era necesario verificar la información técnica de la cámara fotográfica, la información del caso, lugar y fecha de cada una de las capturas fotográficas, lo cual no se hizo.

Adicionalmente, cuestionó la credibilidad de uno de los testigos de acreditación de las fotografías adosadas, en tanto, fue denunciado en la Procuraduría General de la Nación, por cuanto, “*inexplicablemente*”, conocía la ubicación exacta de la casa del procesado.

Sintetizó que por todo lo anterior, no es dado afirmar que las imágenes incorporadas al juicio, correspondan a los videos referidos por el ente acusador.

De otro lado, frente al señalamiento realizado por señor Hernán Darío Martínez Pineda, indicó que las características físicas del implicado, consignadas por la Policía Judicial, al momento de su captura, no corresponden con la descripción morfológica del delincuente que empuñaba un arma de fuego, efectuada por la víctima, sino a la de la mayoría de la población del Urabá.

El señor Hernán Darío Martínez Pineda, no manifestó que su agresor tuviera ortodoncia, un tatuaje en la mano “*derecha*”; barba; una cicatriz en el cuello, características que sí tiene el procesado, lo cual es inexplicable, en tanto, el victimario estuvo a un metro de distancia del perjudicado directo del Hurto.

Estima que la fiscalía no demostró cómo el señor Alexander Burgos consiguió las fotografías, ni los datos de identificación del señor **JORGE LUÍS GAVIRIA GARCÉS**, y por lo tanto, esa actuación investigativa, por la cual, Hernán Darío Martínez Pineda distinguió al encartado, es ilegal.

Reclamó un reconocimiento en fila de personas, como lo ordena el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal, lo cual era necesario, porque no se pudo llevar a cabo un reconocimiento en el juicio.

Resaltó que la señora Aceneth Tamayo Londoño, quien también presencié los hechos, no reconoció al acusado.

De otra parte, consideró que la testimonial que ilustra que para la época de los hechos, el señor **JORGE LUÍS GAVIRIA GARCÉS**, se encontraba en San Juan de Urabá, fue desechada, por algunas contradicciones, pero no se valoró que los órganos de prueba son adultos mayores, que pueden tener fallas en sus memorias, y que sería más sospechoso que guardaran perfecta simetría.

Esbozó que en este caso no se probó que para el momento de los acontecimientos, el procesado llevara consigo un arma de fuego; tanto así que se precluyó la investigación en su contra por esa conducta punible. Por consiguiente, era imposible acreditar la circunstancia calificante del Hurto, a partir del uso de ese elemento bélico.

Tampoco se acreditó que momentos después de la comisión del ilícito, la víctima se encontrara en estado de “Shock”, ya que no fue llevado a un hospital, y si ello fuera cierto, no habría podido apreciar los detalles del Hurto en su contra, y en ese orden, se debe eliminar el “agravante” deducido.

Por todo lo esgrimido, pidió la revocatoria del fallo condenatorio.

VI. NO RECURRENTES:

En la intitulada condición, para que se confirme la sentencia, la Fiscalía recordó la preclusividad de los actos procesales, para significar que la defensa no tuvo reparo alguno en el decreto de las fotografías, en la audiencia preparatoria.

Sostuvo que esa parte procesal pretende sobreponer su apreciación personal acerca del mérito de los testigos de cargo, y de los suyos. Resaltó los motivos por los cuales, la jueza *a quo*, le dio eficacia al reconocimiento de la víctima, pero no se expondrán acá, pues sería una reiteración innecesaria.

Esbozó que con el testimonio del investigador Elver Javier Vaquero, se probó que el acusado es zurdo, pues firmó con la mano izquierda el libro de anotaciones de la Policía, y era con esa mano que el sujeto apuntó a la víctima, lo cual explica porque el afectado no vio el tatuaje que supuestamente tenía el señor **JORGE LUIS GAVIRIA GARCÉS**, es un su mano derecha, y no le vio el presunta cicatriz en el cuello, porque esa parte del cuerpo estaba cubierta por un casco.

Señaló que al precitado no se le acusó por el porte de un arma de fuego, porque no se le incautó, y no produjo un resultado lesivo con ese artefacto, pero, en todo caso, la víctima y la señora Aceneth Tamayo dan cuenta de la intimidación del procesado con un arma de fuego, y aunque fuera de juguete, era suficiente para ejercer violencia contra el afectado.

Expuso que los parientes del procesado que declararon en juicio tienen un interés en favorecerlo.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

De acuerdo con el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, se cuenta con competencia para resolver la impugnación propuesta, limitada a los puntos de inconformidad con el fallo de primer grado, y aquellos temas que resulten inescindiblemente vinculados.

En este caso no se probó que los videos registrados por las cámaras de seguridad de “*Bancolombia*” y “*Todo en concreto*”, el 10 de abril de 2015, se consiguieron con violación de garantías fundamentales, o de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal, como para decretar la exclusión de las fotos derivadas de esas evidencias, aducidas al juicio oral.

Recuérdese que la fiscalía cuenta con autonomía para demostrar su teoría acusatoria, y con ese propósito, resolvió, en vez de incorporar esos videos, fijar en fotografías, las imágenes que allí aparecían, para luego, incorporarlas como evidencia, lo cual es válido, de acuerdo con el artículo 275, literal f, de la obra en cita, y en aplicación del principio de libertad demostrativa, previsto en el artículo 373 *ídem*.

Ahora, dada la forma en que procedió la fiscalía, era trascendental probar la autenticidad de los documentos que finalmente se adosaron al expediente como pruebas, es decir, acreditar que correspondían a los videos de seguridad, que es lo que en últimas critica el apelante, cuando dice que no se probó la respectiva cadena de custodia.

Al respecto debe indicarse que para el cumplimiento de esa carga, también hay libertad probatoria, al ser un hecho que interesa para la solución del caso, así lo ratifica el artículo 277 de la Ley 906 de 2004, y en ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la SP160 de 18 de enero de 2017, dictada en el radicado 44741.

Conforme con lo anterior, y el artículo 426.1 *ejusdem*, no hay reparo en que la fiscalía probara la autenticidad de esos documentos con los respectivos testigos de acreditación - Elver Javier Baquero Huérfano, y Alejandro Ospina Castañeda-, pues ellos tomaron las fotografías, y dan cuenta de los elementos sobre los cuales las fijaron.

Para contestar las glosas expuestas por el apelante, debe señalarse que tras revisar lo ocurrido en el juicio oral, se aprecia que en las fotos tomadas al video de seguridad de “*Todo en concreto*”, la cuales ilustran la consumación del hurto, se lee que ocurrió el 15 de abril de 2010, en el siguiente lapso expresado en horas, minutos y segundos de ese día: 16:39:06 y 16:39:11, lo cual es acorde con la acusación, y desestima lo que aduce la defensa.

Es verdad que en el video de la sucursal de “*Bancolombia*”, localizada en la carrera 100 con calle 96 de Apartadó, no se aprecia la fecha y hora, pero con el investigador Alejandro Ospina Castañeda, se debatió e incorporó el oficio con el cual, esa entidad bancaria remitió el video, en el cual se consignó que corresponde, precisamente, al 10 de abril de 2015, entre las 4 y 20 y 4 y 40 minutos de la tarde, con lo cual se prueba la autenticidad de las fotos que se tomaron de esa filmación.

Es cierto que la delegada de la fiscalía no se preocupó por demostrar en el juicio cuáles fueron los instrumentos que se usaron para hacer las

fotografías, ni el lugar donde las tomaron, pero esas omisiones no generan una ilegalidad, pues la defensa no indicó qué norma del Código Adjetivo Penal, le impone a la fiscalía esa carga, para la obtención de las fotos, y la Sala no lo advierte de oficio.

Aunque el literal A del artículo 209 de la Ley 906 de 2004, indica que el informe de investigador de campo tendrá una descripción clara y precisa de la forma, técnica e instrumentos utilizados en la actividad investigativa, se trata de un presupuesto aplicable a esa herramienta de indagación, que ayuda a la gestión de los fiscales, más no de una exigencia de validez para la obtención de alguna evidencia.

Esas omisiones tampoco ponen en entredicho la autenticidad de las fotografías que soportan la condena, al quedar acreditada como se indicó en precedencia.

En este caso, con los testimonios de los señores Elver Javier Baquero Huérfano, Alejandro Ospina Castañeda, y las mismas fotos, se probó que la cámara de seguridad que filmó lo ocurrido en *“Bancolombia”*, estaba al interior de esa entidad bancaria, sucursal Apartadó, y, con los precitados, junto con el señor Hernán Martínez Pineda y la señora Aceneth Tamayo Londoño, se acreditó que la cámara que registró el momento del Hurto, estaba ubicada en la empresa *“Todo en concreto”*.

En el juicio, que es el escenario donde se practican las pruebas; se acreditó que las fotografías que incorporó el señor Elver Javier Baquero Huérfano, referentes a la comisión del hurto que importa, las tomó el 15 de abril de 2015; las que adujo el investigador Alejandro Ospina Castañeda, también sobre el video que se hizo de ese hecho, las tomó el 13 de abril de 2015, y las que versan sobre lo ocurrido el 10 de abril

de 2015, en “*Bancolombia*” de Apartadó, las fijó el precitado, el 21 de mayo posterior.

Que el intendente Elver Javier Baquero Huérfano, fuera denunciado disciplinariamente por la señora madre del acusado, y éste, no pone en duda la veracidad de las fotos que tomó, pues antes, el investigador Alejandro Ospina Castañeda había fotografiado el mismo video sobre la consumación del hurto que interesa, y su trabajo coincide con el del señor Elver Javier Baquero Huérfano, en cuanto al contenido.

Así las cosas, las imágenes aducidas por la fiscalía, corresponden a los videos referidos por ella.

De otro lado, es verdad que de las fotografías tomadas al video de seguridad de “*Bancolombia*”, es imposible determinar que la persona que allí se señala como co-responsable del hurto sea el procesado, pero esa conclusión no se tomó de esa evidencia, sino de la acusación que hizo la víctima en su contra, ante la jueza de conocimiento, sin que sea un presupuesto de validez la existencia de reconocimientos en fila de personas, lo cual conlleva a revisar la eficacia de esa sindicación, bajo las glosas de la defensa.

Es verdad que el señor Hernán Darío Martínez Pineda, le vio la cara al sujeto que le apuntó con un arma de fuego, mientras otros se apoderaran de un dinero, porque para ese entonces, lo tuvo cerca, a menos de un metro de distancia, dado que el delincuente se aproximó a quitarle las llaves del “*switch*” de la moto que él conducía.

Sin embargo, tuvo muy poco tiempo para concentrarse en el aspecto de su cara, pues el apoderamiento de su bolso se dio en 5 segundos, lo cual deja en duda que el afectado diferenciara con exactitud a esa

persona que lo intimidó, de todas las que habitan la región de Urabá, y comparten rasgos físicos, para luego reconocerla como **JORGE LUIS GAVIRIA GARCÉS**.

Súmese la confluencia de las emociones de angustia, temor, desazón que no permitirían un juicio totalmente sereno para un reconocimiento objetivo e inequívoco.

Esa incertidumbre se intensifica, si se tiene en cuenta que dicho delincuente, llevaba puesto un casco, que aunque no le cubría el rostro por completo, pudo, en cierta medida, dificultar un reconocimiento certero por el afectado, pues no se trataba de un casco totalmente abierto, que le permitiera ver todas y cada una las características que tiene una persona en cabeza y cara.

Además, ese señalamiento se apoyó en los videos de seguridad de “*Bancolombia*” y el que se tomó de “*Todo Concreto*”, los cuales se le exhibieron al afectado, pero como se indicó en precedencia, de las fotografías adosadas al expediente, tomadas de esos documentos, es imposible predicar correspondencia con las características físicas del señor **JORGE LUIS GAVIRIA GARCÉS**, como para indicar que se trata de la misma persona.

Por otro lado, el señor Alexander Burgos Vélez explicó que el día de los hechos le compartieron el video de “*Todo en concreto*”; ese mismo día se lo mostró a unos jóvenes que jugaban microfútbol en el barrio “*Obrero*”, en el que reside su señora madre, y donde también vive el acusado; y, según se afirma, uno de ellos lo reconoció. Al día siguiente, le llegó a la aplicación “*Whatsapp*” de su celular, unas imágenes de este, su nombre, **JORGE LUIS GAVIRIA**, dirección, y el mensaje de que era

aquel quien hurtó a su trabajador; es decir, a Hernán Darío Martínez Pineda.

Por supuesto, la credibilidad del señor Burgos Vélez, depende de la corroboración de cada una de sus palabras (Corte Suprema de Justicia, en la SP8033 de 2015, dictada en el radicado 45043), pero ello no implica que se reconozca que el insumo en el que se basó es poco confiable, no solo porque es referencial sino, principalmente, porque, como se ha predicado, al cotejar las imágenes de la acción delictiva y concretamente de quien apuntaba con el arma, no se puede concluir que es el acusado; por eso no podría asignársele credibilidad al señalamiento supuestamente efectuado a un tercero que no compareció al juicio.

Además, fue con base en esos datos el 11 de abril de 2015, el afectado identificó y señaló al acusado como coautor del hurto, en el rol ampliamente conocido; es decir, de algún modo pudo influir en la espontaneidad de la víctima para el concreto señalamiento de quien funge como procesado.

Aunque esa actuación es legal, porque la víctima puede adelantar su propia investigación, siempre y cuando canalice lo logrado a través de la fiscalía (Sentencias C 1154 de 2005, C 209 de 2007, y la dictada por la Sala de Casación Penal en el radicado 37596, en diciembre de 2011), ante las circunstancias que rodearon el hurto, señaladas en precedencia, y que dejan en duda que el señor Martínez Pineda distinguió a quien le apuntó con un arma de fuego, para que otros se apoderaran del dinero que llevaba consigo, es muy probablemente, insístase, que, la acusación que lanzó contra el señor **JORGE LUIS GAVIRIA GARCÉS**, obedezca al reconocimiento de un tercero que no concurrió al juicio oral, o sea, al

emisor de los mensajes electrónicos que recibió el señor Alexander Burgos Vélez.

Así las cosas, sin necesidad de analizar las demás glosas que formuló la defensa contra la eficacia de la sindicación que hizo la víctima, ni acerca de las demás evidencias que practicó la fiscalía, se puede concluir que la principal prueba de cargo, la cual soporta la sentencia condenatoria; es decir, el testimonio del señor Hernán Darío Martínez Pineda, no tiene idoneidad para conducir al conocimiento más allá de toda duda, acerca de la co-autoría atribuida al señor **JORGE LUIS GAVIRIA GARCÉS**, en el comportamiento punible de Hurto Calificado y Agravado, lo cual sería suficiente para revocarla.

De otra parte, es verdad que la defensa, por conducto del señor Edison Emilio Márquez incorporó al juicio oral una fotocopia de dos tiquetes que creó a nombre de **JORGE LUIS GAVIRIA GARCÉS**, y su señora madre, Lineis Garcés desde Apartadó, a San Juan de Urabá, saliendo el 6 de abril de 2015, y regresando el 11 de abril posterior, los cuales se tienen como auténticos, a pesar que se no se aportó en original, pues esta Sala, en decisión adoptada el 17 de junio de 2019, en el radicado interno 2018-1528-03, con ponencia del suscrito, coligió que, *“pensar que solo es dado demostrar que un documento es auténtico, con su aporte original, o con las elementos autorizados en las hipótesis exceptuadas, desconoce el principio de libertad demostrativa”*.

Es cierto que, el señor Márquez trabaja en la empresa de transportes “*coointur*”, vendiendo tiquetes que cubren esa ruta, y no se evidencia que tuviera algún motivo para mentir; de ahí que, con su declaración, en principio, se confirmaría, el contenido de los documentos, con lo cual plantaría la duda con respecto a que el acusado no estaba en Apartadó, para la época de los hechos averiguados.

A juicio de la Sala, es sospechoso que ella hubiese comprado tanto los tiquetes de ida, como los de regreso en una misma oportunidad, y estos no sigan el consecutivo –lo cual sería lo que suele ocurrir-, lo cual salta a la vista del contenido de los documentos; aspecto que hubiera sido imprescindible de cuestionarse por parte de la Fiscalía, para tratar de develar a qué obedecía esa inconsistencia.

Sin embargo, esa omisión en su rol, por parte de la Fiscalía no impediría los cuestionamientos que debiera hacer la Sala para filtrar su confiabilidad. En efecto; una vez practicadas las pruebas, los jueces tienen la facultad de formar, a partir de todas ellas, su convencimiento racional, con sujeción a las leyes de la ciencia, las reglas de la lógica y máximas de la experiencia; en otras palabras, conforme al sistema de la persuasión racional; es decir, con un análisis plenamente crítico.

No obstante, al existir una clara tesis exceptiva, que se pretende demostrar con esa documental, era de esperarse, en ejercicio de la contradicción, un mayor control de la fiscalía, en contrainterrogatorio, para destacar ese aspecto, neutralizando el ataque que se hacía a su tesis acusatoria, pero como no lo hizo, hasta el momento, esas copias de esos tiquetes cumplen su cometido, o sea, cuando menos, poner en duda que, el 10 de abril de 2015, el acusado se encontraba fuera de Apartadó.

En todo caso, se debilita la fuerza demostrativa de los documentos analizados, pues valorados en conjunto, con la declaración de Lineis Gárce, no permiten obtener un conocimiento claro y preciso de los hechos que constituyen su contenido, tal como lo exige el artículo 432.2 de la Ley 906 de 2004, como quiera que, no se explica la Sala por qué esta dama compró tiquetes de regreso el 6 de abril de 2015, para el 11 de abril posterior, cuando indicó que supuestamente se regresó a

Apartadó en esa fecha, **porque su nieto había enfermado, lo cual es un hecho imprevisible**, como para que anticipadamente hubiese adquirido los boletos de regreso.

A pesar de lo anterior, algunos de los declarantes de la defensa - Ernesta Díaz González y Limberto Pitalúa Díaz-, apoyan la versión del acusado, en cuanto a que, el 10 de abril de 2015, se encontraba en el corregimiento de San Nicolás del Río, y aunque exhiben algunas incoherencias en sus declaraciones, no recaen sobre aspectos sustanciales, pues lo relevante es que el procesado, al parecer, estaba en el sitio indicado, en la fecha referida, y sobre eso hubo uniformidad.

En esas condiciones, también afloraría perplejidad sobre la posibilidad de su eventual realización del comportamiento punible, desplegado en el municipio de Apartadó, pues es posible que se encontrara en otro lugar distante.

Así las cosas, y para abundar en razones, las tesis exceptiva, relativa a que, para el 10 de abril de 2015, el acusado se encontraba en el corregimiento de San Nicolás del Río, perteneciente al municipio de San Juan de Urabá, cuenta con algunas evidencias con mérito probatorio que la respaldan, y por consiguiente, pone en duda en la teoría acusatoria.

En razón de todo lo expuesto, en aplicación de los artículos 7º y 381 del Código de Procedimiento Penal, se revocará la sentencia dictada el 17 de mayo de 2018, por el Juzgado 2º Promiscuo Municipal con Función de Conocimiento de Apartadó Antioquia, y en su reemplazo, se absolverá al señor **JORGE LUIS GAVIRIA GARCÉS**, por el delito objeto de acusación.

En este caso, no se sabe a ciencia cierta si para este momento, el procesado está privado de la libertad por este proceso o por otro, o si por cuenta de él se libró orden de captura, entonces, se dispone que, por la Secretaría de la Sala, se establezca todo lo anterior; pero, desde ya, se imparte la orden que se cancelen las órdenes de captura que puedan existir en contra del mencionado procesado en razón del presente proceso, y/o expedir las órdenes de libertad provisional (Artículo 317 -1, Ley 906 de 2004), frente a esta actuación.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada el 17 de mayo de 2018, por el Juzgado 2º Promiscuo Municipal con Función de Conocimiento de Apartadó Antioquia.

SEGUNDO: ABSOLVER POR DUDA, a **JORGE LUIS GAVIRIA GARCÉS**, por el delito objeto de acusación, es decir, Hurto Calificado y Agravado, supuestamente cometido en la fecha y hora referidas en el asunto de este proveído.

TERCERO: Por la Secretaría de la Sala, **ESTABLECER** si para este momento, el procesado está privado de la libertad por este proceso o por otro. Se dispone que establecido ese aspecto, se proceda inmediatamente a la cancelación de las órdenes de captura que existan contra el precitado por cuenta de este proceso, o se ordene su libertad provisional, con base en lo normado en el artículo 317-1, de la Ley 906 de 2004.

CUARTO: ADVERTIR que contra esta decisión procede el recurso de casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, acorde a lo estipulado en el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

QUINTO: En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las desanotaciones y avisos de rigor.

CÓPIESE, NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE,¹

JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 004 PENAL DE ANTIOQUIA

¹ 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 materializó conforme a la aceptación del contenido del proveído por cada uno de los revisores, por medio de sus cuentas oficiales, los cuales se adjuntan.

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:

**1b360736c25deef384e1a9f92688d4aebc221f3a23c3f6280dc5323d
a0ae753**

Documento generado en 18/09/2020 03:46:55 p.m.

RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA ORDINARIA RAD 2018-0970-3_REVISAR SALA

Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 21/09/2020 10:05 AM

Para: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial saludo,

Se confirma recibido de la aprobación del proyecto de decisión de la referencia. Correo sin anexo.

Atentamente,

CLAUDIA XIMENA REYES OLIVEROS

Auxiliar Judicial

De: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 21 de septiembre de 2020 9:32 a. m.

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA ORDINARIA RAD 2018-0970-3_REVISAR SALA

De: Plinio Mendieta Pacheco <plinio.mendieta@hotmail.com>

Enviado: viernes, 18 de septiembre de 2020 22:49

Para: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA ORDINARIA RAD 2018-0970-3_REVISAR SALA

De acuerdo con sentencia radicada con el No. 2018-0970-3

De: Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 18 de septiembre de 2020 4:44 p. m.

Para: Plinio Mendieta Pacheco <plinio.mendieta@hotmail.com>

Asunto: Fwd: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA ORDINARIA RAD 2018-0970-3_REVISAR SALA

Obtener [Outlook para iOS](#)

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: Friday, September 18, 2020 4:28:05 PM

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA ORDINARIA RAD 2018-0970-3_REVISAR SALA

Magistrados Sala Penal

DR. PLINIO MENDIETA PACHECO

DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Sala de Revisión

Tribunal Superior de Antioquia

Conforme a las observaciones efectuadas por los revisores al proyecto de decisión; se somete nuevamente a estudio de la sala la ponencia de la referencia aprobada y firmada electrónicamente por el Magistrado sustanciador Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Se adjunta un archivo(s).

Atentamente,

CLAUDIA XIMENA REYES OLIVEROS

Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA ORDINARIA RAD 2018-0970-3_REVISAR SALA

Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 11/11/2020 2:57 PM

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial saludo,

Recibida manifestación de aprobación del proyecto de decisión de la referencia. Correo sin anexo.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros
Auxiliar Judicial

De: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 11 de noviembre de 2020 2:50 p. m.

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA ORDINARIA RAD 2018-0970-3_REVISAR SALA

De: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 27 de octubre de 2020 15:57

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA ORDINARIA RAD 2018-0970-3_REVISAR SALA

Dr Juan Carlos Cardona

De acuerdo con la decisión de segunda instancia de revocar la sentencia condenatoria dentro del radicado 2018-0970-3

Atte

René Molina
Magistrado Revisor

PD: en la página 13 párrafos 2y 3 hay errores en algunas palabras

De: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 27 de octubre de 2020 15:36

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia
<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA ORDINARIA RAD 2018-0970-3_REVISAR SALA

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 18 de septiembre de 2020 16:28

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia
<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA ORDINARIA RAD 2018-0970-3_REVISAR SALA

Magistrados Sala Penal

DR. PLINIO MENDIETA PACHECO

DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Sala de Revisión

Tribunal Superior de Antioquia

Conforme a las observaciones efectuadas por los revisores al proyecto de decisión; se somete nuevamente a estudio de la sala la ponencia de la referencia aprobada y firmada electrónicamente por el Magistrado sustanciador Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Se adjunta un archivo(s).

Atentamente,

CLAUDIA XIMENA REYES OLIVEROS

Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL.

Medellín, diciembre nueve de dos mil veinte

Radicado 2019-1545-6

Vista la petición que eleva el abogado ANDRES FEILPE ARANGO, defensor del acusado ANTONIO JOSE ESCOBAR FLOREZ, donde expresa los inconvenientes que le impiden asistir a la audiencia preparatoria programada para el día 10 de diciembre del año en curso, se dispone señalar como nueva fecha para celebrar la referida audiencia el 22 de enero del año 2021 a las 9 a.m. La que se realizara por medios virtuales.

Infórmesele al respecto a los sujetos procesales e intervinientes.

CUMPLASE

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO

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:
1b55f2a6d36ddd19f25c0b70f958e9c9f1790cb43b2acc46548af0848e926

Documento generado en 09/12/2020 01:40:24 p.m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I.	2020-1144-3
RADICADO	05 045 31 040022020-00284
ACCIONANTE	ALEXANDER ALFONSO GUTIÉRREZ IGIRIO
ACCIONADO	COMISIÓN NACIONAL DEL ESTADO CIVIL (CNSC), y UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
ASUNTO	TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
DECISIÓN	CONFIRMA

Medellín, nueve (09) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Aprobada mediante Acta Nº 173 de la fecha

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación promovido por el accionante **ALEXANDER ALFONSO GUTIÉRREZ IGIRIO**, contra el fallo de tutela de primera instancia proferido el 6 de noviembre de 2020, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia.

LOS HECHOS

Fueron relacionados por la primera instancia así:

“Dice que es Normalista superior con ciclo complementario en lengua Castellana e inglesa (Docente); clasificado en el escalafón docente Grado 1A, por lo cual como consta en la diversidad de sus experiencias laborales solo se ha desempeñado como docente de Básica Primaria.

Comenta que por cumplir con el perfil, el día 20 de febrero del año 2019, mediante la página Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad “SIMO”, se inscribió a la convocatoria directivos docentes y docentes en zonas afectadas por el conflicto armado 01 de 2018, para proveer el cargo de carrera administrativa DOCENTES –Departamento de Antioquia, Municipio de Necoclí, promovido por la Comisión Nacional Del Servicio Civil, y ejecutado por intermedio de la Universidad Nacional de Colombia.

Que al instante de la inscripción y dentro de los términos legales aportó las experiencias con relación al cargo a ocupar, para que fueran tenidas en cuenta en la etapa de valoración de antecedentes, no obstante, la accionada las tuvo de presente de manera parcial, en razón de que no le dio la aplicación normativa estipulada por el Acuerdo de la Convocatoria conforme al artículo 43, actuando por fuera de la ley.

Que con fundamento en el artículo 45 del acuerdo No. CNSC – 20181000002626 del 19-07-2018, el día 02 de octubre del año en curso, realizó reclamación por el error presentado en la valoración antes indicada, mediante la página Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad “SIMO”. La reclamación que fue respondida por la CNSC mediante oficio de fecha 14 de octubre del 2020, el cual tiene por asunto “Respuesta reclamación Proceso de Selección Nos. 601 a 623 de 2018 – Directivos Docentes y Docentes en zonas rurales afectadas por el conflicto”. Referencia: Reclamación No. 313886576, la cual no dieron una respuesta clara, concreta, precisa y de fondo, frente a la solicitud presentada.

Refiere que La Accionada al momento de ejecutar la valoración de antecedentes docentes primaria, pasa por alto que dos de las experiencias aportadas si fueron desempeñadas en la zona de la entidad territorial certificada a la que aplicó, por ende no se le asignó la puntuación correspondida, conforme a lo establecido en el artículo 43 del Acuerdo de la Convocatoria, “Experiencia relacionada con el cargo de docente de aula al que aspira (Hasta 70 puntos, 14 puntos por cada año de experiencia)”.

Precisa que si la accionada le hubiera calificado correctamente las experiencias aportadas conforme a lo establecido en el artículo 43 del acuerdo No. CNSC –20181000002626 del 19-07-2018, le hubiera permitido acceder dentro de la lista de los elegibles a las vacantes a ocupar en la convocatoria docentes –Departamento de Antioquia, Municipio de Necoclí.

(...)

Con fundamento en los hechos antes narrados solicita al Despacho, tutelar los derechos fundamentales invocados y como consecuencia se Reconozca y tenga en cuentas las experiencias aportadas, conforme a lo estipulado por el artículo 43 del Acuerdo de la Convocatoria.

Se revoque la puntuación asignada por la accionada en la etapa de valoración y antecedentes de convocatoria directivos docentes y docentes en zonas afectadas por el conflicto armado 01 de 2018, para proveer el cargo de carrera administrativa Docentes –Departamento de Antioquia, Municipio de Necoclí.”

FALLO IMPUGNADO

En fallo de tutela de primera instancia, el Juzgado a quo concluyó que la acción de tutela no es procedente por cuanto existe otro mecanismo de defensa judicial (acción de nulidad y restablecimiento del derecho o simple nulidad), para que el demandante valga los derechos invocados, dado que

busca a través de la tutela dejar sin efectos un acto administrativo que define una situación particular y concreta, o modificar el acuerdo de la convocatoria, situación que escapa de la órbita del Juez constitucional.

Establece que es subsidiaria la acción, ya que, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, el actor puede solicitar en forma directa medidas cautelares como la suspensión provisional de los actos administrativos; medidas que, en el CPACA, son más flexibles, y tienen la finalidad de protección de aspectos legales y derechos fundamentales, por lo cual el actor puede acudir a ellas antes que la tutela.

Sostiene sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, que la Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que la acción de tutela *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*

No vislumbró la existencia de un perjuicio inminente o irremediable, tendiente a revocar la calificación otorgada en la valoración de antecedentes por parte de la Universidad Nacional.

Tampoco observó la vulneración a los derechos al debido proceso administrativo, igualdad, trabajo, a la vida en condiciones dignas y petición, que alude el accionante, con ocasión a las actuaciones realizadas por las entidades demandadas; al contrario, comprobó que se garantizaron sus derechos desde la inscripción a la convocatoria, hasta la resolución de la reclamación.

DE LA IMPUGNACIÓN

Para lo que interesa, argumenta el accionante que es parcialmente cierto que las demandadas hayan cumplido con las etapas del proceso como lo asegura la primera instancia, toda vez que han aplicado un trato discriminatorio y desigual, que no guarda relación con lo establecido en las normatividades que regula el concurso de mérito *“Directivos docentes y docentes en zonas afectadas por el conflicto armado 01 de 2018, para proveer el cargo de carrera administrativa DOCENTES – Departamento de*

Antioquia, Municipio de Necoclí”, configurando con su actuar y omisión una evidente violación al debido proceso.

Sostiene que las entidades accionadas no son homogéneas en sus criterios sobre la valoración de experiencias, ya que mientras la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA** habla de “*experiencia docente en cualquier otro cargo docente en Zonas*”, la **CNSC** de “*experiencia docente en cualquier otro nivel educativo en zonas*”, entendiéndose por nivel educativo el grado de educación que logra una persona, y por cargo docente, la ocupación desempeñada por un educador; en ese orden, dichas valoraciones son opuestas y contrarias a lo establecido en el artículo 43 del acuerdo de la convocatoria; razón por la que “...es aplicable el principio de *in dubio pro reo*”, sin que esas repuestas deban interpretarse en su contra, sino contra las accionadas.

Afirma que las certificaciones laborales dadas por las instituciones educativas, dan fe a su favor, que se desempeñó como docente de básica primaria; no obstante, el artículo 10 del acuerdo de la convocatoria, evidencia que los empleos de docente de aula se desempeñan en diversos cargos, por tal razón se demuestra la discriminación y trato desigual de las accionadas al enmarcar sus certificados laborales como “*experiencia docente en cualquier otro cargo docente*” omitiendo el cargo de básica primaria, en contra vía de lo establecido.

Sostiene que el Juez *a quo* con su decisión, desconoce que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial de derechos fundamentales, que opera de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable, según el artículo 8 del decreto 2591 de 1991.

Reprocha que no haya dado valor probatorio a las pruebas aportadas y allegadas oportunamente en el proceso, violando consigo el ordenamiento jurídico los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso.

Aclara que, a pesar de existir un mecanismo judicial ordinario, no resulta ser lo suficientemente eficaz, puesto que tendría que esperar demasiado tiempo para resolver su situación, mientras sus derechos siguen afectados. No significa que la justicia ordinaria no sea idónea, si no que, ante la gran urgencia por la vulneración de sus derechos fundamentales, resulta menester acudir a la acción de tutela, como mecanismo transitorio.

Solicita se revoque la decisión, y en consecuencia, se ordene tener en cuenta la experiencia aportada conforme al artículo 43 del Acuerdo de la Convocatoria, y se revoque la puntuación asignada por la accionada en la etapa de valoración y antecedentes en la convocatoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia:

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 1°, del decreto 1382 de 2000, es competente la Sala para conocer de la impugnación interpuesta en el caso *sub-lite*.

2. Problema Jurídico:

Consiste en determinar si fue atinada la valoración efectuada por el Juez de primera instancia, que conllevó a negar el amparo de los derechos fundamentales, que el accionante señala como vulnerados.

3. Del presunto detrimento de garantías constitucionales invocadas:

En lo relativo a la presunta mengua del ***derecho fundamental de la igualdad***, dígase que su existencia sólo se edifica a partir de la identidad entre iguales o la diferencia entre desiguales; vale decir, su eventual vulneración deriva de una regulación disímil de supuestos iguales o análogos. Acerca de la diferencia de trato en materia de concurso de méritos, la H. Corte Constitucional, se pronunció en Sentencia C-431 de 2010, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo.

De manera que el accionante no puede acudir al derecho de la igualdad para lograr sus actuales pretensiones, encaminadas a que se practique una segunda valoración de su experiencia de docencia, pues es claro que tuvo igual oportunidad e idénticas condiciones que los demás participantes de efectuar su postulación y la presentación de certificados que exige el concurso, sin que se observe algún trato desigual.

En lo que toca al **debido proceso**, se tiene que es el conjunto de garantías previamente determinadas en la norma y que establecen la competencia y trámite de cada proceso judicial o administrativo, cuyo desconocimiento genera su flagrante vulneración. Frente al tópico, la Sentencia T-090 de 2013, expresó:

“Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior)¹.

*Para cumplir tal deber, **la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso², así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles.** Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.*

*Precisamente, sobre el tema la Sala Plena de esta Corporación al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), señaló que **(i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe;**(...)*

¹ En sentencia T-514 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte señaló que “el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos”.

² De acuerdo con la sentencia C-040 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), reiterada en la sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), las etapas que en general deben surtir para acceder a cualquier cargo de carrera y que, por consiguiente, deben estar consignadas en el acto administrativo de convocatoria, son: “(i) **La convocatoria:** Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) **Reclutamiento:** En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) **Aplicación de pruebas e instrumentos de selección:** a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y (iv) **elaboración de lista de elegibles:** En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido”. (Negritas del texto original).

4.4. Entonces, a manera de síntesis, la Sala concluye que la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.”

En correspondencia con el lineamiento jurisprudencial citado, se tiene entonces que el actuar de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y DE LA UNIVERSIDAD DE NACIONAL DE COLOMBIA**, en ningún momento menoscaba el derecho al debido proceso que pregona el accionante, pues los resultados obedecieron a la valoración de los certificados de experiencia aportados por el actor, en la forma y oportunidad establecida por la C.N.S.C., sin que concurriera una modificación arbitraria del acuerdo que reglamenta el concurso en desfavor de los intereses del aspirante.

Asimismo, se verificó que el participante ejerció los recursos disponibles para tal fin, obteniendo respuesta de ellos.

En cuanto al **derecho de petición** establecido en el artículo 23 de la Constitución, dígase que debe responderse en forma oportuna y de fondo lo requerido. Por ende, cuando la autoridad requerida, o el particular en los eventos en que procede, no emite respuesta clara, precisa y congruente con lo solicitado, o no ha sido debidamente notificada o contestada al peticionario, se vulnera ese derecho.

Justamente este deber esencial de parte de la administración y de los particulares, que se deriva del mandato superior a proferir una respuesta de fondo, clara y precisa, ha sido desarrollada y sistematizada por dicha Corporación, así: **“En relación con los tres elementos iniciales -en especial sobre la resolución de fondo, clara y congruente-, la respuesta al derecho de petición debe versar sobre aquello preguntado por la persona y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición. Quiere decir, que la solución entregada al peticionario debe encontrarse libre de evasivas o premisas ininteligibles que desorienten el propósito esencial de la solicitud, sin que ello implique la aceptación de lo solicitado”.** (ver T-149 de 2013)

Para el caso particular, logra extraerse del libelo de la demanda de tutela que **ALEXANDER ALFONSO GUTIÉRREZ IGIRIO**, afirma no haber obtenido una respuesta clara y de fondo, en relación con la reclamación promovida el 2 de octubre del año en curso, mediante la página Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad “SIMO”, debido al presunto error presentado en la valoración de su experiencia de docente.

Se verifica en el trámite constitucional, que a través de la respuesta “...reclamación Proceso de Selección Nos. 601 a 623 de 2018 – Directivos Docentes y Docentes en zonas rurales afectadas por el conflicto. Referencia: Reclamación No. 313886576”, fechada de 14 de octubre de 2020, se dio contestación a cada una de las inquietudes del actor, pues explicó detalladamente porque los requisitos de la convocatoria son de carácter obligatorio, y aplican a todos los certificados aportados por el aspirante, que acreditan experiencia como docente de Aula, sin mencionar el área específica de desempeño que corresponde al área de OPEC al cual está aplicando (Docente de Primaria), tal como lo señala el artículo 31 de la convocatoria, motivo por el que los certificados fueron valorados como Experiencia docente en cualquier otro cargo.

De esta manera, no hay vulneración al derecho fundamental de petición, pues hubo total contestación clara, de fondo y congruente a lo reclamado por la accionante, tal como lo concluyó el juez de primera instancia.

4. De la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario, residual y fragmentario:

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, **siempre que no exista otro medio de defensa judicial o cuando existiendo la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.**

La Corte Constitucional, ha sido unívoca en afirmar que la procedencia del presente mecanismo de amparo constitucional sólo tiene lugar como procedimiento subsidiario, residual y fragmentario, para la protección de derechos fundamentales, ante la inexistencia de protección por diversas vías judiciales ordinarias.

En modo alguno, la acción de tutela ha de erigirse en una alternativa viable para dirimir esta clase de conflictos, tal como lo pretende la parte actora, máxime, al no evidenciarse perjuicio irremediable que permita edificar la procedencia de la acción **como mecanismo transitorio**, en aras de conjurar dicho agravio, y al ser susceptibles de impugnación el acto acusado ante la referida jurisdicción contenciosa administrativa, en sede ordinaria.

Argumentar la existencia de otro mecanismo judicial, no es razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción, comoquiera que el mismo debe ser idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, tal como lo refirió la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-795 de 2011.

Puede sostenerse, al igual que el Juez de primera instancia, que la citada jurisdicción es la vía idónea frente al caso en comento, toda vez que cuenta con una herramienta eficaz y con alto grado de inmediatez, para que los actos administrativos, susceptibles de impugnación judicial, se puedan suspender provisionalmente, a fin de no hacer inócua la acción contencioso – administrativa, como se desprende del artículo 238 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, el mecanismo ordinario, insístase, es plenamente eficaz.

Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional ha indicado que *“(...) la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de*

los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos". (Ver Sentencia T-533 de 1998).

Frente al caso en concreto, la Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, de conformidad con la Ley 909 de 2004 "*Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones*", expidió los Acuerdos del Proceso de Selección Nos. 601 a 623 de 2018 – Directivos Docentes y Docentes en zonas rurales afectadas por el conflicto; actos administrativos mediante los cuales fijaron las reglas generales del concurso, las cuales fueron dadas a conocer al accionante desde el momento en que decidió adherirse a las exigencias propias del proceso de selección.

Es evidente que media actos administrativos de carácter general, abstractos e impersonales, que determinó en forma previa las reglas del concurso, de forma tal, que la fuente jurídica de la posible afrenta para los derechos del accionante está en la ley 909 de 2004 y en la convocatoria en cita, la cual, puede ser perfectamente atacada desde la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sobre la improcedencia de la acción, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia T-49740 del 02 de septiembre de 2010, disertó:

"Ahora bien, para discutir los resultados obtenidos dentro del concurso de marras, no es la acción de tutela la vía adecuada, siendo evidente la procedencia de otros medios de defensa judicial contra los actos administrativos particulares de calificación y resolución de las reclamaciones, lo cual constituye el evento establecido en el ordinal 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, quedando expulsada en este asunto la intervención del Juez constitucional, quien bajo ninguna óptica estaría autorizado para usurpar competencias ajenas con el fin de emitir el pronunciamiento que persigue el promotor del amparo"³.

En ese orden de ideas, como lo concluyó la primera instancia, es preciso afirmar que antes de acudir a la acción de tutela, **ALEXANDER ALFONSO GUTIÉRREZ IGIRIO** tiene otro mecanismo de defensa judicial, el cual puede impetrar en busca de lo pretendido a través de esta vía judicial.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Fallo de tutela del 3 de noviembre de 2009. Radicado 2009-00153-01

De ninguna forma se sustentó la existencia de un perjuicio irremediable, menos que el proceso ordinario a adelantarse por el Juez administrativo sea inidóneo para acceder a lo pretendido, pues, de entrada, se asume que es el escenario dotado de suficientes herramientas que permite establecer si asiste o no derecho a la demandante, función que de acuerdo con las normas antes expuestas le es propia, *ab initio*, no siendo el funcionario de tutela en esta oportunidad quien deba sustituirlos.

Sin más disertaciones en el asunto, en mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, en sede **CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia revisada por apelación, de naturaleza, contenido, procedencia y fecha mencionados en la parte expositiva, conforme a lo anotado en el cuerpo de la presente decisión.

SEGUNDO: COMUNICAR lo resuelto al a quo para lo de su cargo.

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría de la Sala que, en el término de ley, remita el expediente a la Corte Constitucional para la revisión eventual de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)

JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

(Firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

N.I. 2020-1144-3
RADICADO 05 045 31 040022020-00284
ACCIONANTE ALEXANDER ALFONSO GUTIÉRREZ IGIRIO
ACCIONADO COMISIÓN NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
ASUNTO TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
DECISIÓN CONFIRMA DECISIÓN

12

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 004 PENAL DE ANTIOQUIA

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA

RENE MOLINA CARDENAS
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

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

Código de verificación: **f1a64fc065df9846dd1f389a15067d1e8c3f65b25d37b2188646d5fdf100dca4**
Documento generado en 09/12/2020 01:53:14 p.m.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

N.I.	2020-1130-3
RADICADO	05887-31-04-001-2020-00050
ACCIONANTE	ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ
ACCIONADOS	EPS COOMEVA Y OTROS
ASUNTO	IMPUGNACIÓN FALLO DE TUTELA
DECISIÓN	SE CONFIRMA

Medellín, nueve (9) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Aprobado mediante Acta Nº 172 de la fecha

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación promovido por el Analista Jurídico Zonal de **COOMEVA E.P.S S.A.**, contra el fallo de tutela de primera instancia proferido el 9 de noviembre de 2020, por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, mediante el cual consideró procedente la acción constitucional.

LOS HECHOS

Fueron resumidos por la primera instancia así:

“Manifiesta la señora ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ, que se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud, en el régimen contributivo, por medio de la EPS COOMEVA y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, desde hace más de 14 años, cuando ingresó a laborar en la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE YARUMAL.

Que a principios del año 2018 empezó a padecer una enfermedad respiratoria denominada ASMA – EPOC, que le ha derivado en una INSUFICIENCIA RESPRATORIA CRÓNICA PULMONAR NO ESPECIFICADA, la cual le impide

N.I. 2020-1130-3
RADICADO 05887-31-04-001-2020-00050
ACCIONANTE **ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ**
ACCIONADOS EPS COOMEVA Y OTROS
ASUNTO IMPUGNACIÓN FALLO DE TUTELA
DECISIÓN **SE CONFIRMA**

realizar cualquier tipo de actividad, debido que el simple movimiento le causa asfixia.

Por motivo de su enfermedad, se encuentra incapacitada desde el 18 de abril de 2019, ante lo cual la ESE Hospital de Yarumal le ha tramitado el pago de sus incapacidades, mismas que le fueron pagadas hasta el 21 de septiembre de 2019.

Que hasta la fecha ninguna de las entidades (ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE YARUMAL y EPS COOMEVA) le han realizado los pagos de las incapacidades a partir de la fecha antes citada.

Aduce que COLPENSIONES le manifestó, por medio de un comunicado, que la entidad encargada de pagar sus incapacidades era la EPS, debido a que ya se habían superado los 540 días.

Dice además sobre el particular, que actualmente se encuentra en trámite la realización del dictamen definitivo de pérdida de la capacidad laboral.

Refiere que con la negativa en el pago de sus incapacidades se están poniendo en riesgo sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna , puesto que son los únicos recursos con que cuenta para su sustento económico, puesto que su esposo se encuentra desempleado, por lo que depende únicamente de la caridad de sus vecinos, los cuales reúnen recursos para colaborarle con el pago de sus servicios públicos y la alimentación.

Dice que su estado actual es de “invalidez”, puesto que no puede valerse por sí misma, lo que además le ha causado una situación de tristeza absoluta, que la ha tenido al borde de un colapso nervioso”

FALLO IMPUGNADO

En fallo de tutela de primera instancia, consideró la primera instancia viable conceder el amparo a los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, y al mínimo vital de la señora **ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ**, por encontrarlos vulnerados por parte de la **EPS COOMEVA** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**.

Ordenó a la **EPS COOMEVA** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** realizar las gestiones necesarias para poner a disposición de la señora **ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ** los medios necesarios para el diligenciamiento de los formatos o formularios necesarios para el pago de las incapacidades que corresponden a cada una de las entidades, y la cancelación de las mismas.

N.I.	2020-1130-3
RADICADO	05887-31-04-001-2020-00050
ACCIONANTE	ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ
ACCIONADOS	EPS COOMEVA Y OTROS
ASUNTO	IMPUGNACIÓN FALLO DE TUTELA
DECISIÓN	SE CONFIRMA

Verificada la situación de la señora **ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ**, y tras establecer de la respuesta otorgada por la **EPS COOMEVA**, que los servicios de salud ordenados no están siendo suministrados oportunamente, fue la razón por la que ordenó el suministro del tratamiento integral que requiera la actora, como consecuencia del padecimiento de "INSUFICIENCIA RESPIRATORIA CRÓNICA PULMONAR NO ESPECIFICADA" que le aqueja, se trate de insumos, procedimientos o servicios que se encuentren o no incluidos en el PBS.

DE LA IMPUGNACIÓN

Para lo que interesa, el Analista Jurídico Zonal de **COOMEVA E.P.S S.A.**, muestra inconformidad frente al fallo constitucional, al ordenarse el tratamiento integral a favor de la accionante, pues considera que desborda la competencia de las Entidades Promotoras de Salud, por tratarse de hechos futuros e inciertos.

Aclara que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen la atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.

Resalta, que se ha garantizado a la usuaria todo el tratamiento ordenado por el especialista, a través de la red de prestadores de servicios, sin dilación alguna, procediendo en oportunidad y calidad, cumpliendo con lo dispuesto en la normatividad.

Critica que se haya brindado una cobertura sin distinción de lo incluido y no en el POS, cuando no se ha negado servicio médico alguno, supeditando su actuar a procedimientos futuros e inciertos.

N.I. 2020-1130-3
RADICADO 05887-31-04-001-2020-00050
ACCIONANTE **ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ**
ACCIONADOS EPS COOMEVA Y OTROS
ASUNTO IMPUGNACIÓN FALLO DE TUTELA
DECISIÓN **SE CONFIRMA**

También, alude que al verificar el sistema de gestión COOEPS, se evidencian ingresadas incapacidades hasta el 22 de noviembre de 2020, las cuales se envían a liquidar, para próximo pago.

Sobre la calificación de pérdida de capacidad laboral, explica que por parte de la EPS se cumplió con lo establecido Decreto 019 del 2012, artículo 142, y Decreto 1333 de julio 27 de 2018; por lo tanto, le compete a **COLPENSIONES** realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral; no obstante, se envió solicitud por correo electrónico a Colpensiones, para que emita el dictamen, anexándose nuevamente el concepto de “no favorable” notificado en enero del año 2020.

Solicita que se revoque el tratamiento integral, pues insiste que es un tema sujeto al estado de salud del paciente que, por tratarse de hechos inciertos, no fueron indicados por el médico tratante.

OTRA SITUACIÓN DE RELEVANCIA

El 26 de noviembre de 2020, a través de correo electrónico, allega **COLPENSIONES** un cumplimiento parcial de la sentencia de tutela, **a pesar de la apelación interpuesta contra la misma**; con la cual informa que, realizó el reconocimiento y pago de las incapacidades a partir del día 181 al 540, conforme a los soportes documentales allegados por la accionante, efectuando el pago del subsidio económico por valor de \$9.730.624, a la cuenta de ahorros de **ELDA LUZ JARAMILLO RODRIGUEZ**.

Indica que falta gestionar el pago de los periodos 2 y 3 de enero de 2019, teniendo en cuenta que no han podido ser gestionados, por cuanto no hay certificado original de transcripción de incapacidad otorgada y expedida por la EPS.

N.I.	2020-1130-3
RADICADO	05887-31-04-001-2020-00050
ACCIONANTE	ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ
ACCIONADOS	EPS COOMEVA Y OTROS
ASUNTO	IMPUGNACIÓN FALLO DE TUTELA
DECISIÓN	SE CONFIRMA

En relación con el trámite de pérdida de capacidad laboral, comunica que revisadas las bases de datos y aplicativos de la Entidad, evidenció que la afiliada inicio trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral con la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en el cual se emitió Dictamen No. 3795940 del 1 de julio de 2020, en el que se determinó una pérdida de 17.20 %, por patologías de origen común y como fecha de estructuración el día 09/06/2020, dictamen que fue notificado, encontrándose en los términos de ley. Se interpuso apelación en contra de la calificación el 9 de septiembre de 2020.

Solicita se adjunte el escrito al expediente de la tutela, para que, al margen del cumplimiento, **se estudien de fondo los argumentos que sustentan la impugnación presentada**, con el fin que se declare el cumplimiento de **COLPENSIONES**.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 32, del Decreto 2591 de 1991, presentada debidamente la impugnación – *dentro de los 3 días siguientes la notificación del fallo*-, el juez de primera instancia remitirá mediante auto el expediente al superior jerárquico correspondiente; por lo tanto, habilita a la segunda instancia a decidir a partir de los aspectos del fallo de primera, que fueron objeto de impugnación.

Con el escrito remitido el 26 de noviembre de 2020, **COLPENSIONES** advierte a esta Corporación sobre la interposición de una impugnación contra la sentencia emitida el 9 de noviembre de 2020, por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia.

Se verifica en el trámite que, con auto de 17 de noviembre del año en curso, la Juez *a quo* concedió, en el efecto devolutivo, a la impugnación presentada por **COOMEVA EPS**, al estimar que cumplía los presupuestos de legitimación, procedencia y oportunidad; sin referir nada acerca de algún recurso promovido

N.I.	2020-1130-3
RADICADO	05887-31-04-001-2020-00050
ACCIONANTE	ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ
ACCIONADOS	EPS COOMEVA Y OTROS
ASUNTO	IMPUGNACIÓN FALLO DE TUTELA
DECISIÓN	SE CONFIRMA

por **COLPENSIONES**. Tampoco, en la foliatura del expediente, se evidencia algún escrito dirigido a impugnar la sentencia constitucional.

Por lo tanto, al concederse y remitirse solo la apelación promovida por **COOMEVA EPS**, es competente la Sala para conocer de esa impugnación interpuesta en el caso sub-lite.

Aclarado lo anterior, el problema jurídico se contrae a determinar, si fue acertada la decisión del Juzgado de primer nivel al ordenar a la **EPS COOMEVA**, el suministro del tratamiento integral a la accionante **ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ**, por la patología “*INSUFICIENCIA RESPRATORIA CRÓNICA PULMONAR NO ESPECIFICADA*”; o por el contrario, se debe variar la orden por tratarse de hechos futuros e inciertos.

La jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional no ofrece mayor discusión que las empresas prestadoras de servicios de salud **EPS**, como entidades aseguradoras del sistema general de seguridad social en salud, por disposición legal están obligadas a prestar el servicio a sus afiliados de manera íntegra y continua, con arreglo a los principios de universalidad y eficiencia.

Así, lo definió la Alta Corte en consistentes pronunciamientos, como la sentencia 760 de 2008.

Igualmente, en la sentencia T-233 de 2011, concluyó que la atención médica que deben prestar las EPS debe ser en todos los casos integral y completa, incluso, en aquellos eventos en los que el médico tratante no haga una prescripción específica, o no sugiera que se lleve a cabo un determinado tratamiento, cuando este parece vital.

En lo concerniente al ***principio de integralidad***, el cual básicamente constituye una garantía esencial de protección en el derecho a la salud, **propende que de manera continua y eficiente se brinden las atenciones médicas requeridas**, sin que medien barreras para su acceso hasta que se concluya el tratamiento o se extinga la dolencia. Así lo preceptuó la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-039 de 2013, con ponencia del H.

N.I.	2020-1130-3
RADICADO	05887-31-04-001-2020-00050
ACCIONANTE	ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ
ACCIONADOS	EPS COOMEVA Y OTROS
ASUNTO	IMPUGNACIÓN FALLO DE TUTELA
DECISIÓN	SE CONFIRMA

Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio]; posición reiterada en sentencias como la T-010 de 2019 y T- 228 de 2020.

La Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de forma individual del principio de integralidad, orientado a asegurar la efectiva prestación del servicio y el suministro de condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y lo necesario para que el ciudadano goce de un óptimo estado de salud o, al menos, mengüe en mayor parte su padecimiento.

En razón a este principio, toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas; esto es, antes, durante y después de diagnosticada la patología, pero siempre de forma integral y sin fragmentaciones, o dilaciones a cargo de la EPS.

Entiéndase, que el concepto de integralidad *“no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico”*, según la Sentencia T-036 de 2017.

Consecuentemente, la prestación del servicio de salud debe ser oportuno, eficiente y en condiciones de continuidad, con el suministro de un tratamiento médico integral; sin que ello implique que por cada prescripción del profesional tenga que acceder a este mecanismo cautelar.

Como lo concluyó la primera instancia, la condición de salud que presenta **ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ**, por el diagnóstico de *“INSUFICIENCIA RESPRATORIA CRÓNICA PULMONAR NO ESPECIFICADA”*; sin duda requiere de un tratamiento médico integral para la recuperación de su salud; de ahí, que se avizore la necesidad de brindar la protección que sea menester para garantizar oportunamente todos los servicios relacionados con la patología que motivó el amparo, ya que, de otro modo, la tutela se tornaría ineficaz y el servicio a brindar no estaría acorde con los postulados constitucionales que ha referido el Alto Colegiado, como por ejemplo en las

N.I.	2020-1130-3
RADICADO	05887-31-04-001-2020-00050
ACCIONANTE	ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ
ACCIONADOS	EPS COOMEVA Y OTROS
ASUNTO	IMPUGNACIÓN FALLO DE TUTELA
DECISIÓN	SE CONFIRMA

sentencias T-133 de 2001, T-405 de 2005, T- 365 de 2009, T-302 de 2014, T-056 de 2015, T-313 de 2015, entre otras.

También, es menester aclarar que en el tratamiento médico integral tutelado desde la primera instancia no hace alusión a cualquier enfermedad que padezca la accionante **ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ**, como erradamente lo afirma la entidad apelante, pues se constata, que se encuentra circunscrito única y exclusivamente al diagnóstico objeto de amparo, es decir, *“INSUFICIENCIA RESPRATORIA CRÓNICA PULMONAR NO ESPECIFICADA”*; por consiguiente, la atención continua supone un privilegio excepcional y transitorio, pero nunca implicará una carta abierta para dolencias futuras que pueda llegar a padecer la persona titular de los derechos salvaguardados.

De suerte, que el reconocimiento de las prestaciones futuras amparadas bajo el principio de integralidad del servicio de salud, **siempre van acompañadas de indicaciones precisas –órdenes-, emitidas por el profesional de la medicina adscrito de la entidad,** que hace determinable el fallo del funcionario judicial; en ese orden, no se trata de dolencias, procedimientos e insumos que sean dables al libre arbitrio del usuario, como lo estima la entidad apelante.

Con apoyo a lo expuesto, fue acertada la decisión de primer grado, en la medida en que se ajusta a las exigencias señaladas en la jurisprudencia constitucional para tutelar los derechos fundamentales de **ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ**; máxime, cuando no fue controvertida, ni desvirtuada, la necesidad de los servicios, exámenes y demás procedimientos que prescribió el médico tratante para la patología que padece.

Por lo expuesto, esta Sala de decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

N.I. 2020-1130-3
RADICADO 05887-31-04-001-2020-00050
ACCIONANTE **ELDA LUZ JARAMILLO RODRÍGUEZ**
ACCIONADOS EPS COOMEVA Y OTROS
ASUNTO IMPUGNACIÓN FALLO DE TUTELA
DECISIÓN **SE CONFIRMA**

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia revisada por apelación, de naturaleza, contenido, procedencia y fecha mencionados en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COMUNICAR lo resuelto al Juez *a quo* para lo de su cargo.

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría de la Sala que, en el término de ley, remita el expediente a la Corte Constitucional para la revisión eventual de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 004 PENAL DE ANTIOQUIA

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA

RENE MOLINA CARDENAS
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

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

Código de verificación: **4753ae2ff60e21a1bfec3930e329af1efe8d1f0e21e8adfbf2d8ba52f703e4f**
Documento generado en 09/12/2020 01:52:48 p.m.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05000220400020200032400 **NI:** 2020-1128-6
Accionante: DR. IVÁN ALEJANDRO MONTES VALENCIA EN
REPRESENTACIÓN DEL LUIS FERNANDO VALENCIA LÓPEZ
Accionado: JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE
SEGURIDAD DE EL SANTUARIO (ANTIOQUIA)
Decisión: Declara improcedente por hecho superado
Aprobado Acta No.: 112 **Sala No.:** 6

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, diciembre nueve del año dos mil veinte.

VISTOS

El profesional en derecho Iván Alejandro Montes Valencia, quien actúa como apoderado judicial del señor Luis Fernando Valencia López, solicita la protección constitucional al derecho fundamental de petición, presuntamente vulnerado por parte del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia).

LA DEMANDA

Manifiesta el abogado Iván Alejandro Montes Valencia, que su representado Luis Fernando Valencia López, reúne las exigencias normativas de los artículos 38 G Y 38 B de la ley 599 de 2000, por ende, el día 30 de septiembre de 2020 radicó solicitud de cambio de lugar de cumplimiento de la ejecución de la pena, ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, enviado por medio de correo electrónico a la dirección ejpmdsasantuario@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cuestiona que ha transcurrido un mes y diecisiete días desde el momento que radicó la solicitud y la fecha en que interpuso la presente acción de tutela, de la cual demanda no haber recibido respuesta alguna, evidenciándose una flagrante vulneración de derechos fundamentales.

Peticona entonces, tutelar a su favor el derecho fundamental invocado y, en consecuencia, se ordene al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), resuelva de fondo la petición enunciada.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del pasado 18 de noviembre de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), del inicio del presente trámite.

La Doctora Luisa Fernanda Valencia Cardona, Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), emitió pronunciamiento por medio de oficio calendado 20 de noviembre de 2020, donde informó que el día 15 de marzo de 2019, el accionante fue condenado por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, a la pena principal de 27 meses de prisión al hallarlo penalmente responsable del delito de concierto para delinquir en concurso con encubrimiento por receptación y hurto calificado y agravado.

Indica, que ese despacho por medio de los autos 3083 y 3084 fechados el día 26 de agosto de 2020, se abstuvo de emitir pronunciamiento con respecto a la concesión de la prisión domiciliaria del artículo 38 y 38 B del Estatuto Penal, y negó la sustitución de pena de prisión carcelaria por reclusión en el lugar de residencia de que trata el artículo 38 G del C.P.

Por último, manifiesta que por medio de los autos 4281 y 4282 del día 20 de noviembre de 2020, se redimió pena y se concedió la sustitución de la pena de

prisión carcelaria por reclusión en el lugar de residencia al señor Luis Fernando Valencia López conforme al artículo 38 G de la ley 599 de 2000.

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.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el profesional en derecho Iván Alejandro Montes Valencia, quien actúa en representación del señor Luis Fernando Valencia López, solicitó se ampare en su favor el derecho fundamental de petición presuntamente conculcado por parte del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia).

De lo que se puede extractar de la solicitud de amparo, se tiene que el tema a desatar y que es la causa de inconformidad por parte del accionante, lo es frente a la solicitud elevada ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), el día 30 de septiembre de 2020, sin haber obtenido respuesta alguna en tal sentido.

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.

Se trata sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del derecho de petición y del caso en concreto

La garantía fundamental reconocida por el artículo 23 de la Carta Política, consiste no sólo en la posibilidad que tiene toda persona de presentar ante las autoridades peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular, sino el derecho a obtener una respuesta pronta y de fondo sobre lo pedido, como que el administrado no puede quedar en la indeterminación y tiene derecho a que le sean resueltos sus planteamientos sin vaguedad alguna.

La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición: (i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos legales; (ii) *cuando se muestra* aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición¹.

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad, es que el Dr. Iván Alejandro Montes Valencia, elevó solicitud ante al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia) el día 30 de septiembre de 2020, contentivo de la petición de sustitución de la ejecución de la pena de prisión carcelaria por reclusión en el lugar de residencia en favor de su representado Luis Fernando Valencia López, de la cual a la fecha de interponer el presente trámite, no había recibido respuesta.

Por su parte la señora Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), señaló que el día 20 de noviembre de 2020, por medio de los autos 4281 y 4282 concedió a Luis Fernando Valencia López la sustitución de la pena de prisión carcelaria por reclusión en el lugar de residencia, conforme al artículo 38 G del Estatuto Penal.

Para demostrar lo anterior el juzgado demandado, adjuntó a la respuesta de tutela, copia de los autos interlocutorios 4281 y 4282 del día 20 de noviembre de 2020, donde se concedió la sustitución de la pena de prisión carcelaria por reclusión domiciliaria al sentenciado Luis Fernando Valencia López.

Aunado a lo anterior, esta Magistratura de oficio procedió a establecer comunicación con el Dr. Iván Alejandro Montes Valencia, por medio de su línea celular, donde manifestó que efectivamente había sido notificado del auto que resuelve la solicitud objeto del presente trámite constitucional.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que frente a la pretensión del abogado Iván Alejandro Montes Valencia, de cara a que el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), se pronunciara conforme a la petición elevada el día 30 de septiembre de 2020, donde solicita la sustitución del lugar del cumplimiento de la ejecución de la pena en favor el sentenciado Valencia López, ya se agotó, esto es, conforme a la respuesta brindada por el Juzgado demandado, donde se avizora que por medio de los

autos 4281 y 4282 se pronunció respecto de la petición elevada por el accionante.

Así las cosas, debe indicarse que, del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que frente a la solicitud extendida por el accionante, ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, lo cual torna improcedente el amparo.

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario,

pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

Se reitera entonces, en este caso nos encontramos frente al fenómeno denominado carencia actual de objeto por hecho superado, pues que para este momento ha variado la situación que originó la acción constitucional, toda vez que en el trámite de esta acción constitucional el despacho demandado ha gestionado lo necesario para conseguir se ejecute el objeto de esta solicitud de amparo, por lo que perdería entonces eficacia dar una orden en tal sentido.

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 el amparo de los derechos fundamentales invocados por el Dr. Iván Alejandro Montes Valencia, apoderado judicial de Luis Fernando Valencia López, en contra del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), al presentarse la carencia actual de objeto por hecho superado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firma electrónica.
Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

**Aprobado correo electrónico ante problemas de la firma electrónica
colegiada.**

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

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:
24bbd1c5f520d71c165f8b46c5512110287cfc731691d6fa498de642646b586b

No: 05000220400020200032400 NI: 2020-1128-6
Accionante: Dr. Iván Alejandro Montes Valencia en
representación de Luis Fernando Valencia López
Accionado: Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de
Seguridad de El Santuario Antioquia
Decisión: Declara improcedente por hecho superado

Documento generado en 09/12/2020 01:25:47 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

Medellín, diciembre nueve (09) de dos mil veinte (2020)

Radicado : 2020-0826-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luís Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual de la fecha. Acta N° 112

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa frente a la decisión proferida por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia*, el día *11 de septiembre de 2020*, y a través de la cual no accedió a su solicitud de anular la actuación desde la audiencia de imputación,

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luís Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

dentro del proceso adelantado contra el señor LUÍS CARLOS CORREA por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años.

2. LOS HECHOS

Se resumen así en el escrito de acusación:

“El día 25 de abril de 2019, la señora RUBIELA DEL SOCORRO MARÍN HENAO, en representación de su menor hija DYCM (10 años), formuló denuncia, indicando que su padre el señor LUÍS CARLOS CORREA, le realizaba tocamientos en sus partes íntimas.

En entrevista la menor refirió que en diciembre de 2017, cuando tenía ocho (08) años, en una ocasión en que la madre se ausentó para unos exámenes médicos en la ciudad de Medellín, mientras realizaba labores domésticas relacionadas con la preparación de alimentos su padre le tocó la nalga y le levantó la blusa tocándole los senos y le dijo que guardara silencio para que no se formara un problema. Así como que en el año 2018, en una maquina ubicada en la vereda El Jabón, cuando fue a llevarle la comida al papá, esta (sic) la cogió de la mano y la llevó a la pieza donde empaca la panela y allá le tocó las nalgas por encima de la ropa, absteniéndose de continuar porque ingresó una persona.”

3. RESUMEN DE LO ACTUADO

El 7 de noviembre de 2019, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Vegachí, Antioquia, se llevaron a cabo audiencias preliminares de legalización de captura, declarándose ajustado a derecho ese procedimiento; formulación de imputación en la que el ente acusador le atribuyó al señor Luís Carlos Correa

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

el delito de *Actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado por el numeral 5º del artículo 211 de la ley 599 de 2004*, sin que éste se allanara a los cargos. Finalmente, la juez de control de garantías accedió a la solicitud de la Fiscalía de imponer medida de aseguramiento.

El 28 de abril de 2020, fue presentada la acusación ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia, y la audiencia respectiva se llevó a cabo el 11 de septiembre de 2020, en la cual la defensa en el espacio destinado para solicitar nulidades demandó invalidar lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación porque, en su sentir, no fue suficiente que el ente acusador refiriera apenas que los hechos presuntamente delictivos sucedieron en el año 2017, sin especificar una fecha con más exactitud, de acuerdo a lo normado.

Expone en ese orden que los hechos deben ser claros, es decir; tiempo, modo y lugar, pero ello no es percibido de los hechos jurídicamente relevantes elaborados por la fiscalía.

Igual situación señala frente a unos hechos ocurridos en el año 2018, frente a los cuales tampoco se aduce una fecha precisa y clara de lo acontecido al parecer en esa época.

De otro lado, indica la existencia de contradicciones en las cuales ha incurrido la víctima DYCM, incluso desde la audiencia de imputación, respaldadas por el ente

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

investigador, que si bien aclara, serán objeto de discusión en juicio, deben ser sometidas al tamiz judicial desde ya, comenzando por señalar que expresa la persona afectada haber sido víctima de unos tocamientos en el año 2017, cuando su progenitora se encontraba en Medellín, pero al confrontar dicha aseveración con su entrevista con el psicólogo, en esa oportunidad le expresó que los tocamientos ocurrieron cuando estaba en su casa y en ese momento llegó su señora madre.

Lo anterior, para la defensa es una inconsistencia relevante, más aún cuando desde la presentación de la denuncia respectiva, durante los años 2017, 2018 y 2019, y hasta la fecha de captura del señor Correa, convivió con quien figura como víctima en este proceso.

Dice que los hechos expuestos por la fiscalía en su escrito de acusación en verdad no son jurídicamente relevantes; que no ofrecen certeza, pues solo existe una versión que en modo alguno se avizora de los elementos materiales probatorios.

Además, estima a partir de lo manifestado por la mamá de la menor al parecer afectada, que ésta fue predispuesta para lo que debería declarar en este proceso, lo cual acompasado con la versión de su hermana, no tiene variables.

Y así mismo refirió que al momento de la entrevista de la menor, a su progenitora no le fue permitido el ingreso.

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

Por todo lo dicho, es que la defensa pide anular lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación.

La Fiscalía niega de manera categórica la existencia de alguna causal que invalide lo actuado como es pretendido por la defensa. Advierte en ese orden, que aún no ha presentado formalmente la acusación; además, si bien denuncia la defensa la existencia de falencias en la ubicación temporal y espacial de lo acaecido, refiere que la jurisprudencia en estos eventos ha señalado que tratándose de delitos contra menores de edad, en este caso, de 8 años, no es posible obtener esa información con exactitud, de ahí que no se pueda inventar esos datos más allá de los aportados por la persona afectada con las limitaciones propias de su edad.

Insiste en que la fiscalía elabora la acusación a partir de las manifestaciones de la menor, quien señala unas fechas y lugares de ocurrencia de los hechos.

Llama la atención en que la ubicación temporal de los menores de edad no es tan específica como la que podría tener un adulto, de ahí que lo relevante sea el relato espontáneo de aquellos frente a lo sucedido, enfatizando en que el ente investigador se guía por la información aportada por la menor afectada, que no pueden ser alterados o mucho menos presionar para que así lo haga la declarante.

Asevera en ese orden de ideas, los hechos jurídicamente relevantes expuestos en el escrito cumplen con las

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

exigencias legales, sumado a que las demás críticas de la defensa ya hacen parte de lo que se discutirá en el debate probatorio, sin ser materia de discusión en la etapa procesal en que se encuentran.

En ese orden de ideas, el señor fiscal pide a la judicatura no acceder a lo esgrimido por la defensa.

4. DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

El señor juez considera que el escrito de acusación presentado por la fiscalía cumple con los lineamientos descritos por el artículo 337 de la ley 906 de 2004 y siguientes. Por ende, estima que en realidad han sido consignados unos hechos jurídicamente relevantes, los cuales exhiben como época de ocurrencia de los presuntos hechos delictivos cuando tenía menos de 14 años, es decir, a partir de ellos se sabe que la menor al parecer víctima contaba con 8 años de edad.

En lo demás, refiere que la manera cómo son redactados los hechos jurídicamente relevantes obedece al estilo de cada delegado fiscal siendo lo esencial que a partir de ellos se clarifiquen las categorías dogmáticas del delito.

Expresa que lo plasmado en los hechos narrados ya es objeto de prueba en el juicio, sin ser posible en esta oportunidad exigirle a la menor que figura como afectada unas fechas exactas, menos aún cuando discurre un considerable

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

tiempo desde lo sucedido, a más de que aún no se pueden ubicar en el tiempo con suficiencia.

Que además, especificar hasta la saciedad las fechas de los hechos no es una exigencia del legislador, pudiéndose establecer en el caso concreto que de manera breve el ente acusador refirió a una época en que al parecer sucedieron los actos abusivos y la edad con que contaba la menor.

Señala así mismo, de ninguna manera cabrían las aseveraciones de la defensa en torno a un adoctrinamiento de la víctima pues ello hace parte de lo que habrá de debatirse en el juicio oral escenario en el cual la defensa presentará sus contraargumentos.

Concluye el A quo, la defensa no acreditó aquellos presupuesto necesarios para que una solicitud de nulidad prospere.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

En esta oportunidad procesal aduce la defensa no compartir lo decidido por el A quo, toda vez que a partir de los elementos materiales probatorios es posible establecer que la niña *DYCM* fue adoctrinada por su hermana Erika, quienes estuvieron juntas en la entrevista realizada a aquella por parte de la psicóloga; acto investigativo que se adelantó sin la presencia de su progenitora.

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

Piensa que está en desventaja la estrategia de la defensa porque la menor en su entrevista pudo suministrar información de referencia, lo cual obstaculizaría la posibilidad de establecer el día y la hora, en contravía de la garantía fundamental a la defensa e igualdad que asiste a su prohijado.

Dice que son importantes las fechas exactas porque es a partir de ahí que podría develarse una predisposición de la menor afectada lo cual se evidenció una vez fue escuchada por la psicóloga

Señala así mismo, que no es posible catalogar como un acto abusivo el tocamiento de un glúteo dado que la jurisprudencia a catalogado dicho escenario como una injuria por vías de hecho.

Finalmente, solicita la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación.

NO RECURRENTES:

FISCALÍA:

Estima que el recurso de apelación no fue debidamente sustentado, pues más allá de que la defensa busque nulificar lo actuado desde la audiencia de imputación, lo entendido es que su interés se encamina a invalidar el escrito de acusación.

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

Aduce no haber entendido finalmente cuál fue la causal invocada por la contraparte para lograr tal cometido, insistiendo el delegado fiscal en que el escrito de acusación cumple con los rigores del artículo 337 de la ley procesal penal.

Explica igualmente que hasta el momento no ha dado traslado de los elementos materiales probatorios enunciados en el escrito de acusación, por lo tanto, en esta etapa procesal no es posible establecer el contenido de una entrevista citada por la defensa. De ahí que tampoco venga al caso discutir sobre la configuración o no de un delito de Acto sexual abusivo o una injuria por vías de hecho.

Considera que el único aspecto pasible de estudiar vía recurso de apelación sería la afectación al derecho de defensa que dice el recurrente le está siendo conculcado a su defendido, por la imprecisión de las fechas de ocurrencia de los actos abusivos, y frente al particular refiere de nuevo que se trata de una menor de edad quien para la época de los hechos contaba con 8 años y es quien narra lo sucedido aludiendo a épocas aproximadas y los lugares respectivos y ello no es presupuesto para decretar la nulidad del proceso.

Insiste así mismo, tratándose de una persona menor de edad, no cuenta con la suficiente capacidad de ubicación temporoespacial, de ahí que lo justo sea confirmar lo decidido en primera instancia.

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

A continuación, el señor juez permitió a la Fiscalía formular la respectiva acusación, luego de lo cual señaló que dicho acto se ha ceñido a los lineamientos del artículo 337 del código procesal penal, una vez lo cual concedió el recurso de apelación interpuesto por la defensa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Concita el interés de la Sala determinar si como lo pretende la defensa, el Juez de conocimiento debería nulificar lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, porque en su criterio, las fechas de ocurrencia de lo hechos presuntamente delictivos debieron concretarse de manera clara, precisando el día y la hora de lo sucedido, en salvaguarda del derecho de contradicción que les asiste como contraparte.

En relación con el tópico planteado, desde ya puede advertirse que la decisión cuestionada por el censor será confirmada, por las razones siguientes.

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

El Juez, como director del proceso, en la audiencia de formulación de acusación tiene un papel dinámico en aras de velar por el cumplimiento de las exigencias legales de cara al artículo 337 de la ley procesal penal, entre ellas, que los hechos jurídicamente relevantes sean relacionados de manera clara y sucinta; dejándose en todo caso dilucidado en reciente decisión de la H. Corte Suprema de justicia SP2073 - 2020 (52227) que *“aunque los jueces no controlan materialmente la imputación y la acusación (en el momento de la actuación en que ocurren estas actuaciones), tienen amplias facultades para constatar los presupuestos fácticos y jurídicos de las decisiones que las partes les solicitan, precisamente porque las mismas son expresión del ejercicio jurisdiccional,...”*, comportando la obligación de ejercer las labores de dirección de la audiencia que resulten necesarias para procurar que la Fiscalía ajuste la acusación a los requisitos formales previstos en el artículo 337, especialmente, para que precise los hechos jurídicamente relevantes por los que se hace el llamamiento a juicio, como ha sido analizado de manera reiterada en decisiones del 11 jun. 2019, Rad. 51007; 17 sep. 2019, Rad. 47671, entre otras.

De acuerdo a la sentencia CSJ SP2042-2019 (51007), *“los hechos jurídicamente relevantes como elemento estructural de la imputación y acusación, contienen una premisa fáctica que abarca todos los hechos, bien los atinentes al tipo básico, como también los correspondientes a las circunstancias genéricas y específicas de mayor o menor punibilidad y, en general, a los demás elementos estructurales de la conducta punible y la calificación jurídica corresponde a la selección de las normas en las que dichos hechos pueden ser subsumidos”*.

Desde esa perspectiva, el mismo pronunciamiento aludió al carácter progresivo de la actuación penal, una vez formulada la imputación lo que puede dar paso a la modificación de la hipótesis factual propuesta, aunque *“lo deseable es que los cargos comunicados en la imputación sufran el menor número posible de variaciones, de cara a materializar las garantías constitucionales del sujeto pasivo de la acción penal, que tiene derecho a conocer, con la mayor brevedad posible, los hechos por los cuales será investigado.”*, sin embargo, sobre ese tópico expuso las siguientes reglas a aplicar en caso de hacerse necesario:

*“En tal sentido, consideró la Corte que algunas de las circunstancias que pueden dar lugar a cambios en la premisa fáctica de la imputación son: (i) «**las precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos**, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, o la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad»; (ii) «la supresión de hechos que habían sido incluidos en la imputación, si ello resulta favorable al procesado... y (iii) cuando «después de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente».*

[4: Ídem.]

Por el contrario, «cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación», deberá acudir a la adición de la imputación, agotando los trámites procesales pertinentes para ello”.

En ese orden de ideas, a efectos de asumir el examen del caso propuesto, es necesario recordar que cualquier aspecto que la defensa pretenda censurar o acomodar a su óptica o personal criterio, no es razón suficiente para invocar una causal

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luís Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

de nulidad, menos cuando la parte inconforme omite la carga argumentativa que le asiste de cara al instituto de las nulidades y los principios que lo rigen sobre todo en perspectiva de su trascendencia y subsidiariedad, y a partir de lo cual es dable señalar que la realidad procesal evidencia la preservación de los derechos fundamentales de la parte acusada como aquí acontece, pues como fue anunciado, no existió tal sorprendimiento al llamado a juicio y mucho menos una indeterminación temporal del acontecer objeto de acusación con la entidad de afrentar el derecho de defensa del procesado.

Así pues, la presente controversia se origina al inicio de la audiencia de formulación de acusación, precisamente cuando se otorga el uso de la palabra al defensor para que en términos de canon 339 C.P.P. se pronuncie oralmente sobre *las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación...*, manifestando que impera invalidar lo actuado básicamente porque las fechas indicadas por la Fiscalía en los hechos jurídicamente relevantes son genéricas y, por lo tanto, se debió especificar el día y hora de lo sucedido, omisión que trasciende en el derecho de defensa del señor Luís Carlos Correa.

En principio, es pertinente llamar la atención de la Fiscalía acerca de la elaboración de los hechos jurídicamente relevantes, dentro de los cuales no es adecuado aludir a los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, como en este evento sucedió, acudiendo el delegado a las entrevistas a partir de las cuales logró inferir el acontecer

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

delictivo. (Mírese al respecto sentencia de la CSJ del 12 de agosto de 2020, radicado 53.596)

Con todo, frente a la censura de la defensa, en torno al carácter abstracto de las fechas aportadas, la Fiscalía señaló al respecto que no disponía de otra posibilidad de adquirir otros datos sobre el tiempo de los sucesos, contando únicamente con lo referido por la menor DYCM, su hermana y la progenitora de éstas; aclarando en todo caso que en eventos como el analizado, donde se trata de un delito contra la integridad sexual de una menor de 14 años, en este particular, de 8 años para la época de lo sucedido, es difícil establecer con exactitud ese concreto aspecto, de ahí que solo se hubiese conocido que el primer supuesto abuso sexual ocurrió en el año 2017, cuando la menor y su padre estaban en su casa; el segundo, en el 2018, cuando aquella llevó a su progenitor algo de comer a su lugar de labores.

En esas condiciones, y de cara al tópico planteado, puede advertirse que no le era permitido al censor buscar el saneamiento del proceso desde la formulación de imputación, escudado en una causal de nulidad sin atender además al principio de residualidad, pues al interior de la audiencia de formulación de acusación, lo pertinente era hacer las observaciones al escrito respectivo, dentro de las cuales, y bajo la dirección del Juez, bien pudo exponer el señor defensor sus críticas, exigiendo incluso del ente acusador, mayor claridad respecto de la relación de los hechos jurídicamente relevantes, y

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

sobre cuál sería la época más aproximada al acontecer presuntamente delictivo.

Como puede verse, lo que hizo el delegado fiscal en dicha audiencia, de formulación de acusación, fue dejar en claro que no contaba con información adicional sobre un tiempo más preciso de los hechos objeto de acusación, y es que sobre ese aspecto no siempre existirá la facilidad de establecer un dato preciso dependiendo de la información recaudada, cuya fuente directa en esta oportunidad, es la versión suministrada por la menor presunta víctima, quien para la época de lo sucedido contaba con 8 años de edad.

En ese orden de ideas, cierto es que el artículo 337 de la ley procesal penal exige la exposición de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos; en todo caso, si la Fiscalía no cuenta con un dato preciso acerca de la fecha de ocurrencia de los hechos, puede delimitar el aspecto temporal, en cuanto sea posible, como fue indicado en sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia del 11 de diciembre de 2018, radicado 52311, lo cual permite, como en esta oportunidad se efectuó por la fiscalía, ubicar de manera cronológica los hechos en los años 2017 y 2018.

Ese aspecto en particular nada tiene que ver con los demás argumentos expuestos por el recurrente, quien busca robustecer su alzada acudiendo a críticas frente al acervo probatorio recaudado por el delegado de la Fiscalía, buscando de manera anticipada desvirtuar la información obtenida

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

principalmente a partir de las entrevistas surtidas a la presunta víctima y su hermana, lo cual para nada viene al caso, si tiene en cuenta el profesional del derecho que en la etapa procesal de formulación de acusación de lo que se trata es de dar a conocer los cargos al procesado a partir de los cuales podrá elaborar una estrategia defensiva de la mano de su abogado defensor.

Así mismo, será el juicio oral en el cual la defensa tendrá la oportunidad de exponer su teoría del caso, allegar las pruebas para su respaldo y propender por una diferente calificación jurídica de los hechos; como de igual manera tendrá la oportunidad de controvertir las decretadas en favor el ente acusador, en aras de demostrar un supuesto adoctrinamiento como lo expuso en su solicitud de nulidad y subsiguiente recurso de apelación.

Ahora bien, si de lo que se trata es del control formal que el juez de conocimiento está llamado a ejercer sobre el acto de acusación de la Fiscalía¹, lo cierto es que, el A quo en esta oportunidad sí debió indagar a la Fiscalía sobre el lugar de lo acontecido, desconocido hasta ahora, pese a la lectura de los hechos jurídicamente relevantes a partir de los cuales apenas se sabe que el segundo evento de presunto abuso sexual tuvo lugar en la vereda El Jabón, sin más datos.

En ese sentido se requerirá al señor juez, quien pese a haber declarado legalmente ajustada al ordenamiento la formulación de acusación, indagará al delegado fiscal en los

¹ CSJ, Sentencia del 5 de junio de 2019, radicado 51007.

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

aspectos antes aludidos y en los demás que considere pertinentes, a fin de que profiera la acusación respectiva dando solución a los vacíos identificados.

Por todo lo expuesto, la decisión de primer grado se confirmará, en el sentido de no acceder a lo solicitado por la defensa en orden a invalidar lo actuado desde la audiencia de imputación inclusive, sin embargo, será requerido el A quo, en los términos que se indicaron.

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: SE CONFIRMA la decisión proferida por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia*, el día *11 de septiembre de 2020*, según la cual denegó la nulidad de la actuación, deprecada por la defensa desde la audiencia de formulación de imputación; lo anterior por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Requiérase al señor juez A quo, a fin de que obtenga claridad por parte del delegado del ente acusador respecto de su exposición de los hechos jurídicamente relevantes, indicando de manera clara el lugar de los hechos

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luís Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

objeto de acusación, e igualmente indagará a dicho sujeto procesal sobre los demás aspectos que considere pertinentes, a fin de que profiera la acusación respectiva dando solución a los vacíos identificados . En consecuencia, se remitirán las presentes diligencias al juzgado de origen para que se continúe el desarrollo de la audiencia.

SE NOTIFICA en estrados la presente decisión de segundo grado, advirtiéndose que contra la misma no procede recurso alguno.

SE DISPONE retornar las diligencias al Juzgado de origen a fin de que se dé cumplimiento a lo aquí decidido.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Radicado : 2020-0826-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 890 6000 318 2019 80018
Acusados : Luis Carlos Correa
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

Firmado Por:

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA**

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

**RENE MOLINA CARDENAS
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA
CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

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

Código de verificación:

98d0e0fd512965c7b1c229b999e0570185ef8507ca612df2ea9f8c08ff4a79cb

Documento generado en 09/12/2020 01:24:51 p.m.