

## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



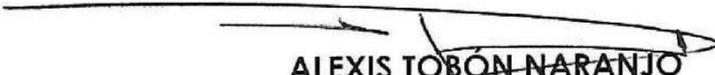
### TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

#### ESTADO ELECTRÓNICO 009

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 DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2020-1106-6	Sentencia 2° instancia	actos sexuales abusivos	RUBIEL DE JESUS OTALVARO PATIÑO	Confirma fallo de 1° instancia	Enero 22 de 2021
2020-1194-6	Tutela 2° instancia	Danna Mildred Rivas Mejía	UARIV	Revoca fallo de 1° instancia por hecho superado	Enero 22 de 2021
2020-1178-6	auto ley 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	Héctor Darío García García	Confirma auto de 1° instancia	Enero 22 de 2021
2020-1237-6	Consulta incidente de desacato	UBADEL VILLALOBO CONEO	Dirección General de Sanidad Militar	declara nulidad	Enero 25 de 2021
2021-0061-4	Tutela 1° instancia	Heider Martínez Mena	Juzgado 2° penal del circuito de Apartadó Antioquia	Admite tutela. No accede a medida provisional	Enero 25 de 2021
2021-0006-1	Tutela 1° instancia	ROBINSON ACEVEDO BUSTAMANTE	Juzgado de E.P.M.S. de El Santuario Ant, y otro	Niega por hecho superado	Enero 26 de 2021
2021-0042-1	Tutela 1° instancia	José Isidro Morales Morales	Juzgado 2° Penal del Circuito de Rionegro y otro	Rechaza acción constitucional	Enero 26 de 2021
2020-0851-2	Sentencia 2° instancia	Hurto calificado y agravado	FRANK DAVID VARELA CIFUENTES.	Modifica fallo de 1° instancia	Enero 25 de 2021
2021-0045-3	auto ley 906	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	MICHAEL JULIÁN PATIÑO ESCOBAR	Se abstiene de resolver recusación	Enero 26 de 2021
2020-0741-3	Sentencia 2° instancia	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO	Confirma fallo de 1° instancia	Enero 26 de 2021
2019-0972-3	Sentencia 2° instancia	Fraude procesal y otros	LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA	Modifica fallo de 1° instancia	Enero 26 de 2021
2019-0824-3	Sentencia 2° instancia	peculado por apropiación y o	OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA Y O	Confirma fallo de 1° instancia	Enero 26 de 2021
2021-0012-4	Tutela 1° instancia	Alexander de Jesús Duarte Duque	Juzgado de E.P.M.S. de El Santuario Ant, y otro	Niega por improcedente	Enero 26 de 2021

**FIJADO, HOY 27 DE ENERO DE 2021, A LAS 08:00 HORAS**



ALEXIS TOBÓN NARANJO  
Secretario

**DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS**



ALEXIS TOBÓN NARANJO  
Secretario

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**

### **SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Proceso No:** 056156000364201900656      **NI:** 2020-1178-6  
**Acusado:** HÉCTOR DARÍO GARCÍA GARCÍA  
**Delito:** Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego  
**Decisión:** Confirma negativa preclusión  
**Aprobado Acta virtual:** 6 del 22 de enero del 2021      **Sala No.:**6

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

### **OBJETO A DECIDIR**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpone el señor Fiscal 049 Seccional Delegado de Rionegro, contra el auto emitido el pasado 18 de noviembre del 2020 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, que decidió no decretar la preclusión elevada por el Delegado Fiscal en favor del encartado Héctor Darío García García, al considerar que se está frente a una atipicidad de la conducta investigada.

### **HECHOS**

Según se puede extractar del escrito de acusación se tiene que para el día 26 de octubre del 2019, a eso de las 23:15 horas, policiales en servicio fueron informados de que en la vereda San Luis de Rionegro se encontraba una persona armada con una escopeta en plena vía pública, por lo que acudieron a dicho lugar donde observan un sujeto que emprende la huida y luego de ser interceptado le encuentran en su poder un arma de fuego tipo escopeta, marca colyeri artesanal, calibre 16, con un cartucho del mismo calibre en su recámara, siendo capturado el señor Héctor Darío García García quien manifestó no tener permiso de porte o tenencia del arma incautada.

### **ACTUACION PROCESAL**

Ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro el 13 de noviembre del 2020, fecha en la que se encontraba programada audiencia de formulación de acusación el señor Fiscal Delegado dice retirar el escrito y cambia la misma por solicitud de preclusión; petición ante la cual el funcionario acepta el retiro de la acusación y accede a la petición de terminación anticipada del proceso.

Programada fecha y hora para decidir acerca de la solicitud de preclusión elevada por el señor Fiscal Delegado, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro en audiencia celebrada el 18 de noviembre del 2020, resuelve negativamente la pretensión de la Fiscalía de dar por terminado anticipadamente el proceso adelantado en contra del señor Héctor Darío García García, a quien previamente se le había imputado el delito de Tráfico, Fabricación, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones conforme al artículo 365 del Estatuto Penal.

Inconforme el señor Fiscal Delegado en la causa en contra de la determinación tomada por el Juzgado de primera instancia, muestra su intención de recurrir la providencia ante la negativa de precluir la investigación en contra del encartado.

### **PETICION DE PRECLUSIÓN**

El señor Fiscal Delegado estriba su pretensión de preclusión frente al proceso adelantado en contra del señor Héctor Darío García, en la causal 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por atipicidad de la conducta investigada.

Luego de hacer un relato de los hechos materia de la actuación señala que una vez recibidos los elementos materiales probatorios como la experticia técnica del arma, se tiene que se trata de una escopeta calibre 16 de fabricación artesanal y donde se concluye que es apta para disparar, se procedió en principio a formular imputación en contra del señor Hernán Darío García García por el delito de Porte Ilegal de Arma de Fuego de Defensa Personal, en la modalidad de porte.

Apuntó que con posterioridad recibe informe complementario de Policía Judicial del 24 de marzo del 2020, donde se señala que se trata de una escopeta artesanal o no convencional, calibre 16 de fabricación artesanal, estado de funcionamiento bueno, apto para disparo y con una longitud del cañón de 27.1 pulgadas; informe entonces con el que se determina que de acuerdo a la longitud del cañón y para efectos de la adecuación típica, lo llevan a concluir que el arma con esas características técnicas y conforme a la clasificación legal prevista en el decreto 2535 de 1993, no corresponde a un arma de defensa personal.

Refiere que en ese orden de ideas, el artículo 9º del Código Penal señala que para que la conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable y frente a la tipicidad el artículo

10 de la misma normatividad dice que la ley definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

Señala que el decreto 2535 de 1993 clasifica los diversos tipos de armas; así mismo el artículo 10 que habla de las armas de tipo civil, las subdivide en tres clases que son armas de defensa personal, deportivas y de colección y el artículo 365 del Código Penal solo penaliza las armas de defensa personal. Refiere que en el literal C del citado Decreto dice que las escopetas cuya longitud del cañón no sea superior a 22 pulgadas y en este caso estamos frente a un arma con una longitud del canon de 27.1 pulgadas, por lo que bajo esa condición objetiva se tendría que decir que este artefacto tiene su clasificación técnica y legal en el artículo 12 del mismo decreto como arma deportiva o de casería.

Concluye entonces señalando que se trata de una escopeta para uso deportivo, no penalizada en la jurisdicción penal del artículo 365, pues no está dentro de su descripción legal, entonces se puede indicar que estamos frente a una conducta atípica. Así las cosas, el acusado no debe judicializarse por el delito por el cual se le formuló imputación, por tanto, solicita se declare la preclusión y archivo de la actuación. |

Por su parte y frente a la petición de preclusión solicitada por la Fiscalía, el apoderado judicial del procesado indicó adherirse a esa pretensión.

### **AUTO PRIMERA INSTANCIA**

El señor Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro ante la solicitud de preclusión de la investigación en favor del señor Héctor Darío García García, formulada por el delegado del ente Fiscal amparándose en el artículo 332 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, decide negar la misma bajo los siguientes supuestos:

Apunta que dadas las precisiones que frente a este tema ha planteado la Corte Suprema de Justicia, no le permite compartir la apreciación tanto de la Fiscalía como de la defensa del procesado sobre la atipicidad de la conducta. Señala que la Fiscalía tiene la facultad de investigar las conductas que revisten las características de delito y establecer tanto la ocurrencia del hecho como los responsables del injusto, por lo que iniciada la investigación debe resolver si acusa o acude al Juez de Conocimiento para solicitar la preclusión, conforme a los numerales 4 y 5 Constitucional.

Señaló sobre la atipicidad de la conducta prevista en el numeral 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, lo es cuando la acción del sujeto activo no logra subsumirse o mejor no corresponde con la descripción objetiva o subjetiva en algunos casos del tipo penal del Código de las Penas. Refirió que para el caso concreto se ha señalado que el acusado es infractor del artículo 365 del Código Penal, esto es, Fabricación, Porte o Tenencia de Armas de Fuego.

Dice que respecto de las Armas de Fuego Artesanal o Hechiza la ausencia de tipicidad es que se trate de escopetas de fisto en zonas rurales, pues que la interpretación que venía considerando sobre el concepto de Arma de Defensa Personal prevista en el artículo 365 del Código Penal es un elemento normativo del tipo penal. Señala que el Decreto 2535 de 1993 señala cuales son las Armas de Fuego de Defensa Personal – artículo 11- entre ellas las escopetas cuya longitud del cañón no sea superior a 22 pulgadas. Agrega entonces que cuando se trata de artefactos de menos de 22 pulgadas se consideran Armas de Defensa Personal, pero menos de este calibre serían armas deportivas, pues eso dice el Decreto sobre el elemento descriptivo del tipo penal.

Continúa señalando que si no se tratara de un Arma Artesanal o Hechiza y coincidiera con las características de un arma deportiva conforme al Decreto 2535, para que quedara excluida la tipicidad de la conducta se requiere además que el portador del artefacto haga parte de una asociación de tiro debidamente certificada, pues de allí que siendo un arma con características deportivas pero sin el respectivo permiso, la conducta se puede adecuar al tipo penal del artículo 365 del Código Penal. Refiere que para el caso en concreto se tiene que el señor Héctor Darío García es capturado con una escopeta calibre 16 con un cartucho del mismo calibre, sin el permiso para el porte o tenencia de arma de fuego, la misma que sometida a experticia se pudo establecer que se trata de una escopeta con actitud para disparar.

Concluye señalando que en las experticias aportadas se dice que se trata de un arma artesanal con un cañón de 27 pulgadas, artefactos que también están penalizados según el inciso segundo del artículo 365 del Estatuto Penal, toda vez que se trata de un arma artesanal sin importar la longitud del cañón, no pudiéndose catalogar entonces como un arma de naturaleza deportiva, además el señor García García no contaba con el permiso pertinente de caza o pesca. Termina entonces negando la preclusión en favor del señor Héctor Darío

García García, por el delito de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones.

### **DEL RECURSO**

Inconforme con la determinación el señor Fiscal Delegado interpone recurso de apelación y lo sustenta en los siguientes términos:

Que no comparte los argumentos de primera instancia en cuanto que se indica que por tratarse de un arma hechiza no corresponde a un arma deportiva del art. 12 del decreto 2535 de 1993, además por que el acusado no pertenece a ningún club de tiro, caza o pesca que lo autorice. Señala que la prohibición contenida en el artículo 14 del Decreto 2535 de 1993, es general pues no significa per se que todas esas armas que están comprendidas allí estén penalizadas como delito en el tipo penal del artículo 365 y 366 del Código Penal, pues si bien todas requieren permiso no todas están penalizadas.

Apuntó que los artículos 365 y 366 no hacen ninguna exigencia adicional para que una persona tenga que acreditar la condición de estar vinculado a un club, y así poderse considerar un tirador deportivo al que se le puede permitir la expedición de permiso para el porte de armas deportivas, es una adición al tipo. Refiere que decir que no es un arma deportiva por tratarse de un arma artesanal tampoco corresponde a esa definición, pues la clasificación técnica del arma la da las condiciones propias de un artefacto sea o no de fabricación industrial o artesanal; pues que si el arma del presente caso, que se trata de una escopeta con un cañón superior a 22 pulgadas, calibre 16, son características técnicas que la ubican dentro de un arma de clasificación deportiva.

En esas condiciones, pide entonces revocar la decisión de instancia y en su lugar se acceda a la solicitud de preclusión de la investigación en favor del encartado.

### **PARA RESOLVER SE CONSIDERA**

En el asunto sometido a consideración de la Sala se debe examinar si de los elementos materiales probatorios recaudados por el ente acusador, se extracta la configuración de la causal de preclusión consagrada en el numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, que se refiere a la atipicidad de la conducta investigada.

Al respecto debemos indicar inicialmente que el artículo 332 de la ley 906 del 2004 establece:

*“...El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:*

- 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.*
- 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.*
- 3. Inexistencia del hecho investigado.*
- 4. Atipicidad del hecho investigado.*
- 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.*
- 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*
- 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.*

*PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.”*

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor Fiscal Delegado en su intención de solicitar la preclusión de la investigación adelantada en contra del señor García García, le apostó a la causal prevista en el numeral 4º del artículo ya citado, esto es, por atipicidad del hecho investigado.

En esas condiciones entonces era necesario que el señor fiscal probara que en efecto el arma que le fuera incautada al acusado, no reúne las características del tipo penal dispuesto en el artículo 365 del Estatuto Penal, que hace referencia precisamente, entre otros verbos rectores, a quien porte armas de fuego de defensa personal, y de esa manea se pueda considerar que en realidad nos encontramos frente a una atipicidad de la conducta investigada, que fue precisamente la razón que tuvo el juez de instancia para declinar del pedido de preclusión al estimar que la acción desplegada por el sujeto activo no lograba subsumirse en la descripción objetiva del tipo penal.

Frente a la atipicidad de la conducta la Corte Suprema de Justicia en sentencia AP 3329-2017 Radicación 50063 del 24 de mayo del 2017 señaló:

*“4.1 La atipicidad del hecho investigado se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la Ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible. Dicho en otros términos, se trata de la constatación naturalística y ontológica de la ocurrencia efectiva de un actuar humano que no encuentra correspondencia plena y cabal con ningún precepto normativo previsto en el Estatuto Punitivo.”*

*“Tal y como tiene discernido la Corporación:*

*“Se entiende por atipicidad la adecuación de un comportamiento a la descripción de una conducta contenida en la ley penal. Por consiguiente, para que pueda pregonarse la configuración de esta categoría jurídica resulta necesario que la identidad entre el proceder investigado y la genérica consagración el tipo sea integral, es decir, que todos los aspectos considerados en la norma concurren en la acción u omisión investigada, pues si falta cualquier elemento de los contemplados en la norma no se concreta el delito y la actuación deviene atípica.”*

*“Ahora, la conducta debe ajustarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento; y de otra, debe cumplir con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo)”<sup>1</sup>.”*

En ese orden de ideas entonces le interesaba al señor fiscal mostrar que la acción desplegada por el señor Héctor Darío García García, al momento de ser capturado portando una escopeta calibre 16 con un cartucho del mismo calibre, no se subsumía dentro de las previsiones del tipo penal consagrado en el artículo 365 del Estatuto Penal y en esa medida la conducta se torne en atípica.

Ahora, sobre la definición y clasificación de las armas el artículo 11 del Decreto 2535 señala cuales son las catalogadas como de defensa personal así:

“...ARMAS DE DEFENSA PERSONAL. Son aquellas diseñadas para defensa individual a corta distancia. Se clasifican en esta categoría:

*a) Revólveres y pistolas que reúnan la totalidad de las siguientes características:*

*- Calibre máximo 9.652mm. (.38 pulgadas).*

*- Longitud máxima de cañón 15.24 cm. (6 pulgadas).*

*- En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática.*

*- Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos, a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos.*

*b) Carabina calibre 22 S, 22 L, 22 L.R., no automáticas;*

*c) Las escopetas cuya longitud de cañón no sea superior a 22 pulgadas.*

En el presente caso se dice que al señor García García le fue incautada un arma, que según el informe de balística rendido por el servidor de Policía Judicial del 24 de marzo del 2020, se trata de una Escopeta artesanal o no convencional de un solo cañón, calibre compatible con calibre 16, de fabricación artesanal no convencional o rustica, con capacidad de carga un cartucho calibre 16 de carga múltiple, con una longitud de cañón de 27.1 pulgadas, y en cuanto a su estado de funcionamiento se estableció que es bueno y apta para disparar.

Precisamente apoyado en esta experticia es que el señor fiscal considera el arma incautada al acusado no reúne las características para ser catalogada como de defensa personal, pues se trata de una escopeta con una longitud en el cañón que supera las 22 pulgadas que señala el Decreto 2535 debe poseer el artefacto para ser clasificada dentro de las de defensa personal, pues que más bien se ubica dentro de las consideradas como deportivas conforme al artículo 12 del citado decreto.

Sin embargo, se tiene que el artículo 14 del mismo Decreto señala cuales son las armas sobre las cuales existe prohibición para su porte o tenencia y entre ellas se encuentran las de fabricación hechiza, que es precisamente el artefacto que le fue incautado al acusado y que no permite entonces considerar que se trate de una arma deportiva por su calibre como lo pretende el señor fiscal y en esas condiciones sea posible despenalizar su porte y se deba precluir la investigación por atipicidad del hecho investigado conforme al numeral 4º del artículo 332 del Estatuto Procesal Penal.

Si bien como así lo ha puesto en evidencia el señor fiscal en su apelación, la norma no exige que una persona tenga que acreditar la condición de estar vinculado a un club para poder que

se declare como tirador deportivo y en ese orden se le pueda permitir la expedición de permiso para el porte de armas deportivas, lo cierto del caso es que el artículo 16 del Decreto 2535 de 1993 en su inciso segundo, es claro en señalar que esta clase de armas solamente serán utilizadas en actividades de tiro y caza, con las limitaciones establecidas en la ley y el reglamento, que es precisamente lo que no se advierte en el caso que ocupa nuestra atención, toda vez que el señor García García fue capturado a eso de las 23:15 horas en plena vía pública, cuando luciendo un arma artesanal detenía los vehículos que por ese sector transitaban, inclusive según el informe policial logró detonarla en una oportunidad, de donde fácilmente se puede inferir que lejos está que se pueda considerar que el acusado usaba la escopeta en actividades de tiro y caza.

Para soportar la decisión a tomar la Sala considera prudente citar algunos apartes de la sentencia SP911-2020 Radicación 51967 del 11 de marzo del 2020 de la Corte Suprema de Justicia, invocada por el juez de instancia en su providencia, que al respecto señaló:

*“Así, se tiene que la calificación de un arma como deportiva no solo depende de sus características físicas, sino también – y principalmente – de la destinación que vaya a dársele, aspecto este que fue expresamente regulado en diversos sentidos, entre ellos: (i) debe tramitarse un permiso oficial para la tenencia de este tipo de artefactos; (ii) para obtenerlo, debe acreditarse la afiliación a una entidad deportiva, en los términos atrás referidos; (iii) el beneficiario del derecho queda sometido a la vigilancia de las organizaciones deportivas; y (iv) el arma no puede ser utilizada para fines diferentes.”*

Más adelante agregó:

*“En síntesis, se tiene que el legislador: (i) en el Decreto 2535 de 1993 estableció diversas categorías de armas de fuego, en orden a regular los permisos de porte o tenencia; (ii) dentro de esas categorías incluyó la de “armas prohibidas”; (iii) entre las armas prohibidas están las “hechizas”; (iv) en cuanto a las “armas de uso civil”, diferenció las de defensa personal, las deportivas y las de colección; y (v) algunas armas deportivas coinciden en sus características físicas con las de defensa personal e incluso con armas de uso privativo de las fuerzas armadas.”*

*“En cuanto a las armas hechizas y su posible categorización como armas deportivas se tiene que: (i) el concepto de arma deportiva depende de las características del arma y,*

*principalmente, de la sujeción del deportista a las reglas dispuestas para mantener el control sobre el uso de ese tipo de artefactos, entre los que se destacan la asociación a un club y la vigilancia permanente de la Federación Colombiana de Tiro y Caza, sin el perjuicio de la supervisión de las autoridades militares competentes; (ii) en todo caso, debe obtenerse permiso para su tenencia, el que solo puede recaer sobre armas importadas o fabricadas por el Estado; y (iii) bajo estas condiciones, las armas hechizas no pueden ser catalogadas como armas deportivas, no solo por su origen, sino además porque hacen parte del grupo de “armas prohibidas”, consagrado en el artículo 14 del Decreto 2535 de 1993.”*

En esas condiciones entonces, se tiene que como no se demostró que el señor Héctor Darío García García estuviera asociado a un club de tiro y caza como tampoco que hubiera obtenido permiso para el porte o tenencia del arma que le fue incautada y que pretende el señor fiscal sea considerada como deportiva, además de que no era utilizada precisamente para esos fines, amén de que se trata de un arma de fabricación hechiza o artesanal que hace parte del grupo de armas prohibidas, hace que no sea posible considerar que se esté frente a una atipicidad del hecho investigado y, como así lo consideró el Despacho de instancia inviable es consentir una terminación anticipada del proceso por preclusión.

En este orden de ideas, la providencia materia de apelación será confirmada.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales ante la contingencia del aislamiento social obligatorio por la pandemia del COVID-19 y las normas del Consejo Superior de la Judicatura sobre trabajo virtual.

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,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia materia de impugnación.

**SEGUNDO:** Vuelva la actuación al juzgado de origen para lo de su competencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**  
Magistrado

**Edilberto Antonio Arenas Correa**  
Magistrado

**Nancy Ávila de Mirando**  
Magistrada

**Alexis Tobón Naranjo**  
Secretario

**Firmado Por:**

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

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

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**  
**MAGISTRADO**  
**MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 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:

**5090f9b96ba6ddf675bfc9970eaa94450ae85966f0484d59186c1add55847ae8**

Documento generado en 22/01/2021 04:51:08 PM

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

**Proceso Nro.** 053766100121201680957                      **NI:** 2020-1106  
**Acusado:** RUBIEL DE JESUS OTALVARO PATIÑO  
**Delito** Acto Sexual abusivo  
**Decisión:** Confirma  
**Aprobado Acta virtual No:** 6 del 2021                      **Sala No.:** 6

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

**I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA**

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado RUBIEL DE JESUS OTALVARO PATIÑO, contra la sentencia emitida el pasado 16 de octubre del año 2020.

**II. HECHOS**

De acuerdo a lo que se desprende del escrito de acusación, se evidencia que en el municipio de la Ceja desde el año 2010 cuando contaba con 7 años de edad la menor XGH<sup>1</sup> viene siendo abusada por RUBIEL DE JESUS OTALVARO PATIÑO, compañero sentimental de su progenitora, quien en cada oportunidad que la menor queda sola aprovecha para abordarla, tocarla, llegando a desnudarla y acariciarla en todo el cuerpo, besarla y hasta introducir inicialmente los dedos y posteriormente el pene por la vía vaginal, conducta que se reiteró en el tiempo en diversas veredas del municipio de La Ceja hasta el año 2016 cuando la menor se fue a vivir en casa de su abuela, donde la familia de la menor XGH se establecía, visto que su progenitora se dedicaba a las labores agrícolas.

**III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

---

<sup>1</sup> Conforme a las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia la menor se identifica solo por sus iniciales a fin de garantizar la protección de su integridad.

El 9 de febrero del 2018 se formuló imputación en contra de RUBIEL DE JESUS OTALVARO PATIÑO por un concurso homogéneo y sucesivo del delito de acto sexual abusivo, por las mismas ilicitudes se radicó acusación el 3 de abril del mismo año y solo hasta el 21 de septiembre se ejecuta la respectiva audiencia de acusación, después de que la actuación pasara del Juzgado Penal del Circuito de la Ceja al de Rionegro, por impedimento del Juez de la localidad de ocurrencia de los hechos, por haber obrado como Juez de Control de Garantías.

La audiencia preparatoria se efectuó el día 25 de febrero del 2019 y el juicio inicio el día 18 de noviembre del mismo año, culminando el día 14 de julio del 2020, con un anuncio del sentido del fallo de carácter condenatorio.

#### **IV. LA SENTENCIA APELADA**

El juez *a-quo* da inicio a su providencia relatando los hechos materia de juzgamiento, la individualización del acusado, y el acontecer del proceso.

En relación a la responsabilidad del acusado señala que el testimonio XGH, que como es común en este tipo de delitos que se presentan a puerta cerrada, a pesar de los años transcurridos se aprecia como una versión completa de lo ocurrido lo que es corroborado con el testimonio de sus tíos y familiares que concurren al juicio y narran como la joven después de vivir varios años de abuso decide comentar lo ocurrido.

Resalta que las valoraciones psicológicas tanto de la Comisaria de Familia como del C. T.I., corroboran la ocurrencia de los hechos, aunque en las valoraciones médicas no aparecen rastros de defloración o lesiones a nivel del himen, esto no es incompatible con la narración de la menor sobre la introducción de dedos y hasta el pene en su vagina por parte del procesado, pues muchas veces como en el conocido “*violínazo*”, no quedan rastros de desgarro.

Encontró entonces acreditado en el grado de convencimiento necesario para emitir una sentencia condenatoria la autoría y participación del procesado en los hechos materia de acusación, por lo que condena a RUBIEL DE JESUS OTALVARO PATIÑO a una pena

equivalente a 13 años de prisión, visto que la conducta endilgada se presenta en la modalidad de concurso.

## **V. RECURSO INTERPUESTO**

Dentro del término de ley el abogado defensor interpone recurso de apelación que funda en las siguientes pretensiones, para considerar que no se logró desvirtuar la presunción de inocencia de su representado:

1. Valoración descontextualizada del dicho de la supuesta ofendida, quien seis años después de ocurridos los hechos decide contar los supuestos eventos de abuso sexual, simplemente porque su progenitora decide regresar con el procesado y a ella no le atraía por la conducta de este propensas a la bebida y al consumo de estupefacientes, no porque en efecto hubiere sido víctima de abuso sexual. No se entiende como si los hechos fueron tan graves ella pasó 6 años sin decir nada al respecto.
2. Falta de corroboración médica y psicológica de lo afirmado por la ofendida sobre un supuesto acceso carnal cuando la valoración médico legal realizada el 26 de septiembre del 2019, encontró los genitales de la menor normales sin lesiones ni sangrado y el himen intacto, confirmado además por la valoración del psicólogo adscrito a la Comisaría de Familia que no encontró al momento del examen alteración o secuela alguna, si supuestamente se presentaron tan graves hechos como es posible que no queden secuelas o alteraciones en la psiquis de la supuesta ofendida.
3. Sentencia fundada en testimonio de oídas, los tíos, abuelos y psicólogos no presenciaron los hechos, simplemente concurren al juico y narran lo que oyeron decir, por ende sus dichos no sirven para sustentar una sentencia condenatoria.

## **VI. PARA RESOLVERS SE COSIDERA**

El asunto que concita el interés de la Sala, lo es el establecer si en efecto como lo pregona el impugnante la sentencia condenatoria se funda solo en prueba de referencia, y se tomó en forma descontextualizada la versión de la menor supuesta ofendida la cual además no tiene corroboración en la valoración médico legal.

Lo primero que debemos advertir es que la joven XGH, sufre el abuso sexual que narra en estas diligencias en un período que va del año 2010 al 2016, pero solo viene a declarar en juicio sobre lo ocurrido en el año 2020, por lo que tal y como se aprecia al oír el registro de su intervención en el juicio, aunque su lenguaje es claro ella sobre los hechos no suministra muchos detalles, pues ineludible es que el paso del tiempo impide que pueda hablar con precisión de fechas, sin embargo se aprecia como narra que desde que tenía siete años, cada vez que el compañero sentimental de su madre tenía la oportunidad- porque su progenitora estuviera en la cocina o fuera de la casa-, él entraba a la habitación donde ella dormía empezaba a tocarla, a tratar de besarla, llegando a quitarle la ropa y a introducirle los dedos en la vagina y hasta el pene, conductas que repitió una y otra vez durante más de seis años, hasta que ella decide irse a vivir a donde su abuela, sin embargo, su madre que previamente había sido advertida de lo ocurrido- y nada hizo diciéndole que no perjudicara a la familia, le insistió en que regresara a vivir con ellos y ante tal situación desesperada contó lo ocurrido a su abuela y tíos quienes a su vez lo comunicaron a las autoridades.

Señala el señor abogado defensor, que esta versión no resulta digna de crédito pues en primer lugar no entiende como la menor guardó silencio por tantos años, sin embargo ella misma al ser interrogada aclara este aspecto, su agresor siempre la amenazó con que si contaba lo ocurrido terminaría en el ICBF o en un internado lo que ella no quería, además su madre cuando le contó lo ocurrido dijo que “ella no pensaba en su familia”, y que si contaba lo ocurrido lo podía perjudicar, situación que dada la corta edad de la víctima explica porque guardó silencio sobre lo ocurrido.

De otra parte el psicólogo CARLOS MARIO ZULUAGA CHICA, quien comparece al juicio para introducir una entrevista forense que realizó a la menor, si bien es cierto él no hizo una peritación psicológica pues su misión solo fue recibir la entrevista, si explica ante interrogatorio de la Fiscalía y la misma defensa, como es común que menores por temor a represalias de su familia, a señalamientos de que si cuentan no tendrán con que comer o se verán abandonados, deciden guardar silencio de lo que están padeciendo o si denuncian inicialmente luego se retractan, y precisamente eso fue lo que aquí ocurrió la menor XGH, pensó que si contaba lo ocurrido terminaría en un internado, luego logró salirse del infierno que vivía pasando a la casa de su abuela, pero ante la posibilidad de volver con su madre y con esto con su agresor, no dudó en contar pese a lo vergonzoso que podían ser los hechos a su abuela, familiares y a las autoridades, por lo tanto no es que se tome descontextualizado los hechos, o que como lo menciona el togado defensor, la menor busque un ardid contra el hombre que no es de su gusto por ser el compañero sentimental de su madre y ser bebedor o consumidor de estupefacientes, es que aquí la menor solo se atrevió a contar lo ocurrido a pesar de que su madre que sabía lo que pasaba nada hacía, cuando después de salir de su hogar se vio ante la encrucijada de volver al mismo y por lo tanto seguir sometida a los abusos que por largos años había sufrido.

Sobre la valoración del testimonio la Corte Suprema de justicia ha señalado:

*“Una adecuada valoración del testimonio exige al funcionario tener en cuenta los principios de la sana crítica y para ello habrá de apreciar lo percibido por el declarante, su estado de sanidad y los sentidos por los cuales tuvo la percepción, así como las circunstancias de tiempo y modo de la captación y su personalidad.*

*Cuando dentro de un proceso una misma persona rinde varias versiones, la regla de experiencia enseña que bien pueden no coincidir en estricto sentido unas y otras. Es más, una perfecta coincidencia podría conducir a tener el testimonio como preparado o aleccionado. Las posibles contradicciones en que haya incurrido no son suficientes para restarle todo mérito, pues “en tales eventos el sentenciador goza de la facultad para determinar, con sujeción a los parámetros de la sana crítica, sin son verosímiles en parte, o que todas son increíbles o que alguna o algunas de ellas tienen aptitud para revelar la verdad de lo acontecido”<sup>2</sup>. Por manera que si el declarante converge en los aspectos esenciales, el juzgador no podrá descartar sus dichos”<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> Sentencia de casación del 11 de octubre de 2001, radicado 16.471.

<sup>3</sup> Sentencia de Casación del 5 de noviembre del 2008 Magistrado Ponente Augusto J. Ibáñez. Radicado 30305

Es que como se viene diciendo, no se puede predicar que el testimonio sea falso simplemente porque se viene a contar lo ocurrido muchos años después de ocurrido los mismos, debe analizarse en su contexto, teniendo en cuenta que se trata de una adolescente que creyendo haber huido del abuso, se enfrenta a volver a casa de su madre y a repetir la triste historia que ha padecido, y esto explica sobradamente entonces porque cuenta los hechos en ese momento y no antes.

La Corte Suprema de Justicia llama la atención sobre las particularidades del testimonio de la menor víctima de delitos sexuales, y precisa:

*“Por otro lado, la tendencia actual en relación con la apreciación del testimonio del menor víctima de vejámenes sexuales es contraria a la que se propugna en el fallo impugnado, atendido el hecho de que el sujeto activo de la conducta, por lo general, busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y, en esa medida, es lo más frecuente que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente.*

*Pero, además, desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición –por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica”<sup>4</sup>.*

Ahora bien, el señor togado defensor critica que esa versión de los hechos no es corroborada por otra prueba directa, y evidente es que RUBIELA DE SAN NICOLAS, LYZ MER Y GENARO HENAO Y AURA MARIA HENAO quienes comparecen al juico, en efecto no presenciaron los hechos simplemente notician lo que oyeron evocar a XGH, sin embargo ellos confirman que la joven si vivió con su madre y con el compañero sentimental de esta, que lo hicieron en varias veredas, que la madre tenía que dejar a los hijos solos por salir a trabajar, con lo que los hechos narrados por la joven ofendida no aparecen como imposibles de ocurrir pues precisamente si habían momentos en que XGH quedaba a solas con su progenitor y que el episodio desencadenante para la revelación de lo ocurrido es que la menor debía dejar la casa de la abuela y volver con su madre y el procesado, con lo que el dicho de la ofendida aparece entonces corroborado en el tiempo y el espacio con lo

---

<sup>4</sup> Sentencia del 26 de enero de 2006 (radicado 23.706). También puede consultarse la sentencia del 13 de marzo de 2008 (radicado 27.413).

informado por estos testigos, al igual que el motivo que la lleva a contar lo que en el pasado había vivido.

Critica igualmente la defensa, que las valoraciones psicológicas no encontraron secuelas en la psiquis de XGH y un abuso sexual de tantos años debe dejar secuelas, al respecto como ya se reseñó en relación a la intervención del psicólogo CARLOS MARIO ZULUAGA, el objetivo central de su intervención en el juicio fue traer una entrevista que hizo a la menor, sin embargo él advirtió como el lenguaje corporal de la menor denotaba que ella se sentía mal al evocar los eventos sufridos, además como ya se mencionó párrafos atrás explicó porque una menor puede tardar tanto tiempo en contar el abuso sexual que ha vivido como evidente es que su dicho si permite corroborar aspectos que permiten hacer más cierto el dicho de la joven ofendida.

Ahora en cuanto al psicólogo JHON FERNANDO BETANCUR HERRERA de la Comisaría de Familia de La Ceja, encontramos que comparece a presentar una entrevista forense, luego se le interroga sobre si hizo una valoración psicológica frente a lo cual la misma defensa objetó que no se llamaba como testigo perito sino como testigo de acreditación de la entrevista efectuada a la menor, al revisar la totalidad en el juicio indica que aunque buscó hacer una valoración psicológica sobre secuelas de un presunto abuso sexual, fue enfático en señalar que la joven que entrevistó *“ya había superado el evento”*<sup>5</sup> y por lo tanto no encontró afectación alguna en sus aspectos cognitivos o de comportamiento y en su sentir la menor elaboró un síndrome de acomodación, y dio por superado el evento por el tiempo transcurrido, lo que implica que no quede afectación a los hechos, por lo tanto, no es que simplemente como lo predica el abogado defensor la ausencia de secuelas en la psiquis o en el comportamiento de XGH, implique no ocurrieron los eventos de abuso sexual que la joven menciona, sino que indudablemente por el lapso del tiempo la menor superó el evento y por eso el psicólogo no encontró secuela alguna al momento de entrevistarla.

De otra parte este profesional de la psicología pone en evidencia que la madre de la menor fue rehacía a acompañar a su hija en el proceso que debía seguirse, para la atención de la

---

<sup>5</sup> intervención de la audiencia celebrada el pasado 8 de julio del 2020

menor, conducta esta de la que se puede deducir que es más probable que sea cierto lo afirmado por la joven XGH que su madre nunca le quiso auxiliar a pesar de que le ponía en evidencia el abuso sexual del que era víctima, y que fue precisamente cuando debía abandonar la casa de la abuela y volver con ella que decidió contar lo ocurrido.

Ya sobre lo advertido en la valoración médica, cierto es que en el cuerpo de la menor no quedaron estigmas de un acceso carnal y su himen se encontraba íntegro, sin embargo por esto no se puede concluir que las menciones que ella hace que su agresor le llegó a introducir dedos en la vagina y hasta el pene, sean falsos, pues tal y como lo advirtió el fallo de primera instancia, no toda introducción del asta viril o los dedos en el introito vaginal produce ruptura del himen, pues puede tratarse de otros comportamientos en el arena perineal, que en el fallo se menciona es conocido como “*violínazo*”, y que aunque implica que hay tocamientos estos no llegan a ser acceso. Al respecto la doctrina médica indica :

*“Actualmente, la definición de la vulva, como una de las partes del área genital femenina, conlleva una constante controversia debido a la interpretación por parte de los operadores del derecho, lo anterior por cuanto se suele confundir que ésta es sinónimo de vagina, cuando en realidad se trata de partes completamente distintas desde una perspectiva médico legal: “Lo que sí debe determinarse es si esa introducción parcial fue en la vagina o entre los labios de la vulva pues de ello dependerá si hay penetración parcial o no, esto implica lo importante que las partes exploraran, gracias a la facilidad que para ello da la oralidad, la inmediatez y el contradictorio, que suelen entender las víctimas por “vagina” desde que este concepto suele estar asociado, en el conocimiento común, a “vulva”, aunque médicamente ambos sean términos diversos y, dependiendo de la posición doctrinal que se asuma, la introducción del pene en los labios o roce de dicho órgano con la vulva puede ser, o no, considerado acceso”*

*Desde una perspectiva médica, el autor Litarge señala que la vulva es el “conjunto de los órganos genitales externos de la mujer, situados por debajo de la pared abdominal anterior, en el periné anterior, por delante del ano, por dentro y arriba de la cara medial de los muslos.*

*La vulva está coronada por el monte del pubis e incluye a las formaciones labiales, entre las cuales se abren la uretra y la vagina<sup>6</sup>*

*Por otro lado, el himen se computa como un elemento trascendental en el análisis de los términos de penetración parcial y coito vulvar a la luz de los delitos sexuales de violación y abuso sexual, esto por cuanto dicha membrana constituye el límite anatómico entre la vagina y la vulva, tal y como lo indica Vargas Alvarado señalando que el himen es “una membrana que se halla interpuesta entre la vulva y el orificio interior de la vagina<sup>7</sup>”.*

En ese orden de ideas, la ausencia de desfloración no implica que la menor mienta, y por lo mismo no por esto debe desecharse su dicho, pues perfectamente ella pudo sentir que el pene y dedos de su agresor tocaban y entraban a su vagina, a pesar de que esto ocurriera simplemente sobre la vulva y por lo mismo no se produjera desgarro en el himen.

Así las cosas, encuentra la Sala que no hay motivo para dudar de la credibilidad de la menor ofendida y por lo mismo la sentencia materia de impugnación debe ser confirmada, pues a pesar del paso de los años, la ausencia de testigos directos y de secuelas, lo cierto es que la versión de XGH tal y como se concluyó en el fallo de primera instancia, es creíble y tiene corroboración conforme a los medios de prueba allegados al juicio, por lo mismo se impartirá confirmación a la sentencia materia de impugnación.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

---

<sup>6</sup> LATARJET (Michel), RUIZ LIARD (Alfredo). Anatomía Humana. Buenos Aires, Editorial Médica Panamericana, 4ta Edición, Tomo 2, 2008, p. 1643.

<sup>7</sup> VARGAS ALVARADO (Eduardo). Medicina Legal. México, Editorial Trillas. Segunda edición. Año 1999 p 251.

Proceso Nro. 053766100121201680957  
Acusado: RUBIEL DE JESUS OTALVARO PATIÑO  
Delito Acto Sexual abusivo  
Decisión: Confirma sentencia condenatoria.

NI: 2020-1106

**PRIMERO** Confirmar la sentencia condenatoria emitida en contra de RUBIEL DE JESUS OTÁLVARO PATIÑO, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro.

**SEGUNDO:** Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación que deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**  
Magistrado Ponente

**Edilberto Antonio Arenas Correa**  
Magistrado

**Nancy Ávila de Miranda**  
Magistrada

**Firmado Por:**

**GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA**

**NANCY AVILA DE MIRANDA**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

Proceso Nro. 053766100121201680957  
Acusado: RUBIEL DE JESUS OTALVARO PATIÑO  
Delito Acto Sexual abusivo  
Decisión: Confirma sentencia condenatoria.

NI: 2020-1106

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

**MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 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:

**ea030340832ca181ef5daaceb47ad7a9703fbae395accd438150a3752d5d0362**

Documento generado en 22/01/2021 04:50:56 PM

## TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

### SALA PENAL

Medellín, veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Por competencia y conforme a lo normado por el Decreto 2591 de 1991, y su decreto reglamentario 1983 de 2017, se asume el conocimiento de la demanda de tutela formulada por el Dr. ADALBERTO PALACIOS VALOYES, en favor del señor HEIDER MARTÍNEZ MENA, contra el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, ANTIOQUIA.

En consecuencia, se **DISPONE** correrle traslado de la presente acción de amparo a la parte accionada, notificándosele de la misma, para que dentro del término improrrogable de dos (2) días responda sobre lo que considere pertinente.

Frente a la medida provisional demandada por la parte actora, la cual consiste en aplazarse la audiencia de lectura del fallo programada por el despacho de conocimiento para el próximo 27 de enero de 2021, no se accede a la misma, toda vez que no presenta el actor una razón válida para interrumpir el desarrollo de una actuación procesal, dentro de la cual se han agotado cada una de las etapas pertinentes con ocasión del allanamiento a cargos del procesado; por ende, si se han formulado de manera paralela otras solicitudes, como la alusiva a la preclusión del asunto, ello de ningún modo amerita suspender desde ya el desarrollo normal del proceso penal adelantado contra el señor

HEIDER MARTÍNEZ MENA.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**PLINIO MENDIETA PACHECO**  
**Magistrado**

**Firmado Por:**

**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

Código de verificación:

**a14bb3502aac4d8045c611df7dc6ebd32a23a53336f3b939eca2c**  
**0c784da81f6**

Documento generado en 25/01/2021 12:34:03 PM

**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.:** 05154310400120200014

**NI.:** 2020-1237-6

**Accionante:** UBADEL VILLALOBO CONEO

**Accionado:** DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL Y  
DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR

**Decisión:** Anula

**Aprobado Acta virtual 007 del 2021**

**Sala No.:** 06

Magistrado Ponente

**Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

### VISTOS

Consulta el Juzgado Penal del Circuito de Cauca (Antioquia) la providencia calendada el día 27 de noviembre del año 2020, por la cual sancionó por desacato al fallo de tutela al Brigadier General John Arturo Sánchez Peña en calidad del Director de Sanidad del Ejército Nacional, con arresto de tres (3) días y multa de dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### TRÁMITE DEL INCIDENTE

Mediante escrito allegado al referido Despacho judicial en el mes de noviembre del año 2020, el señor Ubadel Villalobo Coneo, da cuenta del incumplimiento de la Dirección General de Sanidad Militar y de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, frente a la sentencia de tutela calendada el 30 de septiembre del año 2020, que amparó sus derechos fundamentales.

El Juez *a-quo* en auto del 18 de noviembre de 2020, dispone dar apertura al respectivo incidente de desacato por incumplimiento a fallo de tutela aludido, en contra del Mayor General Javier Alonso Díaz Gómez Director General de Sanidad Militar y el Brigadier General John Arturo Sánchez Peña Director de

Sanidad del Ejército Nacional, concediéndoles un término de 3 días para que procedieran a informar la razón del incumplimiento a lo dispuesto en el fallo, donde se tutelaron los derechos invocados por el señor Ubadel Villalobo Coneo, notificación que se efectuó a través de los oficios N° 2431-20 y 2432-20 de la misma fecha del auto, remitidos a las direcciones de correo electrónico habilitadas por las entidades demandadas para tal fin, [notificacionesDGSM@sanidadfuerzasmilitares.mil.co](mailto:notificacionesDGSM@sanidadfuerzasmilitares.mil.co), [juridicadisan@ejercito.mil.co](mailto:juridicadisan@ejercito.mil.co).

En este punto es pertinente señalar que, durante el referido lapso concedido, se recibió pronunciamiento del Director General de Sanidad Militar, el 19 de noviembre de 2020, donde manifestó que una vez auscultada la página web se evidencia respuesta del día 6 de agosto de 2020, donde se le indicó al accionante que la entidad competente para brindarle respuesta es la Dirección General de Sanidad del Ejército Nacional. Igualmente, que mediante oficio 0120007840402 de fecha 8 de octubre de 2020, remitió respuesta al derecho de petición objeto del presente trámite al correo electrónico del peticionario. Consecuente con lo anterior, solicitó abstenerse de dar apertura del trámite incidental seguido en contra de esa dirección, y en consecuencia ordenar el cierre y archivo del mismo.

Posteriormente, el Juez *a quo* mediante auto del día 27 de noviembre del año 2020, decide sancionar por desacato al Brigadier General John Arturo Sánchez Peña Director de Sanidad del Ejército Nacional, ante el incumplimiento de la sentencia de tutela que data del 30 de septiembre de 2020; imponiendo como sanción la de tres (3) días de arresto y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, notificación que efectuó mediante oficio N° 2532-2020 del mismo día del auto que sanciona, a través del correo electrónico habilitado por la Entidad incidentada para estos fines.

**LA PROVIDENCIA CONSULTADA**

Establecidos los antecedentes y el trámite del incidente, luego de plantear el problema jurídico a resolver, el Juez *a-quo* analizó el caso concreto.

Señaló que el incumplimiento al fallo de tutela por parte del Director General de Sanidad Militar y del Director de Sanidad del Ejército Nacional, obedece a que no han proporcionado respuesta de fondo a la solicitud radicada por el incidentante desde el día 6 de agosto de 2020, por medio del cual insta se le proporcione copia del acta de la junta medica laboral N 20037, el concepto de rehabilitación, certificado de la EPS – Sanidad Militar y copia de la historia clínica.

Que el Brigadier General John Arturo Sánchez Peña, Director de Sanidad del Ejército Nacional, omitió dar respuesta al requerimiento efectuado por el juzgado de instancia, esto, a pesar de estar enterado del inicio del trámite, lo que se deduce en desobediencia judicial.

Indica que, la Dirección General de Sanidad Militar allegó pronunciamiento, en el cual pregonaba el cumplimiento al fallo de tutela objeto del presente trámite, aun así, consideró el juez de instancia que no se comprobó su cumplimiento por cuanto no anexó los documentos que soportan lo dicho.

En conclusión, relata que acorde al material probatorio allegado al presente trámite incidental, se constató que la entidad obligada a dar respuesta en el caso concreto es la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, por ser competente para otorgar los servicios médicos laborales al incidentista, conforme a lo prescrito en el decreto 1796 de del 2000, además, que la Dirección General de Sanidad Militar, solo cumple funciones administrativas.

Asevera que se realizó una debida notificación del auto de apertura del incidente de desacato efectuándose por medio de correo electrónico, dispuesto por las entidades incidentadas para tal fin, cumpliendo los criterios de agilidad y eficacia exigidos.

Refiere que se verifica en el decurso del incidente; el respeto de todas las garantías constitucionales y legales del posible sancionado, que al no existir pronunciamiento del Director de Sanidad del Ejército Nacional, no se puede constatar la materialización de las gestiones desplegadas en el presente trámite o la explicación de las razones que justifiquen su actuar remiso para acatar la orden dada, ratifica su conducta de sustracción para obedecer la decisión judicial que protege los derechos del incidentante; En consecuencia, procedió a la imposición de la sanción prevista en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta que la sanción por desacato debe ser objeto del grado jurisdiccional de Consulta, corresponde examinar a esta Sala de Decisión, si el Brigadier General John Arturo Sánchez Peña Director de Sanidad del Ejército Nacional, desobedeció el fallo de tutela del día 30 de septiembre de 2020 y, se haría en consecuencia acreedor a las sanciones previstas por la ley.

Ahora, tenemos que efectivamente el Juzgado Penal del Circuito de Cauca (Antioquia), en providencia del 30 de septiembre del año 2020, amparó los derechos fundamentales invocados por el señor Ubadel Villalobo Coneo, ordenando en el numeral 2º de la parte resolutive lo siguiente:

*“... ORDENAR a la DIRECCIÓN GENERAL SANIDAD MILITAR y DIRECCIÓN SANIDAD EJÉRCITO NACIONAL, de acuerdo con sus competencias, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, respondan de fondo la solicitud de copias elevada por UBADEL VILLALOBO CONEO, el 6 de agosto de 2020.”*

Encontramos que el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, estableció que “La persona que incumpliere una orden de un Juez proferida con base en el presente Decreto **incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales**, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y

sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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

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

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

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

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

*necesidad de solicitud de ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.<sup>1</sup> En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela. Al tener como finalidad establecer la legalidad del auto consultado, su estudio se debe limitar a esta providencia, y no más, siendo imposible que su estudio de legalidad recaiga sobre la providencia de tutela cuyo incumplimiento se alega<sup>2</sup>.<sup>3</sup>*

De acuerdo a lo anterior, lo que procedería en este caso sería confirmar la determinación del Juzgado de primera instancia, sin embargo, se observa que el trámite incidental adelantado adolece de una irregularidad que impide el pronunciamiento de fondo de la Sala, respecto de la sanción que hoy se consulta.

Ha considerado la Sala en previos incidentes de desacato conocidos en sede de consulta, que para poder sancionar como en este caso se hizo, al representante legal de cualquier entidad, se hace necesario que antes de dar apertura al respectivo incidente de desacato se debe REQUERIR, en calidad de superior de quien tiene la obligación de cumplir las órdenes judiciales proferidas en los fallos de tutela; posteriormente a esto, se ordenará la apertura del proceso contra éste en caso de no haber procedido conforme lo dispuesto, en todo caso, se deberán tomar las medidas tendientes al cumplimiento de la determinación.

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

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

*Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el*

---

<sup>1</sup> Ibídem.

<sup>2</sup> Sentencia T-421 de 2003.

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

*correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.*

Y si bien se puede observar que el señor Juez de instancia efectivamente dio apertura al trámite incidental en contra del Director de Sanidad del Ejército Nacional Brigadier General John Arturo Sánchez Peña y del Director General de Sanidad Militar Mayor General Javier Alonso Díaz Gómez, determinó imponer la respectiva sanción en contra del primero de los citados. Lo cierto es que descartó efectuar el requerimiento previo a la apertura del trámite incidental.

Por ello, la Sala decretará la nulidad de la decisión adoptada por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca (Antioquia), mediante la cual impuso sanción al Brigadier General John Arturo Sánchez Peña Director de Sanidad del Ejército Nacional, para que en su lugar se imprima el trámite incidental correspondiente, teniendo en cuenta las precisiones expuestas en precedencia.

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, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD** del trámite incidental de desacato que ahora se consulta, para que se surta de conformidad con las precisiones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

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

**CÓPIESE y CÚMPLASE**

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**  
Magistrado

**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**

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

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**  
**MAGISTRADO**  
**MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 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:

**83119bdc85575f131467c2e6634f7fef36fb565b6ec7032a2fd857017cf50db2**

Documento generado en 25/01/2021 02:26:44 PM

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

**Proceso No:** 05154310400120200020700 **NI:** 2020-1194-6  
**Accionante:** DANNA MILDRED RIVAS MEJÍA  
**Accionado:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y  
REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS  
**Decisión:** Revoca y declara hecho superado  
**Aprobado** Acta virtual 6 del 21 de enero del 2021 Sala 6

Magistrado Ponente

**Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

**VISTOS**

El Juzgado Penal del Circuito de Cauca (Antioquia), en providencia del 23 de noviembre del año 2020, declaró la procedencia del amparo Constitucional frente al derecho de petición invocado por la señora Danna Mildred Rivas Mejía, en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Inconforme con la determinación de primera instancia, el señor representante judicial de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, interpuso el recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

**LA DEMANDA**

Los hechos materia de esta acción constitucional fueron sintetizados por el Despacho de primera instancia de la siguiente manera:

*“Manifiesta la accionante no haber obtenido respuesta a la petición radicada el 17 de septiembre de 2020 ante la UARIV, en punto de informar sobre el estado actual del trámite de indemnización administrativa, teniendo en cuenta que ella y su núcleo familiar fueron incluidos en el UARIV.*

*Depreca de la Judicatura, proteger los derechos fundamentales referidos y, en consecuencia, se emita un pronunciamiento de fondo frente a lo peticionado.”*

### **TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO**

Admitida la acción de tutela el pasado 9 de noviembre del año 2020, se notificó a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, para que se pronunciara frente a los hechos denunciados en la solicitud de amparo.

Es así como la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, señaló que para el caso de la señora Danna Mildred Rivas Mejía, esa Unidad brindó respuesta de fondo por medio del radicado 202072029408351 del 11 de noviembre de 2020, en la que ha resuelto su pretensión, pues le informa cual es el procedimiento a seguir para acceder a la medida indemnizatoria, además del término legal para pronunciarse al respecto, disponiendo de 120 días hábiles para emitir pronunciamiento, que una vez transcurrido ese lapso, si la decisión es negativa se expide un acto administrativo el cual es susceptible de recurso, de ser positivo se comunicará a la accionante y se continuará con el trámite de asignación de turnos conforme al método técnico de priorización, para la entrega de las indemnizaciones acorde a la disponibilidad presupuestal.

Apunta que el orden de otorgamiento o pago de la indemnización estará sujeto al resultado del método técnico de priorización, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la resolución 01049 de 2019.

Finalmente solicitó se negaran las pretensiones invocadas por la accionante dado que esa unidad ha realizado dentro del marco de sus competencias todas las gestiones necesarias para cumplir los mandatos legales y constitucionales.

### **LA SENTENCIA IMPUGNADA**

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción Constitucional y el trámite impartido, luego de hacer referencia al derecho de petición, el señor juez *a-quo* analizó el caso concreto.

Apuntó que si bien es cierto que existe una solicitud radicada ante la entidad demandada el día 17 de septiembre de 2020, la misma fue resuelta de manera clara, de fondo y consecuente con lo solicitado el día 11 de noviembre de 2020, por medio de la cual la UARIV le informó a la accionante que el reconocimiento y pago de la medida de indemnización por vía administrativa, se efectuará conforme a lo contemplado en la resolución 01049 del 15 de marzo del 2019, es decir, dispondrá de un término de 120 días hábiles para resolver de fondo la solicitud, que en el caso concreto, aún se encuentran dentro del término concedido.

No obstante, no se efectuó una comunicación debida, pues solo se acreditó el envío de la respuesta a la dirección de correo electrónico [espaciovirtual2017@gmail.com](mailto:espaciovirtual2017@gmail.com), sin tenerse certeza de la recepción de la respuesta por la parte interesada, configurándose la vulneración al derecho fundamental de petición, por ende, ordenó a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, procediera con los actos de notificación efectivos de la respuesta radicada con el número 202072029408351 del 11 de noviembre de 2020 a la señora Danna Mildred Rivas Mejía.

## LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, el señor representante judicial de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en escrito calendado el día 25 de noviembre de 2020, impugnó la misma en los siguientes términos:

Apuntó que esa Unidad emitió respuesta dirigida a la accionante con radicado No. 202072029408351 del día 11 de noviembre del 2020, donde se le informa todo lo relacionado con el procedimiento para el reconocimiento de la indemnización administrativa, contemplado en la Resolución 01049 del 15 de marzo de 2019, información entregada en la dirección de notificación aportada por la actora en el escrito de tutela, es decir, [espaciovirtual2017@gmail.com](mailto:espaciovirtual2017@gmail.com).

Señala que conforme a la citada resolución *“por medio de la cual se adopta el procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa, se crea el método técnico de priorización, se derogan las Resoluciones 090 de 2015 y 01958, y se dictan otras disposiciones”*, se estableció el proceso para acceder a la indemnización y los términos que se deben seguir, lo que hace imposible para esa Unidad desconocer este proceso. Continúa precisando que en la respuesta a la petición se le informó a la accionante que esa entidad cuenta con un término de 120 días hábiles para brindarle una respuesta de fondo en la cual se indicará si tiene derecho o no a la entrega de la medida de indemnización administrativa.

Continúa indicando que no obstante lo anterior, se debe advertir que en la aludida respuesta se indicó a la accionante que el orden de otorgamiento o pago de la indemnización estará sujeto al resultado del método técnico de priorización, que es un proceso técnico que determina los criterios y lineamientos que debe adoptar esa Unidad para determinar la priorización del desembolso de la indemnización administrativa, con el propósito de establecer el orden más apropiado para otorgarla de acuerdo a la disponibilidad

presupuestal anual. En síntesis, que la atención en la ruta priorizada se encuentra establecida para amparar a las víctimas con mayor grado de vulnerabilidad.

Consecuente con ello, menciona que en el presente caso se ha presentado la carencia actual de objeto por hecho superado, por cuanto la entidad ha demostrado con las pruebas aportadas su diligencia en aras de proteger los derechos fundamentales de la accionante. Destaca que se demostró que esa unidad atendió y respondió de manera clara la solicitud incoada por la tutelante.

Finalmente, solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se denieguen las pretensiones de la señora Danna Mildred Rivas, por falta de vulneración de derechos fundamentales por parte de la entidad que representa.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Solicitud de amparo**

En el caso analizado solicitó la señora Danna Mildred Rivas Mejía, se ordene a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas le proporcione una respuesta de fondo, clara, precisa y congruente frente a la petición presentada el día 17 de septiembre de 2020, sobre el pedimento de la priorización y entrega de la indemnización administrativa.

### **2. Problema jurídico**

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en este caso efectivamente se vulnera el derecho de petición invocado por la señora Danna Mildred Rivas Mejía, por parte de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, o en su defecto se presenta la carencia actual de objeto por hecho superado tal como así lo plantea la entidad

demandada, al haber resuelto de fondo la solicitud presentada por la actora desde el pasado 11 de noviembre de 2020.

### **3. 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 petición<sup>1</sup>.

En el caso bajo estudio la señora Danna Mildred Rivas Mejía, protesta por cuanto elevó solicitud desde el pasado 17 de septiembre de 2020, ante la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, requiriendo la priorización en la entrega del pago de la indemnización administrativa, no obstante, a la fecha de interponer la presente acción constitucional no había recibido respuesta.

---

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

Fue así entonces como la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en réplica a lo peticionado por la demandante, manifestó que expidió el oficio Nro. 202072029408351 del 11 de noviembre de 2020, a través del cual le informan a la demandante que de conformidad con la resolución N° 01049 del 15 de marzo de 2019, la unidad cuenta con el término de 120 días hábiles para brindarle una respuesta de fondo a su petición, pregonando encontrarse dentro del término establecido; además que de no acreditarse alguna situación de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad, el orden de materialización de la indemnización estará sujeto a las resultas del método técnico de priorización.

Además, la entidad demandada con el propósito de dar a entender lo que ha denominado la resolución 01049 de 2019 como método técnico de priorización, señaló que es aquella herramienta que permite a esa Unidad analizar diversas características de las víctimas mediante la evaluación de variables demográficas, socioeconómicas, de caracterización del hecho victimizante y de avance en la ruta de reparación, con el propósito de generar un puntaje que permita establecer el orden más apropiado de entrega de la indemnización administrativa de acuerdo a la disponibilidad presupuestal.

Se tiene entonces que tal como así lo ha puesto en evidencia la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas en su impugnación, su motivo de disenso es conforme asevera haber realizado la notificación de la respuesta a la peticionaria en debida forma, esto es, remitiendo la respuesta al correo electrónico designado por la tutelante como dirección para las notificaciones tanto en el derecho de petición como en el escrito de tutela.

Conforme a lo anterior, se vislumbra que la respuesta al derecho de petición objeto del presente trámite constitucional, fue puesto en conocimiento de la señora Danna Mildred Rivas, por medio de la dirección de correo electrónico establecida para efectuar las notificaciones, tanto en el derecho de petición como en el escrito de tutela, tal como lo manifiesta la entidad demandada.

Así las cosas, este despacho de oficio procedió a comunicarse con la señora Danna Mildred Rivas Mejía, por medio del abonado celular 321 700 06 55, donde se le indagó acerca de la procedencia de las direcciones de los correos electrónicos establecidos en el escrito de tutela y en el derecho de petición, es decir, [espaciovirtual2017@gmail.com](mailto:espaciovirtual2017@gmail.com), [dafagoher63@hotmail.com](mailto:dafagoher63@hotmail.com), manifestando no tener acceso a esos correos; seguidamente, reveló una nueva dirección de correo electrónico [daisa1526@hotmail.com](mailto:daisa1526@hotmail.com).

Conforme a lo esgrimido en precedencia, esta Magistratura procedió al envío de la respuesta emitida por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, radicado con el número 202072029408351 del día 11 de noviembre 2020, a la dirección de correo electrónico reseñada por la señora Danna Mildred Rivas Mejía, es decir, [daisa1526@hotmail.com](mailto:daisa1526@hotmail.com). Confirmando la prenombrada la recepción del trámite aludido.

De acuerdo a lo anterior entonces, considera la Sala que en el presente caso, contrario a lo planteado por el Despacho de instancia en su providencia, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, resolvió de forma clara, precisa y de fondo la solicitud extendida por la accionante el día 17 de septiembre de 2020, esto es, por medio de oficio número 202072029408351 del día 11 de noviembre 2020, efectuándose una eficaz notificación de la respuesta a la accionante; porque si bien, la dirección de correo electrónico establecida por la accionante en su escrito de tutela y en el derecho de petición resultó errónea, imposibilitando la debida notificación, esta Magistratura procedió a remitir la respuesta a la dirección de correo electrónico suministrada por la señora Danna Mildred Rivas en sede de segunda instancia, trámite frente al cual confirmó su recepción la demandante, por tanto, nos encontramos frente a un hecho superado.

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<sup>(78)</sup>.”**

*“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”<sup>(79)</sup>.”*

*“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991<sup>(80)</sup>, 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<sup>(81)</sup>.”*

*“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<sup>(82)</sup>, el suministro de los servicios en salud requeridos<sup>(83)</sup>, o dado trámite a las solicitudes formuladas<sup>(84)</sup>, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”*

En ese orden de ideas entonces, no le queda otra alternativa a esta Sala que revocar el fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca (Antioquia) el pasado 23 de noviembre del 2020 y, en

su lugar, declarar su improcedencia por carencia actual de objeto por hecho superado.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Revocar el fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca (Antioquia) el pasado 23 de noviembre del año 2020, y en su lugar se declara improcedente el amparo del derecho fundamental de petición invocado por la señora Danna Mildred Rivas Mejía, en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 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 por parte la secretaría de esta Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**  
Magistrado

**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**

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

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**  
**MAGISTRADO**  
**MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 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:  
**8d34880d5e49fe874ce9a169ca4026eb783c0125627c713dd2f4ff4dd6ed0eb5**

Documento generado en 22/01/2021 04:51:22 PM

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

---

**Medellín, veintiséis (26) de enero de dos mil veinte (2020)**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta Nro. 003

**PROCESO** : 2021-0006-1 (050002204000202100006)  
**ASUNTO** : ACCIÓN DE TUTELA  
**ACCIONANTE** : ROBINSON ACEVEDO BUSTAMANTE  
**ACCIONADO** : JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y  
MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL  
SANTUARIO Y CPMS PUERTO TRIUNFO  
**PROVIDENCIA** : SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

---

**ASUNTO**

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por ROBINSON ACEVEDO BUSTAMANTE en contra del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario-Antioquia, por la presunta vulneración del derecho fundamental de petición.

Al trámite constitucional se vinculó AL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MÁXIMA SEGURIDAD DE PUERTO TRIUNFO.

**LA DEMANDA**

Manifiesta el señor ROBINSON ACEVEDO BUSTAMANTE que el 21

de octubre de 2020 envió por correo electrónico una solicitud dirigida al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario-Antioquia, concerniente a la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria a que hace referencia el Art. 38 G del C.P., la cual envió nuevamente dos días después a través de la oficina jurídica del Establecimiento Penitenciario de Máxima Seguridad de Puerto Triunfo, pero pasaron meses sin que le diera respuesta, por cuanto procedió a interponer acción de Habeas Corpus, pero el Juez Promiscuo de Puerto Triunfo se la negó, argumentando que la entidad accionada estaba congestionada y tenía en turno la petición para resolver, de la cual, a la fecha, sigue sin recibir respuesta.

Por lo anterior, solicita se ampare su derecho fundamental de petición, ordenándose al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario dar una respuesta de concreta y de fondo a su solicitud.

### **LAS RESPUESTAS**

1.- El Establecimiento Penitenciario de Máxima Seguridad de Puerto Triunfo, respondió la acción de tutela indicando que el señor ROBINSON ACEVEDO BUSTAMANTE ingresó a ese establecimiento el 07 de septiembre de 2019, para el cumplimiento de la pena de 17 años y 6 meses de prisión, la cual fuera impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Envigado, tras haberlo hallado penalmente responsable de las conductas punibles de Hurto Calificado y Agravado y Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, municiones, partes o accesorios.

Señala que por dicha investigación el accionante fue privado de la libertad desde el 26 de junio de 2012, tiempo bastante considerable, por el que ya ha realizado dos solicitudes de sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria, esta última solicitada de manera escrita por el interno y remitida al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario mediante oficio No. 535-CPMSPTR-AJUR-5461 en fecha del 29 de octubre de 2020, siendo acusada de recibido por el acusado el mismo día.

Por último, expone que el accionante ha interpuesto de manera arbitraria la acción de tutela, toda vez que pretende lograr la libertad por este medio, sin agotar los mecanismos legales para tal efecto, como lo es la solicitud de la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria, la cual, en caso de ser negada, puede ser impugnada.

Por consiguiente, solicita se exonere al CPMS PUERTO TRIUNFO de cualquier tipo de responsabilidad, toda vez que cumplieron con la remisión de la petición elevada por la parte actora ante el Juez de Ejecución de Penas.

2.- El Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario-Antioquia, contestó aduciendo que el día 24 de enero de 2013, el señor ROBINSON ACEVEDO BUSTAMANTE fue condenado por el Juzgado Único Penal del Circuito de Envigado, a la pena principal de 210 meses de prisión, al hallarlo responsable de los punibles de Hurto Calificado y Agravado y Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, municiones, partes o accesorios. Sanción que actualmente descuenta en el CPMS de Puerto Triunfo-Antioquia.

Que, el día 13 de enero de 2021, mediante auto interlocutorio No.

0100 se resolvió conceder la prisión domiciliaria de que trata el Art. 38 G del C.P., toda vez que el accionante ROBINSON ACEVEDO BUSTAMANTE satisfacía los requisitos de Ley para su concesión, previo pago de caución prendaria por valor de 02 S.M.L.M.V. o su equivalente en póliza judicial y la firma del acta de compromisos de que trata el Art. 38 B ejusdem.

Coronario lo anterior, concluyó que esa judicatura no ha conculcado ningún derecho fundamental de la parte actora.

### **LA PRUEBA**

1.- El CPMS de Puerto Triunfo, allegó como única prueba el oficio No. 535-CPMSPTR-AJUR-5461, del 29 de octubre de 2019, mediante el cual, da traslado al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, sobre la solicitud de prisión domiciliaria impetrada por el señor ACEVEDO BUSTAMANTE.

2.- El Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario-Antioquia, anexó como prueba a la respuesta de la acción de tutela, i) copia del auto proferido el 13 de enero de 2021, mediante el cual le concede a ROBINSON ACEVEDO BUSTAMANTE, la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria, conforme al Art. 38 G del C.P., ii) exhorto del 14 de enero de los corrientes, dirigido al CPMS PUERTO TRIUNFO, para que notifique la providencia citada a la parte interesada, iii) y constancias de envío de la notificación al establecimiento penitenciario.

## **CONSIDERACIONES**

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales. En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Frente a la mora judicial, ya la H. Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>, hizo un análisis jurisprudencial respecto del pronunciamiento emitido por el máximo órgano Constitucional, en donde se estableció que:

Otro tanto ha manifestado la Corte Constitucional sobre el asunto en comento, puesto que, entre otros pronunciamientos, ha precisado que *“respecto de la mora judicial, tal como la ha entendido esta Corte, viola el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia cuando la dilación en el trámite de una actuación es originada no en la complejidad del asunto o en la existencia de problemas estructurales de exceso de carga laboral de los funcionarios, si no en la falta de diligencia y en la omisión sistemática de sus deberes por parte de los mismos. Por lo anterior, la Sala procederá a estudiar cuál ha sido la posición de la Corte al respecto.*

*“6.- En sentencia T-1154 de 2004, la Corte indicó que de los postulados constitucionales se sigue **el deber de todas las***

---

<sup>1</sup> Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. No Exp. T. No. 11001 02 03 000 2011 01853 -00 del 20 de septiembre de 2011.

**autoridades públicas de adelantar actuaciones y resolver de manera diligente y oportuna los asuntos sometidos a ella.** En ese sentido, la dilación injustificada y la inobservancia de los términos judiciales pueden conllevar la vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En este caso, la Sala señaló, que si el ciudadano no cuenta con un medio de defensa eficaz a su alcance, y está frente a la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable, la acción de tutela es procedente para proteger sus derechos fundamentales. Finalizó argumentando que ‘De lo anterior se infiere que a fin de que proceda la acción de tutela, es indispensable que determinada dilación o mora judicial sean injustificadas, pues el mero incumplimiento de los términos dentro de un proceso, no constituye per se una violación al debido proceso [Ver sentencia T-604 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz], salvo que el peticionario se encuentre ante un perjuicio irremediable. Así entonces, la mora judicial sólo se justifica si la autoridad correspondiente, a pesar de actuar con diligencia y celeridad, se encuentra ante situaciones ‘imprevisibles e ineludibles’, tal como, el exceso de trabajo, que no le permitan cumplir con los términos señalados por la ley. De lo expuesto se concluye que constituye una violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, aquella denegación o inobservancia de los términos procesales que se presenten sin causa que las justifiquen o razón que las fundamenten’.

“De igual manera, en sentencia T-258 de 2004, la Corte señaló que prima facie, dada la subsidiariedad que caracteriza a la acción de tutela, no puede el Juez constitucional inmiscuirse en el trámite de un proceso adoptando decisiones o modificando las ya existentes en el curso del mismo. Lo anterior vulneraría, de conformidad con el fallo, los principios de autonomía e independencia de las funciones consagradas en los artículos 228 y 230 superiores. No obstante lo anterior, indicó la providencia que es procedente la solicitud de amparo cuando la demora en la resolución del caso no tiene justificación, el peticionario no cuenta con otro medio de defensa eficaz y, además, el mismo está ante la inminencia de un perjuicio

*irremediable. Concluyó entonces la Sala que la acción de tutela no procede automáticamente ante el incumplimiento de los plazos legales por parte de los funcionarios, sino que debe acreditarse también que tal demora es consecuencia directa de la falta de diligencia de la autoridad pública.*

*“En sentencia T-1226 de 2001, se reiteró que la mora judicial en hipótesis como la excesiva carga de trabajo está justificada y, en consecuencia, no configura denegación del derecho al acceso a la administración de justicia. De conformidad con esta decisión, al analizar la procedibilidad de la acción de tutela por mora judicial, el juez constitucional debe determinar las circunstancias que afectan al funcionario o despacho que tiene a su cargo el trámite del proceso. [...]”*  
(Sentencia T-357 de 10 de mayo de 2007, subrayado fuera del texto).

En el presente caso, la accionante considera que se le viene vulnerando su derecho fundamental de petición, por cuanto el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario no le ha brindado respuesta a la solicitud elevada a través de correo electrónico los días 21 y 23 de octubre de 2020 a través de la oficina jurídica del CPMS de Puerto Triunfo, referente a la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria de que trata el Art. 38 G del C.P.

Al respecto, el Establecimiento Penitenciario de Máxima Seguridad de Puerto Triunfo, señaló que recibió por parte del accionante ACEVEDO BUSTAMANTE una solicitud de prisión domiciliaria dirigida al JEPMS de El Santuario-Antioquia, la cual se procedió a enviar a ese Despacho Judicial mediante Oficio No535-CPMSPTR-AJUR-5461, del 29 de octubre de 2019.

Por su parte, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de

Seguridad de El Santuario, señaló que mediante auto del 13 de enero de los corrientes resolvió favorablemente la solicitud impetrada por ACEVEDO BUSTAMANTE, al encontrar colmados los requisitos objetivos de Ley, para la concesión de la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria.

Situación que se encuentra ampliamente demostrada por parte de ese Despacho Judicial, quien no sólo aportó copia de la providencia emitida a favor del accionante, sino también las constancias de notificación dirigidas al Establecimiento Penitenciario de Máxima Seguridad de Puerto Triunfo.

En conclusión, si bien se observó una situación que evidentemente vulneraba el derecho fundamental de petición del accionante, al haberse superado con suficiencia el plazo para resolver la solicitud de sustitución de prisión carcelaria por la domiciliaria, la misma ya fue superada al haberse comprobado que el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario ya dio respuesta de fondo a la petición elevada por la accionante mediante providencia del 13 de enero del año que discurre, por lo que a ésta Sala no le queda más que declarar la improcedencia de la acción de tutela por encontrarse frente a un hecho superado.

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

actual de objeto.

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

Así las cosas, al observar la Sala que el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario resolvió la solicitud de sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria, conforme lo establece el Art. 38 G del C.P., no le queda más remedio que declarar que se está ante un hecho superado, y en tal sentido, negar la pretensión de éste por carencia de objeto actual.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: NEGAR** por improcedentes las pretensiones de tutela formuladas por el señor ROBINSON ACEVEDO BUSTAMANTE, por encontrarnos frente a **un hecho superado**.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

**Magistrado**

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA**

**Magistrada**

**JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ**

**Magistrado**

**Firmado Por:**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

**MAGISTRADO**

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

**NANCY AVILA DE MIRANDA**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

**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:

**95d610228a94b2e0de80742fcb19c584e19fe80ed638d603abce573644109c14**

Documento generado en 26/01/2021 12:19:35 PM

# TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

---

Medellín, enero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, acta No. 03

PROCESO : 2021- 0042-1  
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA  
ACCIONANTE : PEDRO PABLO MORALES MORALES  
AFECTADO : JOSÉ ISIDRO MORALES MORALES  
ACCIONADO : JDO 2° PENAL CTO DE RIONEGRO  
PROVIDENCIA : RECHAZA DEMANDA

---

## ASUNTO

Llega a la Sala la acción de tutela interpuesta por el señor PEDRO PABLO MORALES MORALES, en contra del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, con el objeto de que sean respetados los derechos fundamentales que le asisten a su hermano JOSÉ ISIDRO MORALES MORALES, quien se encuentra privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario de Girón Santander, por cuenta de sentencia condenatoria impuesta por ese Despacho Judicial, pero a la fecha, no ha enviado la carpeta al Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Bucaramanga, para que resuelvan solicitud de libertad por vencimiento de términos, pese haber realizado dicha petición desde

el 09 de octubre de 2020.

Conforme a lo anterior, se requirió a la parte actora para que en el término de tres días justificara por qué motivo el señor JOSÉ ISIDRO no interpuso la acción de tutela directamente o por qué razón el apoderado judicial designado dentro de la causa penal objeto de litigio, no actuó en su representación, a lo cual respondió desde la cuenta de correo electrónico personal [andres.res12@hotmail.com](mailto:andres.res12@hotmail.com), con la presentación de un nuevo escrito de tutela en archivo Word, en nombre de JOSÉ ISIDRO MORALES MORALES, aduciendo que su apoderado judicial falleció como consecuencia del virus COVID-19, pero al finalizar no se plasma su firma ni huella, no pudiendo demostrar la real procedencia de la acción de amparo.

### **CONSIDERACIONES**

Sería del caso que la Sala entrara a resolver lo pertinente frente a la presente acción de tutela, si no fuera porque la persona que la invocó no se encuentra legitimada para ello.

Como bien se conoce, la acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario, confiado al juez, que se encuentra al alcance de toda persona, ya sea natural o jurídica y que está destinado a la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando éstos sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular y siempre que no exista otro mecanismo de defensa judicial o se esté ante un perjuicio irremediable, evento último en el cual procede la tutela como mecanismo transitorio.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, se caracteriza por la subsidiariedad y la inmediatez. El primero por cuanto tan sólo resulta procedente instaurarla cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que lo pretendido sea evitar un perjuicio irremediable (art. 86, inc. 3, C.P.). En cuanto al segundo, toda vez que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

Dicha acción se contrae a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales que están siendo afectados de modo actual e inminente, y conduce a la expedición de una decisión judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

Según lo dispone el artículo 86 de nuestra Constitución, la tutela puede ser instaurada por cualquier persona que considere vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales, independientemente de si es ciudadano o no. De manera que pueden interponerla los nacionales, los extranjeros, **los que se encuentran privados de su libertad**, los indígenas e inclusive los menores de edad. No hay diferenciación por aspectos tales como raza, sexo o condición social, lo que indica que todo ser humano que se halle en territorio colombiano puede ejercer la acción, o, en el evento en que no se encuentre allí, cuando la autoridad o particular con cuya acción u omisión se vulnera el derecho fundamental se halle en Colombia.

Respecto a la legitimidad e interés para interponerla, hay que decir que la acción puede interponerse directamente por la persona afectada o por quien actúe en su nombre.

En efecto, la persona que considere se le ha vulnerado o amenazado un derecho fundamental y desee instaurar una acción de tutela no requiere ser abogado, ni tener conocimientos jurídicos, ni mucho menos saber escribir, es decir, la Constitución y la ley no exigen calidad alguna para el sujeto activo de la acción. Inclusive, no es requisito esencial presentarla por escrito, la ley consagra la posibilidad de que la misma se pueda incoar verbalmente en casos de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad.

El carácter informal de la acción posibilita al sujeto, ante su falta de preparación, para que acuda a la firma a ruego, a imprimir su huella dactilar, a acudir a la agencia oficiosa, o simplemente a concurrir ante el juez y manifestar verbalmente las circunstancias de hecho que motivaron la violación o amenaza de sus derechos y el señalamiento de los mismos. Lo importante es que exponga la situación al funcionario judicial, que lo ponga en alerta sobre la afectación de la cual está siendo objeto para que éste, a su vez, esclarezca los hechos y adopte una decisión de mérito.

Ahora bien, cuando la persona no ejerce directamente la acción, puede ser representada por otro, bien en ejercicio de representación legal (por ejemplo su representante legal tratándose de una persona jurídica o por los padres en virtud de la Patria Potestad) o en desarrollo de una agencia oficiosa, cuando el titular de los mismos

no está en condiciones de promover su propia defensa, caso en el cual es menester que esa circunstancia se manifieste en la solicitud, o acudir a los estrados a través de un abogado titulado.

Así el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que se pueden agenciar derechos ajenos *“cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”*

Respecto a los requisitos exigidos para que proceda la agencia oficiosa, la H. Corte Constitucional ha establecido que<sup>1</sup>:

**Tercera. Requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para que proceda la agencia oficiosa.**

El inciso 2° del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, señala que se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, situación que *“deberá manifestarse en la solicitud”* respectiva.

En esos términos, la Corte ha señalado que, en principio, los elementos de tal agencia en materia de tutela son: i) la necesidad de que el agente oficioso indique que está actuando como tal, y ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condición de actuar por sí mismo.

Así, el juez está en la obligación de respetar la autonomía personal de quien ha de acudir en defensa de sus propios derechos; no puede ser automático

---

<sup>1</sup> Sentencia T-248 de 2010.

que alguien actúe a nombre del que puede valerse por sí mismo, pues podría suscitarse un desplazamiento abusivo de alguien que no esté de acuerdo con la presentación de la demanda, así presuntamente sea de su interés.

Así se ha manifestado esta corporación<sup>2</sup>:

*“... la exigencia de la legitimidad por activa no es un capricho del legislador, por el contrario, obedece al mismo reconocimiento dado por el constituyente primario a la dignidad, la cual según jurisprudencia de esta corporación, se logra con el pleno ejercicio de la libertad individual, y se define en la posibilidad de elegir el propio destino<sup>3</sup>. No obstante, las buenas intenciones de terceros, quien decide la puesta en marcha de los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona idónea para hacerlo.”*

Es decir, para que proceda la agencia oficiosa ha de expresarse que se actúa en tal gestión y que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, sea por circunstancias físicas, como una enfermedad incapacitante, o por razones síquicas, o ante un estado de indefensión. En todo caso, cuando tal circunstancia ocurra, deberá

---

<sup>2</sup> T-608 de septiembre 1° de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En similar sentido T-551 de julio 13 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>3</sup> Sentencia T-881 de 17 de octubre de 2002, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett: “la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”.

acreditarse en la respectiva solicitud.

En sentencia T-573 de junio 4 de 2008 (M. P Humberto Antonio Sierra Porto), se recordó:

*“... la Corte ha flexibilizado su posición en torno a la necesidad de manifestar expresamente que se actúa como agente oficial (sic) y de enunciar las razones por las cuales el titular del derecho no puede ejercer la acción por sí mismo y, ha dispuesto que en aquellos casos en los que por razones físicas, mentales y síquicas, éste no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho así como, el de actuar como agente oficioso, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro.*

*Así en sentencia T-1012 de 1999, la Corte aclaró: ‘(...) son dos los requisitos exigidos para la prosperidad de la agencia oficiosa: la manifestación de que se actúa como agente oficioso de otra persona y, la imposibilidad de ésta de promover directamente la acción constitucional. ¿Pero que sucede si en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso que afecta sus derechos, circunstancia ésta que se encuentra debidamente acreditada en el caso sub examine, pero, del contenido mismo de la demanda de tutela, se concluye que se actúa en nombre de otro?’*

*En este orden de ideas, le corresponde al juez constitucional valorar las circunstancias del caso y determinar si es procedente o no la acción de tutela cuando no es el titular del derecho quien la ejerce sino un tercero determinado o indeterminado en su nombre, más aún cuando se trata de personas enfermas de la tercera edad.<sup>4</sup> En esos casos, la realidad debe primar sobre las formas<sup>5</sup> y, el juez de tutela*

---

<sup>4</sup> “Corte Constitucional. Sentencias T- 095 de 2005 y T- 843 de 2005.”

<sup>5</sup> “Corte Constitucional. Sentencia T-299 de 2007.”

*debe propender por garantizar los derechos de ese grupo poblacional que se encuentra en una ‘debilidad manifiesta’, pues tal como lo ha expresado esta Corte, la figura de la agencia oficiosa ‘es suficientemente comprehensiva y guarda relación con hechos de cualquier naturaleza o con situaciones que imposibilitan la comparecencia directa del interesado’; razón por la que, ‘no puede elaborarse de antemano una lista de circunstancias justificantes de la forma en que se ha llegado a los estrados. Empero, en el marco normativo encajan todas las eventualidades que limitan a quien se considera afectado para acudir ante el juez’.*”

*En conclusión a lo expresado, corresponde al juez de tutela analizar y determinar si una persona está legitimada para que mediante la acción de tutela actúe en agencia de derechos de un tercero. Dicho análisis debe hacerse siempre atendiendo las situaciones particulares del caso e identificando fehacientemente la imposibilidad del agenciado para interponer la acción, y sin desconocer derechos personales.*

En el presente caso, el señor PEDRO PABLO MORALES MORALES, sin manifestar las razones por las cuales actúe en nombre de su hermano JOSÉ ISIDRO, pretende que se le tutele a este el derecho fundamental de petición, ordenando al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro enviar la carpeta del proceso desarrollado en contra del afectado, al centro de servicios administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, para que le resuelvan solicitud de libertad condicional, toda vez que desde el 09 de octubre de 2020 radicó dicha solicitud y no ha recibido respuesta alguna.

Se le requirió por parte de la Sala para que explicara las razones por las cuales su hermano no podía presentar la demanda por él mismo

o por intermedio del apoderado judicial que lo representó en la causa penal, en donde además radicó la solicitud de envío del expediente a los 09 días del mes de octubre del año anterior, pero sin dar respuesta alguna envió a través del correo electrónico [andres.res12@hotmail.com](mailto:andres.res12@hotmail.com), un nuevo escrito de tutela en archivo Word, interpuesto aparentemente por el afectado JOSÉ ISIDRO MORALES MORALES, en donde expone que su apoderado judicial falleció a raíz del virus COVID-19, volviendo a reiterar los hechos y razones que motivan la acción de amparo, pero al finalizar el documento únicamente se consigna su nombre sin número de cedula, firma, ni huella, no pudiéndose acreditar la autenticidad del documento, esto es, que fuera presentado por la persona que dice ser y no por el señor PEDRO PABLO MORALES MORALES.

De otro lado, para la Sala es claro que las personas privadas de la libertad, cuentan con la posibilidad de interponer las demandas de tutelas por ellos mismos, contando con la prestación del servicio de la Oficina Jurídica del Establecimiento Penitenciario quien tiene el deber de remitir las demandas de tutelas presentadas por ese grupo poblacional a la judicatura para que las mismas sean tramitadas.

Así, no existiendo claridad sobre la imposibilidad que pueda tener el señor JOSÉ ISIDRO MORALES MORALES, para interponer la demanda por sí solo, pues el señor PEDRO PABLO guardó silencio al requerimiento del Despacho, limitándose a reenviar un nuevo escrito tutela donde se afirma que es presentado en causa propia por JOSÉ ISIDRO, pero sin plasmar número de cédula de ciudadanía, firma y huella del interesado, a la Corporación, no le queda más remedio que rechazar la presente demanda.

Es que la Corte Constitucional en sentencia T-899 de agosto 23 de 2001 señaló:

“... la exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.”

Como ya lo ha dicho esta Sala en otras oportunidades, si la persona es capaz para interponer la acción de tutela, no es aceptable que otra persona lo haga, al punto que ni siquiera sus padres se encuentran habilitados para ello, pues no se estaría reflejando la autonomía de la voluntad y el interés que tiene en hacer valer sus derechos.

Sobre este aspecto, la Corte en sentencia T-294 de 2000 dijo:

“... Los padres en relación con sus hijos mayores de edad, al no tener la representación de éstos, sólo podrán interponer acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de aquéllos, cuando el hijo se encuentre en la imposibilidad de interponer ésta directamente. En estos casos, el padre actuará como un agente oficioso y no como su representante...”

“... En esta materia, el juez ha de ser absolutamente estricto, pues ampliar la posibilidad de representación de los padres a los hijos mayores de edad, puede convertirse en la negación de su personalidad, de su libre albedrío, etc. Por medio de este amplificador de legitimidad, por llamarlo de alguna manera, basado en el lazo familiar o en el amor filial, podría llegar el padre a obtener por parte del juez de tutela órdenes contrarias a los derechos del hijo, y, específicamente su voluntad, desconociendo,

*principalmente, su autonomía. Por tanto, el exigir que el interesado sea quien directamente reclame por sus derechos no puede considerarse como un mero formalismo, pues lo que está en juego, en estos casos, es la libertad de cada sujeto para autodeterminarse y disponer de sus derechos.*

*"... Es claro, entonces, que los únicos eventos en que el padre de un mayor de edad puede ejercer la defensa directa de los derechos fundamentales de éste, es cuando el hijo, mayor de edad, se encuentre en imposibilidad ejercer directamente su defensa, hecho que tendrá que ponerse en conocimiento del juez al momento de instaurarse la acción de tutela, o en el trámite de la misma. Se acepta que el padre puede actuar como agente oficioso de su hijo mayor de edad, más no como su representante." (Se subraya)*

Así, en numerosas oportunidades la Corte Constitucional ha examinado la legitimidad del agente oficioso y ha señalado que sólo se admite en la forma y en los eventos previstos en la ley, o si se prueba la anuencia posterior del afectado. Entre muchas otras providencias se pueden citar las sentencias T-503 de 1998; T-498 de 1994; SU-707 de 1996; T-1749 de 2000; T-315 de 2000; T-787 de 2001; T-1012 de 2001.

En este caso, no se precisó el por qué el afectado no instauró la tutela en nombre propio, ni tampoco cuenta la Corporación con el consentimiento de ciudadano JOSÉ ISIDRO MORALES MORALES para adelantar el trámite, por lo que se reitera, lo que se impone es el rechazo de la petición de amparo.

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

**RESUELVE:**

**RECHAZAR** la acción de tutela que a favor de JOSÉ ISIDRO MORALES MORALES, interpusiera el señor PEDRO PABLO MORALES MORALES. Si la providencia no es impugnada se remitirá lo actuado ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme con su jurisprudencia evidenciada en varias decisiones como en la T-313/2018.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**  
Magistrado

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA**  
Magistrada

**JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ**  
Magistrado

**Firmado Por:**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

**MAGISTRADO**

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

**NANCY AVILA DE MIRANDA**

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

**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:

**0b23b590b39e4b172d7a54ec8bfd9d4151359896abb3c71778  
7e8b7fce49b64b**

Documento generado en 26/01/2021 12:19:23 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA  
SALA DE DECISIÓN PENAL

<b>RAD.CUI</b>	05-440-61-00119-2017-80135
<b>RAD. INTERNO</b>	2018-0741-3
<b>DELITO</b>	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
<b>ACUSADO</b>	<b>JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO</b>
<b>ASUNTO</b>	SENTENCIA ABSOLUTORIA
<b>DECISIÓN</b>	CONFIRMA
<b>LECTURA</b>	<b>ENERO 26 DE 2021, 10:00 HRS</b>

**Medellín, trece (13) de enero de dos mil veintiuno (2021)**  
**(Aprobado mediante Acta No. 004 de la fecha)**

**I. ASUNTO:**

Resolver la impugnación propuesta por la delegada de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida el 13 de abril de 2018, mediante la cual, el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia, absolvió al señor **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**II. FUNDAMENTOS DE LA ACUSACIÓN:**

Según la Fiscalía, el 21 de agosto de 2017 a eso de las 19 y 15 horas, en el municipio de Marinilla, Antioquia, en el establecimiento público “*El Machetico de mi barrio*”, el señor **JUAN CARLOS DUQUE**

**GIRALDO**, tenía un arma de fuego dentro del baño público, del que, momentos antes, lo vieron salir.

### III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

El 22 de agosto de 2017, ante el Juzgado segundo Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Marinilla, la fiscalía formuló imputación al señor **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, sin que aceptara ese cargo.

El 12 de octubre de 2017, se radicó escrito de acusación. La formulación oral se realizó el 6 de diciembre de 2017, por idéntico cargo imputado, y la audiencia preparatoria se hizo el 12 de enero de 2018.

El juicio oral se tramitó en sesiones de 24 de enero y 6 de junio de 2018; culminó con sentido de fallo absolutorio. El 13 de abril de 2018, se profirió sentencia verbalmente; transcrito, con posterioridad, por el secretario del despacho, según el registro audio visual de la fecha.

### IV. SENTENCIA APELADA:

En primera instancia, se absolvió al señor **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, al no demostrarse, más allá de toda duda, la existencia del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, razón por la que aplicó el principio universal de *In Dubio Pro Reo*.

Del testimonio de los agentes de policía Luis Carlos Sepúlveda Sepúlveda, Luisa María Rodríguez Córdoba y Carlos Hernán Gómez, concluye que no lograron concretar que **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, era quien portaba el arma de fuego.

Estableció que acudieron al establecimiento público “*El machetico de mi barrio*”, por llamada telefónica, en busca de una persona con gorra negra y saco gris, que se encontraba armado. Capturaron al mencionado sujeto porque coincidían las prendas de vestir, y tras el señalamiento de la señora Rosa Elvira Castaño Zuluaga, quien negó en juicio, haberlo hecho, pues no lo vio portando el arma de fuego.

Destaca que Rosa Elvira Castaño Zuluaga, administradora del establecimiento, adujo que, en esa oportunidad, había muchas personas en el lugar, y que el baño es público, razón por la que desconoce cuántas personas lo utilizaron. Vio a **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, arrojar “*algo*” al baño, pero desconoce que pudo ser, apuntando a una colilla de cigarrillo o papel. No vio a nadie armado ese día.

En cuanto a las declaraciones de descargo, señala que fueron enfáticos en afirmar que no vieron armado al acusado, y que había mucha gente en el lugar, como lo relatan, igualmente, los uniformados.

Concluyó que nadie vio armado **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**; tampoco vieron el arma dentro del baño, a excepción del agente Sepúlveda Sepúlveda.

Aunque estima que puede ser cierto que, en ese momento, Rosa Elvira hubiera señalado al acusado, no saben el por qué, ni la razón

de ello, y ninguno de los policiales logró precisar los términos; pudo ser por el hecho de portar brazalete.

En su concepto, a pesar de que existe libertad probatoria, faltaron pruebas como, por ejemplo, un video del procedimiento o una prueba técnica de dactiloscopia, pues, con lo allegado al debate es imposible inferir la comisión y responsabilidad penal del comportamiento punible. Echó de menos algún vínculo entre lo ocurrido y el autor o participe; por ende, surge duda en el caso.

Acepta la hipótesis alternativa de la defensa, pues no se exige que sea diferente a la de la fiscalía, o que sea incuestionable, pero sí, que sea concluyente y sólida, como aconteció, para que impere la duda.

## V. IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la sentencia absolutoria, solicita condena por el delito objeto de acusación, conforme a la prueba testimonial, de la cual, considera, se desprende la ocurrencia del comportamiento punible y la responsabilidad penal del acusado.

Esgrime que hay conocimiento más allá de toda duda, conforme con los artículos 7, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004, sin que sea atendible el argumento dirigido a pruebas faltantes que certificara que **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, era quien portaba el arma de fuego, pues de acuerdo al artículo 373 *ibidem*, existe libertad probatoria para probar los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso.

Sostiene que, erradamente, el Juez de primera instancia concluyó que había dos indicios mínimos; cuando emergen indicios graves, a

partir de las declaraciones de los agentes de policía Luis Carlos Sepúlveda Sepúlveda, Luisa María Rodríguez Córdoba y Carlos Hernán Gómez; y de lo dicho por la señora Rosa Elvira Castaño Zuluaga.

Afirma que es posible inferir que **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, una vez se percata de la presencia de la policía, ingresa al baño, lo que da a entender como *“...afán de evadir la requisa de los agentes y deshacerse del arma que portaba”*. Se infiere no solo de su actitud, también del testimonio de Rosa Elvira Castaño Zuluaga, *“...que refiere que éste al entrar arrojó algo en el baño”*.

Destaca que cuando el acusado sale del baño, pretende evadir el procedimiento policial dirigiéndose a la calle; por lo tanto, de no tener ningún compromiso con el arma de fuego, por qué su actitud de abandonar el lugar, cuando se anunciaba la requisa.

Reprocha que haya desconocido lo referido por los agentes de policía, *“... en cuanto a que la propia testigo Rosa Elvira, les hizo señas cuando Juan Carlos salió del baño señalando el propio retrete, para después en entrevista a afirmar (sic) que éste había arrojado algo en el baño lo que ratificó bajo juramento.”*

En su concepto, no existe duda que uno de los policiales entró al baño porque así lo señaló Rosa Elvira, indicando cuál era la persona que portaba el arma, hecho que confirma que lo dicho fue con apego a la verdad, pues es imposible que sea inventado por los tres policiales.

Critica que no se haya valorado, en forma detallada, lo referido por Rosa Elvira Castaño Zuluaga, pues solo hace énfasis en el fallo en su negativa inicial de señalar al acusado; pero después de refrescar

memoria con declaración anterior, lo ratificó. Tampoco analizó el “...*comportamiento dubitativo de la testigo en juicio...*” quien dejó ver temor al declarar en contra de **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala es competente para desatar la alzada propuesta por la fiscalía, en virtud del numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, limitada a su objeto y los aspectos inescindiblemente vinculados.

El problema jurídico es de carácter probatorio, ya que dice relación a establecer si la primera instancia se equivocó al absolver al señor **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, por cuanto existirían evidencias que acreditan todos los elementos del delito por el que se le acusó, y su responsabilidad, por lo que debería revocarse esa decisión, y condenarlo.

Con el propósito de evidenciar si fue acertada la conclusión probatoria declarada por el juzgador en primera instancia, fue necesario escuchar lo acontecido al interior del debate oral y público.

La labor de valoración probatoria, no debe ser un ejercicio de contraste mecánico sino eminentemente racional y crítico, para evitar conclusiones aparentemente correctas, pero realmente erradas.

De conformidad con el artículo 365 del Código Penal, y los hechos jurídicamente relevantes por los que se convocó a juicio al acusado, era imprescindible que la Fiscalía demostrara, dentro de un primer eslabón, presupuesto de los demás: (i) que aquél había conjugado el

verbo rector portar; es decir, que el arma de fuego y silenciador hallados en el piso del baño del establecimiento público “*el machetico de mi barrio*” estaban en poder del señor **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**; (ii) la idoneidad de ese artefacto para producir disparos y (iii) que dicho sujeto no contaba con autorización legal para su porte.

En el presente caso, los dos últimos requisitos fueron debidamente demostrados, y no se controvierten, pues el arma hallada por los miembros de la policía; era idónea para disparar. También, se acreditó, por estipulación debidamente incorporada, que el implicado no tenía algún permiso para el efecto.

Por lo tanto, el aspecto neurálgico es si el señor **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO** tenía algún nexo con esos elementos ilegales; en otras palabras, si es posible achacársele la conducta concreta por la que se le acusó; es decir, portarlos.

Lo primero que debe destacarse es que le asiste razón al apelante, en cuanto al equivoco de la primera instancia al exigir prueba directa que certificara que **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, era quien portaba el arma de fuego, pues tal planteamiento desatiende el principio de libertad probatoria, contenido en el artículo 373 de la ley 906 de 2004.

En efecto, no se puede exigir una sola forma demostrativa para demostrar los hechos y circunstancias que interesan al proceso; por lo que, inclusive, como de manera abstracta lo enarbola la Fiscalía, podría ser solamente con base en prueba indiciaria, en la medida que su valoración conjunta (artículo 380 *ídem*) permitan obtener el conocimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la

existencia de la conducta punible y la responsabilidad penal del procesado.

Para tratar de demostrarlo, la Fiscalía enfatiza, en el afán del acusado por evadir la requisita de los agentes de policía ese 21 de agosto de 2017, al salir del baño de “*El machetico de mi barrio*”, lo cual sería suficiente para inferir que se quería deshacer del arma de fuego, tipo revólver, con silenciador; además, que la testigo Rosa Elvira Castaño Zuluaga, vio cuando arrojó algo hacia el baño – *aunque en el juicio, nunca se especificó qué era-*, lo cual bastaría para deducir la responsabilidad penal de **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO** y proferir una sentencia condenatoria.

Como quiera que la propuesta de la parte apelante se cifra en la prueba indiciaria, lo primero que debe afrontar la Sala es el examen, a partir de otros medios probatorios, como los testimoniales, los hechos debidamente demostrados, como condición esencial para predicar la existencia de indicadores.

Con ese objetivo, luego de examinar críticamente las declaraciones de los patrulleros Luis Carlos Sepúlveda Sepúlveda, Luisa María Rodríguez Córdoba y Carlos Hernán Gómez, se aprehenden consistentes y convergentes en cuanto a lo percibido, por lo que sobre lo sustancial generan credibilidad.

Asoma apenas natural y lógico que la percepción de los policiales este condicionada por la actividad concreta que desarrollaban cuando fijaron su atención en la persona que consideraron sospechosa, y que se ajustaba, a su juicio, a las características dadas por la central de radio; es decir que quien vestía buso gris y gorra negra, portaba un

arma de fuego, en el del establecimiento “*El machetico de mi barrio*”, aunque vieron 15 o más personas.

Según el patrullero Carlos Sepúlveda Sepúlveda, quien ingresó primero fue Carlos Hernán Gómez, el cual **avisó** que se iba a hacer una requisa; **en ese momento, vio un sujeto** con las características transmitidas **saliendo del baño**, y procedieron a registrarlo. Él ingresó al baño y halló en la entrada, botado en el piso y a la vista, un arma de fuego y un silenciador, cerca del sanitario. Al salir, un compañero dio cuenta que el requisado tenía un brazalete electrónico, y tras las señas de la dueña del establecimiento, capturaron a **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**.

En idéntica dirección refiere la patrullera Luisa María Rodríguez Córdoba, quien prestó la seguridad a Carlos Hernán Gómez, mientras practicaba la requisa. Afirma que, al llegar, lo primero que vio fue salir al señor **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO** apresuradamente del baño, momento en el que la dueña del negocio hace señas con la mano, como si se tratara de la persona que portaba el revólver. No vio el arma, pero Sepúlveda la encontró en el baño.

Carlos Hernán Gómez, de manera similar, narró que, al llegar al negocio, lo primero que vio fue a **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO** saliendo del baño. Tas ser señalado por la dueña del establecimiento, y por coincidir su vestimenta con el reporte de la central; lo requisó, y su compañero encontró un revólver en el baño, por lo que lo capturaron.

Coincidieron en que había 15 personas o más en el establecimiento, y que no se fijaron si había alguien más con prendas similares a las de dicha persona, en quien se concentraron, sin registrar a nadie más.

Queda claro, de un lado, que no sabían qué ciudadano había efectuado la llamada para poner en conocimiento que una persona portaba un arma de fuego, y, de otro lado, que no hablaron con la señora Rosa Elvira Castaño Zuluaga, dueña del establecimiento, para establecerlo. Tampoco percibieron de manera directa que **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO** era el portador del arma de fuego, y ni siquiera nadie se los indicó de manera clara y contundente.

Aunque refirieron que la precitada mujer les hizo unas señas -lo cual era percepción directa-, no quedó claro en qué consistieron, para entender si sabía del arma o algo relacionado con el acusado, y aunque eso les generó sospecha; ante la posibilidad del equivoco de su entendimiento, lo adecuado era que la señora Rosa Elvira Castaño Zuluaga, lo aclarara en juicio.

En todo caso, Carlos Sepúlveda Sepúlveda, le escuchó decir a la pluri-mencionada dama que vio a **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO** despojarse de algo en el baño; no especificó qué, ni él le preguntó de qué se trataba; por lo que, nuevamente, sería ella quien estaría en condición, eventualmente, de precisarlo.

De allí que el principal medio probatorio, desde la perspectiva de la Fiscalía, sería la declaración de Rosa Elvira Castaño Zuluaga, el cual, para someterlo a los parámetros establecidos en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, se percibió tranquila, natural, congruente con lo que estaba en condiciones de observar; es decir, pendiente de atender a un grupo de familiares y allegados, y algunos clientes del negocio;

dio cuenta de lo que percibió con respecto a los movimientos del señor **JUAN CARLOS DUQUE GIRADO**, su reacción al llegar la Policía, y al hallazgo de un arma en el baño.

No se evidenció de su narración; del lenguaje corporal, o, en general, de la forma de declarar, que estuviese nerviosa, ante algún temor o amenaza, como el que supone el apelante. Además, conocía hacía 32 años a **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, pues la familia de aquél residía cerca de la cafetería; la cual visitaba con frecuencia, pues compraba algunas comidas y lo veía charlar con la gente, sin que se detectara alguna circunstancia que alterara su imparcialidad, ni se demostró por otros medios.

Con explicación de su asección, por ser un día feriado a eso de 7 o 7 y 15 de la noche, había varias personas conocidas en el negocio que administraba. El señor **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, llegó al lugar 5 o 10 minutos antes que arribara la policía, y estaba hablando con varios de sus familiares.

No supo el motivo de la presencia de los uniformados, se imaginó que una requisita de rutina, pues no le consta que alguien hubiera llamado a reportar a un sospechoso portando un arma de fuego, y ella no vio a nadie armado.

En el momento que los gendarmes anunciaron la requisita **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO** entró al baño, y cuando estaban entregando la cédula de ciudadanía, lo vio salir de allí como hablando por celular, dirigiéndose a la calle, por lo que lo detuvieron para registrarlo, y se dan cuenta que tenía el brazaletes de detención domiciliaria; aclara que ella sabía de ese mecanismo electrónico.

Dio cuenta que el baño era abierto al público, sin llave y sin control alguno de entrada, y que no se fijó cuántas personas habían ingresado.

Aunque la Fiscalía interrogó incisivamente sobre las aludidas señas que percibieron los policías, negó, tajantemente, que hubiera señalado al acusado, porque ni vio qué hizo en el baño; ni le vio algún arma; al contrario, creía que lo habían detenido en razón a que no estaba cumpliendo la detención domiciliaria.

Ante lo que la Fiscalía estimó como una variación o retractación, el titular de la acción penal utilizó una declaración anterior de la mencionada señora, pero, en ese propósito, soslayó la técnica para tal efecto, pues, se omitió sentar las bases para establecer que había rendido esa entrevista anterior y su reconocimiento, dado que, en estricto sentido, no habían razones para refrescar memoria, como lo entendió el titular de la acusación, ya que la declarante no dijo que hubiera olvidado algún aspecto específico de lo interrogado; situación que no fue controlada por el juez *a quo*, pese a los requerimientos de la defensa para que se ajustara a las pautas establecidas para ello.

En todo caso, en la versión original, a la cual dio lectura de unas líneas la fiscalía; no la testigo, como debió ser, se había plasmado que observó cuando **JUAN CARLOS** se fue para el baño, arrojó algo, y salió hacia la puerta; no obstante, explicó en juicio, que no logró ver lo que arrojó, supone que fue un papel o una colilla de cigarrillo, pues al entrar cerró la puerta.

No se profundizó sobre el particular para determinar qué visibilidad tenía hacia ese sitio, y hasta dónde podía observar que había arrojado

algo; si se sintió ruido o no, o qué situaciones no le hubieran permitido escucharlo. Cómo lo vio, en el momento se encontraban en la entrega de sus identificaciones para la requisita, o por qué infirió que tiró algo en el baño pese a que él cerró la puerta al ingresar.

Pese a las deficiencias en el uso de la entrevista, de tenersele como testimonio adjunto, se debería justipreciar tanto lo dicho en el juicio como las aseveraciones anteriores, y sometido al tamiz de los criterios de valoración de la persuasión racional, identificar si debe asignar, mayor, o menor valor suasorio, a una u otra expresión.

En pocas palabras, el funcionario con un análisis crítico debería dilucidar en cuál de ellas se ha dicho la verdad, a partir de las razones que pudieron existir para la modificación de la versión, confrontando esas aseveraciones con el resto del conjunto probatorio sometido a los principios de inmediación, publicidad y contradicción (ver SP377 de 21 de febrero de 2018, rad. 48959 y SP6019 de 3 de mayo de 2017, rad. 30716).

Lo que se detectó fue que, en últimas, evocó lo sucedido, pero con una percepción diferente, manteniéndose en lo sustancial, encaminada a que nunca vio portar un arma de fuego a **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, ni que lo hubiera señalado de ello o por alguna otra razón; por ende, lo visto por los policías pudo ser una falsa impresión o simplemente que al ser sabedora del brazalete electrónico le causó algún efecto de nervios o tratando de alertar sobre ese particular, y nada más, o al menos no se pudo determinar nada concluyente para lo que interesa.

En las condiciones detalladas, no podría extraerse, con contundencia, que con la mencionada declarante se hubiera probado que el acusado

hubiera ido expresamente al baño a botar algo, y si se da por sentado que sí arrojó alguna cosa, no se podría saber qué era. Por tanto, lo único debidamente demostrado es que el acusado estuvo en el baño, antes del hallazgo del arma.

Incluso, emergió una contradicción, sobre el momento en que dicho sujeto fue al baño, pues mientras ella sostuvo que lo hizo cuando llegó la Policía; estos dijeron que cuando llegaron él iba saliendo, lo cual tendría más adherencia, por el menor riesgo de yerro, dado que fueron varios funcionarios los que lo percibieron.

Lo probado fue I) se halló un arma de fuego y silenciador en el baño, cerca a la puerta y al sanitario; II) poco antes había estado allí el acusado; arrojó algo e iba saliendo cuando llegó la Policía III) se le notó nervioso y trató de salir del establecimiento ante la presencia de la Policía; IV) tenía prendas coincidentes con la que les habían transmitido de la central, sin tenerse claro quién las había reportado; V) tenía un brazalete electrónico porque gozaba de prisión o detención domiciliaria; VI) en el lugar habían más de 15 personas; VII) no se requisó a nadie más ni se verificó si alguna otra persona tenía prendas similares a la del acusado; VIII) el baño era público de libre acceso y sin control y no se sabe cuántas personas habían ingresado antes que el acusado.

Si bien es cierto de los dos primeros hechos demostrados, podría inferirse un nexo entre uno y otro, para predicar que quien la arrojó fue procesado, y, en esas condiciones, que era quien la portaba, dicho indicio sería contingente, y aunque podría catalogarse de grave, en el entorno concreto, emergen algunos conraindicios, a partir de lo probado.

Ciertamente, con los dos últimos, afloraría que cualquiera de las personas (más o menos 15) tenían la oportunidad de dejarla allí; pues tenían libre acceso al baño y sin ningún control; por lo que no se supo quiénes o cuántas personas habían ingresado antes que él; no obstante, la relación temporal, entre el ingreso del acusado y el hallazgo daría más fuerza a que hubiera sido él. Además, podría pensarse que de no haber sido él, no le hubiese llamado la atención ese artefacto o no lo hubiese visto; pues aunque el policía que encontró el arma dijo que estaba a la vista no se detalló si había buena iluminación, ni cómo era ese espacio, para pensar que ineludiblemente lo hubiese visto, mucho más si no demoró, y la persona que atendía lo vio “*como hablando por teléfono*”; circunstancias que explicarían que estuviese entretenido y no se hubiese fijado o simplemente no lo hubiera visto.

No se podría afirmar que el implicado reaccionó cuando llegó la policía para deshacerse de algo, porque, como los uniformados al unísono informaron, él iba saliendo del baño cuando arribaron; diferente es que, ante su presencia, hubiese corrido al baño y hubiera arrojado algo, porque el vínculo sería más estrecho.

De otro lado, se desconoce la fuente y la confiabilidad de la información en cuanto a la persona que presuntamente llevaba el arma, pero lo cierto es que a los uniformados les refirieron parte de la ropa que llevaba la persona que portaba el arma, y coincidía con la que llevaba el acusado, pero no se descartó que hubiese alguna otra persona vestida con alguna similitud; ni se registró a nadie más.

De la actitud nerviosa y el afán de salir del lugar, al percatarse de la presencia de la policía, así como pudo obedecer a la relación con el arma también se explicaría por su situación de privado de la libertad

en el domicilio y que, obviamente, estaba infringiendo las obligaciones que se derivan de esa condición, lo cual lo podría poner en una situación con consecuencias adversas en cuanto a la forma de restricción de la libertad; motivo que sería suficiente para que estuviera nervioso y quisiera salir rápidamente sin ser descubierto.

Por lo razonado hasta ahora, el ejercicio valorativo del juzgado de primera instancia se sujetó a los parámetros de la sana crítica, pues en verdad, solamente subsistiría un indicio grave de responsabilidad -oportunidad- y, a lo sumo, uno leve derivado de la actitud del implicado, que tendría otro fuerte motivo para estar nervioso, y aunque sean convergentes, no serían suficientes para pregonar convicción, más allá de toda duda, en cuanto que **JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO**, fuese el autor de la conducta punible de porte de arma de fuego.

En esas condiciones, aunque es probable que el acusado fuese la persona que momentos tenía el arma consigo, no se alcanzó el estándar de conocimiento demandado para nutrir sentencia condenatoria; es decir, la convicción más allá de toda duda.

Insístase, la duda objetiva que emerge no puede disolverse, como lo determinó la primera instancia, por lo que **habrá de confirmarse la sentencia irrogada**, pues se considera razonable y atinada, sin que los planteamientos del apelante alcancen a socavarla.

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	05-440-61-00119-2017-80135
RAD. INTERNO	2018-0741-3
DELITO	PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO
ACUSADO	JUAN CARLOS DUQUE GIRALDO
ASUNTO	SENTENCIA ABSOLUTORIA
DECISIÓN	CONFIRMA

## RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen, por las razones dadas en precedencia.

**SEGUNDO: 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.

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

## CÓPIESE, 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: **9aa382ccaddbb79a59686ead957cabfa2c35976a6e5b7e2453113f3edfeb0614**  
Documento generado en 22/01/2021 01:44:45 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA  
SALA DE DECISIÓN PENAL

<b>RADICADO CUI</b>	05-001-60-00718-2012-00360
<b>RADICADO INTERNO</b>	2019-0824-3
<b>DELITO</b>	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS
<b>ACUSADOS</b>	<b>OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA</b> <b>Y JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL</b>
<b>ASUNTO</b>	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
<b>DECISIÓN</b>	<b>CONFIRMA</b>
<b>LECTURA</b>	<b>ENERO 26 DE 2021, 9:30 HRS</b>

Medellín (Antioquia), doce (12) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado mediante Acta No. 002 de la fecha

## I. OBJETO DE DECISIÓN

Resolver la apelación interpuesta por el representante judicial del municipio de Sonsón, Antioquia, como víctima promotora del incidente, y el apoderado de **JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL**, en contra de la decisión del 25 de junio de 2019, mediante la cual, el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón, Antioquia, dentro de trámite incidental de reparación, condenó a **OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA** y a **JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL**, al pago solidario de \$ 229.050.979, en favor del municipio de Sonsón, frente a la desvinculación a la aseguradora “*Solidaria de Colombia*” al pago de dicha obligación, por prescripción.

RAD. CUI	05-001-60-00718-2012-00360
RAD. INTERNO	2019-0824-3
DELITO	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
ACUSADOS	<b>OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA</b> <b>JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL</b>
ASUNTO	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

## II. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Luego de ejecutoriada la sentencia, proferida el 30 de noviembre de 2017, con la cual se condenó al señor **OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA**, como autor de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales; y al señor **JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL**, responsable penalmente del delito de Peculado Culposo (folio 1 y s.s.), se allegó solicitud de apertura de incidente de reparación, presentada por el apoderado judicial del municipio de Sonsón, Antioquia<sup>1</sup>, reconocido como víctima en el proceso penal previamente surtido.

El 21 de marzo de 2018, se llevó a cabo la primera audiencia dentro del trámite; en la cual, luego del reconocimiento de los apoderados, se elevó como pretensión, contra los declarados penalmente responsables, el pago en efectivo de \$172.449.064; o, en su defecto, un bien mueble o inmueble que fuera avaluado por el municipio. Sin embargo, la audiencia fue suspendida para citar, como tercero civilmente responsable, al señor Luís Alberto Rincón y a la Aseguradora Solidaria de Colombia; el primero, a petición de la parte promotora; el segundo por solicitud del apoderado del señor **JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL**, con base en que el municipio era el beneficiario de una póliza de seguro, que, se dijo, amparó el proceso de contratación, del cual derivaron la comisión de las conductas punibles que propiciaron el incidente.

Cabe destacar que durante el desarrollo de la audiencia se abrió un espacio para efectuar conciliación, la cual fracasó. El 7 de mayo de

---

<sup>1</sup> Según constancia del 13 de febrero de 2018, vista a fl. 62 del C.O

RAD. CUI	05-001-60-00718-2012-00360
RAD. INTERNO	2019-0824-3
DELITO	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
ACUSADOS	OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL
ASUNTO	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

2018 se reanudó y se vinculó formalmente al trámite a los citados; no obstante, la apoderada del señor Luís Alberto Rincón, solicitó que se suspendiera nuevamente la audiencia, a efectos de considerar una eventual conciliación. Así mismo, el despacho le solicitó al demandante que allegara su pretensión económica indexada.

El 10 de julio de 2018 se prosiguió; y como quiera que no existió ánimo conciliatorio entre las partes, el demandante indexó su pretensión en \$229.050.979, y presentó las pruebas documentales que la sustentaban; luego se le corrió traslado a las demás partes para las alegaciones que estimaran pertinentes. Después, se expusieron algunas consideraciones por parte del despacho, y más adelante, la primera instancia resolvió emitir una decisión por escrito.

El 21 de agosto de 2018, en audiencia, se profirió la decisión resolviendo las pretensiones, y dado que suscitó inconformidad, conoció esta Sala en segunda instancia, resolviendo el 28 de febrero de 2019, declarar la nulidad de aquél proveído, dado que no se resolvieron todos los asuntos planteados por las partes.

Para dar cumplimiento con lo dispuesto, el Juzgado de primer grado, el 25 de junio de 2019, emitió la determinación correspondiente.

### **III. DECISIÓN IMPUGNADA**

Para lo que interesa, frente a la entidad “*Aseguradora Solidaria de Colombia*”, se esbozó que de la póliza de seguro surgen obligaciones para el beneficiario o asegurado -municipio de Sonsón-, que, en el

RAD. CUI	05-001-60-00718-2012-00360
RAD. INTERNO	2019-0824-3
DELITO	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
ACUSADOS	OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL
ASUNTO	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

caso, siendo derivadas de un contrato estatal, era necesario “...proferir el acto administrativo declarando el incumplimiento del contrato, es decir la ocurrencia del siniestro, plenamente conocido y establecido por la administración de Sonsón, que es el medio idóneo de protección y garantía para salvaguardar los recursos públicos, como lo regla el artículo 99 de la ley 1437 de 2011, numerales 3 y 4...”

Estimó que el beneficiario tuvo conocimiento de la irregularidad del contrato en abril de 2012, sin declarar el incumplimiento del contrato; es decir, el siniestro, en el periodo de 2 años -conforme con el artículo 1081 del Código del Comercio-, y no requería que estuviera vigente el contrato.

Adujo que Julián David Gómez Escudero, funcionario del municipio notició del incumplimiento, y a partir de ahí inició el término prescriptivo indicado, sin que la administración municipal hubiera puesto en conocimiento de la aseguradora el siniestro o el incumplimiento del contrato por lo que “...operó el fenómeno de la prescripción, ordinaria y extraordinaria, a favor de la ASEGURADORA SOLIDARIA S.A. DE COLOMBIA, como lo solicitó su representante al momento de ser convocado a la audiencia de reparación integral, sin que se haya presentado demostración cierta que este fenómeno extintivo haya sido interrumpido ...”

Así mismo, decidió negar la pretensión frente al señor Luis Alberto Rincón, argumentando que, si bien él era el tomador del seguro que amparó el proceso de contratación, a partir del cual se cometieron las conductas contra la administración pública; por un lado, aquella póliza de seguro no garantizaba las acciones y omisiones de los funcionarios públicos sino “el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas mediante la ejecución del contrato de

RAD. CUI	05-001-60-00718-2012-00360
RAD. INTERNO	2019-0824-3
DELITO	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
ACUSADOS	<b>OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA</b> <b>JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL</b>
ASUNTO	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

*suministro 001 de 2011*<sup>2</sup>; en esa medida, dado que el objeto del contrato fue cumplido, según lo certificó **OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA**, se afirmó que no existía razón para obligar al tercero a resarcir los perjuicios causados.

En definitiva, declaró que la responsabilidad sobre los perjuicios derivados de la comisión del delito recaía exclusivamente en los hallados penalmente responsables; es decir, en los señores **JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL** y **OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA**, al causar un perjuicio al municipio de Sonsón. Por lo tanto, les impuso pagar en favor de dicho ente; de forma solidaria, la suma de \$ 229.050.979; en un término de 6 meses, contados a partir de la ejecutoria de la decisión.

#### IV.IMPUGNACIÓN

El representante de víctimas, y la defensa de **JESÚS ANTONIO GIRALDO** declarados penalmente responsables, interpusieron recurso de apelación.

El representante del municipio, como víctima y demandante, en primer lugar, aduce que la ley 1474 de 2011, siendo de julio de 2011, no se podría aplicar a este caso, dado que el contrato se celebró en enero de ese mismo año.

Interpreta que no se debe tomar como inicio del lapso de prescripción la ocurrencia del siniestro, para el caso, la situación de incumplimiento del contrato sino de la acreditación del siniestro, por ser dos figuras

---

<sup>2</sup> Cita tomada de la pág. 10 de la sentencia; fl.126 de C.O

RAD. CUI	05-001-60-00718-2012-00360
RAD. INTERNO	2019-0824-3
DELITO	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
ACUSADOS	<b>OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA</b> <b>JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL</b>
ASUNTO	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

diferentes. Para el caso, se tuvo conocimiento del incumplimiento del contrato de suministro, con la sentencia condenatoria penal de los servidores públicos; pues allí se declaró el incumplimiento del contrato y la indebida utilización del anticipo; es decir, dos de los riesgos amparados con la póliza.

Además, la prescripción alegada, debió esgrimirse como excepción previa, por lo que debió ser propuesta por la entidad, al momento de su vinculación, no en sus alegatos desarrollados en audiencia del 10 de julio de 2018.

Por lo tanto, solicita revocar la decisión por la cual se desvinculó a la aseguradora, y debería pagar solidariamente el daño, pues era el objeto asegurado.

El defensor del señor **JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL**, reprochó la desvinculación de la entidad aseguradora, bajo los mismos argumentos de aquella parte; principalmente, en cuanto a que la prescripción no es un derecho que solo se adquiere con el tiempo, sino debió ser esbozado al momento de la vinculación al incidente de reparación integral, como excepción previa.

## V. NO RECURRENTES

El representante de la entidad “*Aseguradora Solidaria de Colombia*”, solicitó confirmar la decisión en segunda instancia. En primer lugar, porque así no estuviera vigente la ley 1474 de 2011, se debía tener en cuenta la ley 80 de 1993 que regulaba la contratación estatal para ese

<b>RAD. CUI</b>	05-001-60-00718-2012-00360
<b>RAD. INTERNO</b>	2019-0824-3
<b>DELITO</b>	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
<b>ACUSADOS</b>	<b>OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA</b> <b>JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL</b>
<b>ASUNTO</b>	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
<b>DECISIÓN</b>	<b>CONFIRMA</b>

momento, con la obligación para los entes estatales de declarar el incumplimiento de los contratos.

Aun sin dicho presupuesto, la administración tuvo conocimiento del siniestro, entendido como el hecho que da origen a la reclamación; es decir, el incumplimiento del contrato o de la malversación del anticipo. Califica de sesgada la hermenéutica del incidentante del artículo 1081 del Código del Comercio, pues se debe armonizar con el 1077 de la misma obra, que se debe demostrar el siniestro para obtener el pago del seguro.

Por lo tanto, el término de 2 años corría desde cuando se tuvo conocimiento del siniestro, en abril de 2012, y dado que la vigencia del amparo era específica y el máximo era en junio de 2011, por lo que se había excedido el término de dos años, indicando que debía confirmarse la declaratoria de la prescripción del contrato de seguro.

De otro lado, de considerarse que no ha prescrito, el proceso penal ordinario que precedió al trámite incidental se ocupó exclusivamente de definir la responsabilidad penal de los funcionarios procesados, y aquella circunstancia no estaba amparada por la póliza – se requería una que cubriera la actividad de los servidores públicos-, la cual sólo amparaba el incumplimiento del contrato estatal celebrado, y la destinación indebida del anticipo.

De otro lado, se demostró que el afianzado no incumplió el contrato y los funcionarios no eran los asegurados, y fueron quienes incurrieron en delitos.

RAD. CUI	05-001-60-00718-2012-00360
RAD. INTERNO	2019-0824-3
DELITO	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
ACUSADOS	OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL
ASUNTO	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

## VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dado que no se discute la competencia de la Sala, corresponde ocuparse de la apelación promovida, conforme a los límites competenciales que impone; es decir, que se circunscribirá solamente a lo relacionado con las temáticas propias del llamado en garantía, pues ni se rebatió la responsabilidad civil de los condenados penalmente ni el monto objeto de condena

Como se ha considerado la naturaleza del incidente de reparación integral es netamente civil, fundada en el delito como fuente de obligaciones. En ese sentido, lo ha razonado la Sala de Casación Penal, en sentencia del 29 de mayo de 2013, radicado 40.160 y Auto del 9 de octubre de 2013, radicado 41.236.

En tal virtud, aunque el incidente de reparación integral se regula en su forma básica en la Ley 906 de 2004, en caso de ser insuficiente, se debe recurrir, por integración, según lo dispuesto en el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal, al Código General del Proceso<sup>3</sup>, dado que para el momento en que se venía tramitando el incidente, ya había entrado a regir esa normativa -desde el 1º de enero de 2016-, conforme al acuerdo PSAA15-10392 del 1º de octubre de 2015.

Delimitando el alcance de la figura, la doctrina constitucional (C 059 de 2010) especificó:

*“i) El incidente constituye una primera oportunidad judicial como posición jurídica definitiva para hacer efectivo el derecho a la reparación integral de la víctima que,*

---

<sup>3</sup> Sentencia del 13 de abril de 2011, radicado 34.145

<b>RAD. CUI</b>	05-001-60-00718-2012-00360
<b>RAD. INTERNO</b>	2019-0824-3
<b>DELITO</b>	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
<b>ACUSADOS</b>	<b>OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA</b> <b>JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL</b>
<b>ASUNTO</b>	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
<b>DECISIÓN</b>	<b>CONFIRMA</b>

*prima facie, contempla la Constitución. Derecho de acceder a la justicia a fin de alcanzar dicho propósito y hacerlo efectivo, como acción de reparación integral, que es también acción civil, al final del proceso penal, una vez declarado un sujeto penalmente responsable (arts 229 y 250, num 6º y 7º, art. 102 CPP)”*

Por supuesto, el ejercicio del incidente es potestativo, por lo que nada impediría que quien se crea víctima de delito, acuda paralelamente a otras acciones en procura de sus derechos patrimoniales, derivados del delito (acción civil extracontractual) o simplemente los contractuales a que tenga derecho, como lo sería el caso de la exigencia de las obligaciones derivadas del contrato de seguro, por lo que, de entrada, se avizora que no es imprescindible la declaratoria de responsabilidad penal, para dichos efectos, y en caso de estimarse necesario para evitar decisiones contradictorias, ante otras jurisdicciones podría promoverse la prejudicialidad mientras se resuelve la acción penal (artículo 161, Código general del Proceso).

Fijado ese necesario entorno, los problemas jurídicos planteados solamente dicen relación a la responsabilidad que le podría corresponder al llamado en garantía, en virtud del contrato de seguro.

Los tópicos son de estricto derecho, dirigidos a determinar I) ¿la aseguradora planteó, oportunamente, la excepción de prescripción del contrato de seguro?; ii) para la comprensión de la ocurrencia del término prescriptivo extintivo de la obligación, se iniciaba ¿desde el presunto incumplimiento del contrato; o desde cuando se declaró la responsabilidad penal de los actualmente condenados al pago de perjuicios? O ¿desde cuándo? y, por último, de entender que no había prescrito la obligación iii) ¿la póliza de cumplimiento y de buen manejo de anticipo, cubría los actos delictivos de personas que fungían en

<b>RAD. CUI</b>	05-001-60-00718-2012-00360
<b>RAD. INTERNO</b>	2019-0824-3
<b>DELITO</b>	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
<b>ACUSADOS</b>	<b>OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA</b> <b>JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL</b>
<b>ASUNTO</b>	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
<b>DECISIÓN</b>	<b>CONFIRMA</b>

representación de la persona jurídica, eventual beneficiaria del seguro?

Para dar respuesta al primer interrogante, debe indicarse a los recurrentes, que, si bien es cierto, como se apuntó, al presente trámite, dada su naturaleza, se le aplican las normas del Código General del Proceso, no puede aspirarse al desconocimiento de los mínimos regulados en la Ley 906 de 2004; puesto que responden, en todo caso, a la idea de que es un apéndice del proceso penal.

En esas condiciones, no podría aspirarse que el llamado en garantía contestara a la pretensión, proponiendo las excepciones previas o perentorias que considerara pertinentes, en los términos y condiciones dispuestos por los artículos 368 y siguientes del Código general del Proceso, pues el procedimiento verbal sería el aplicable a la controversia.

En consecuencia, la oportunidad para hacerlo sería en las audiencias dispuestas en los artículos 103 y siguientes de la Ley 906 de 2004, y, en todo caso, a la primera a la que se le convoque, para garantizarle el debido proceso y el derecho de defensa, como se desprende de la sentencia C 409 de 2009.

En el presente caso, en la primera audiencia y ante el fracaso de la conciliación, se solicitó la citación de la aseguradora, tanto a instancias del apoderado de la víctima como promotor del incidente, como por petición de los defensores de los condenados penalmente. En tal virtud, compareció el llamado en garantía a la audiencia del 10 de julio de 2018, y allí planteó la prescripción extintiva de la obligación surgida

RAD. CUI	05-001-60-00718-2012-00360
RAD. INTERNO	2019-0824-3
DELITO	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
ACUSADOS	OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL
ASUNTO	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

del contrato de seguro y que no era exigible su pago, por cuanto el riesgo asegurado no se extendía a asegurar los servidores públicos.

De dicha manifestación, el Juez corrió traslado a las demás partes del incidente.

En esas condiciones, el llamado en garantía manifestó sus excepciones en la primera oportunidad que participó, por lo que no estaba obligado a lo imposible, manifestando su oposición, de manera diferente, a lo posibilitado en el *sui generis*, y expedito, trámite incidental. En conclusión, fue oportuna la excepción propuesta, pues, en todo caso, se garantizó la contradicción y defensa, del incidentante y de los condenados penalmente, pues tuvieron ocasión de conocer y discutir esos planteamientos.

En definitiva, hizo bien la primera instancia al pronunciarse sobre las excepciones debidamente formuladas, cumpliendo lo mandado en el artículo 282 del C. G. del P., pues no se podría entender renunciada la prescripción extintiva, en los términos de lo dispuesto en el inciso segundo de dicha norma.

Para resolver el siguiente problema jurídico, no se podría acoger la propuesta de los apelantes en el sentido que la prescripción debería contabilizarse desde la declaratoria de la responsabilidad penal, pues los condenados no eran ni afianzados, ni asegurados, ni mucho menos beneficiarios, por lo que resultaba irrelevante para los efectos del contrato de seguro que cubría incumplimiento o indebida inversión del anticipo.

Entre otras cosas, porque el cumplimiento del contrato o su incumplimiento no era de la esencia de la responsabilidad penal

<b>RAD. CUI</b>	05-001-60-00718-2012-00360
<b>RAD. INTERNO</b>	2019-0824-3
<b>DELITO</b>	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
<b>ACUSADOS</b>	<b>OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA</b> <b>JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL</b>
<b>ASUNTO</b>	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
<b>DECISIÓN</b>	<b>CONFIRMA</b>

predicada, por lo que, aun habiéndose cumplido el contrato, según estimó la primera instancia, con base en lo aportado por el señor Luís Alberto Rincón, no desnaturalizaría que los sentenciados permitieran, culposamente, la pérdida de recursos públicos y realizaron el contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, que, como se ha decantado, tiene lugar en fases diferentes a la de ejecución del contrato; que es donde se podría evaluar su cumplimiento o incumplimiento (véase, entre otras que se citan allí, la sentencia del 23 de enero de 2019, radicado SP029 de 2019, 52.326).

De otro lado, sería posible que las personas vinculadas al proceso penal resulten absueltas por variedad de causas, al margen del incumplimiento del contrato, por lo que no sería condición de las acciones que se deriven de esta circunstancia, la declaratoria de responsabilidad penal.

En tal virtud, las irregularidades que darían pie, hipotéticamente, a la responsabilidad de la aseguradora, no estaban condicionadas a la acreditación en el proceso penal, como lo esgrimen los impugnantes.

En tal virtud, fue acertado el razonamiento de la primera instancia, prohibiendo la postura de la aseguradora.

En primer lugar, es cierto que la vigencia máxima de cubrimiento de los riesgos asegurados era hasta 25 junio de 2011 (folio 105, póliza de seguro 530-47-994000005330), pero ese sería apenas un punto de partida, para la reclamación del asegurado o beneficiario.

Al tratarse del municipio de Sonsón, surgían plurales aspectos de relevante observancia.

RAD. CUI	05-001-60-00718-2012-00360
RAD. INTERNO	2019-0824-3
DELITO	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
ACUSADOS	OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL
ASUNTO	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

En primer lugar, que, de conformidad con el artículo 18 la Ley 80 de 1993, ante la eventualidad de incumplimiento del contrato, era necesario de la declaratoria de caducidad del contrato, por parte del Municipio mediante un acto administrativo, disponiendo la liquidación unilateral del contrato, y, entre otros efectos en su inciso final dispone: *“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”*.

Naturalmente, era de esperarse que no se hiciera en la época en la que uno de los condenados ostentaba la representación legal del municipio. Por eso, no podría achacársele negligencia a la persona jurídica, pues, como es obvio, pende del actuar de las personas naturales, por lo que era sensato, predicar el conocimiento con la administración municipal subsiguiente.

Dicha interpretación, es similar a la que, recientemente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a efectuado, en situaciones semejantes:

*“...Para lo anterior, según se explicó, debe atenderse que el conocimiento que obtuvieron los autores de los actos cuestionados no es el que debe tomarse como punto de partida, o entenderse como el momento de descubrimiento del hecho deshonesto por parte de la sociedad. Lo que debe investigarse es cuándo Interbolsa, **mediante personas u órganos distintos a las que participaron en los actos que se señalan, conoció o debió conocer los mismos y sospechar como «una persona razonable»** (este aspecto, en ese caso, se estipuló en el contrato, se aclara) **lo haría, que ellos le generaron una pérdida del tipo amparado en la póliza.***

(...)

*En concordancia con tal postulado (el de carga de la prueba), el artículo 1077 del Código de Comercio indica que «[c]orresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso» y «[e]l asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad».*

RAD. CUI	05-001-60-00718-2012-00360
RAD. INTERNO	2019-0824-3
DELITO	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
ACUSADOS	OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL
ASUNTO	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

*Por lo tanto, como Seguros Generales Suramericana S.A. alegó la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, era su carga demostrar que concurrieron los requisitos necesarios para que ella se configurara. Así, le incumbía acreditar i) que el término empezó a correr porque la asegurada conoció o debió conocer el hecho, y el momento en que ello ocurrió; y, ii) que dicho término transcurrió y se completó sin interrupción.*

*En relación con el primer aspecto, la aseguradora tenía la carga de demostrar cuál fue **el momento exacto en el que la sociedad descubrió o debió descubrir** la existencia de los contratos suscritos por sus empleados el 12 de octubre de 2012...” (Sentencia del 17 de noviembre de 2020, SC4312-2020, Radicación n.º11001-31-03-044-2015-00495-01).*

En el presente caso, la aseguradora demostró, como lo acogió la sentencia de primer grado, que se tuvo conocimiento de la irregularidad del contrato en abril de 2012, por medio de Julián David Gómez Escudero, funcionario del municipio que dio cuenta del incumplimiento -sin declarar el siniestro-, y que no se interrumpió el término hasta cuando se promovió el presente incidente.

Por lo tanto, es evidente que ocurrió el término de la prescripción ordinaria extintiva de la obligación, en la medida que, efectivamente, el asegurado tuvo conocimiento de la situación que, a su juicio, configuraba el riesgo para reclamar a la aseguradora, y no lo hizo.

A pesar del acierto del señor Juez *a quo*, en este caso, no había lugar a considerar la prescripción extraordinaria, que es objetiva, pues basta el transcurso del tiempo -es decir, sin el conocimiento cierto o probable del asegurado o beneficiario-, e incluye a personas incapaces, por lo que es más extendido.

La misma Corporación citada, ha dilucidado:

RAD. CUI	05-001-60-00718-2012-00360
RAD. INTERNO	2019-0824-3
DELITO	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
ACUSADOS	OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL
ASUNTO	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

*“...Precisamente en materia de seguros el artículo 1081 del Código de Comercio contempla:*

*“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria (...) La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (...) La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho (...) Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.*

*Sobre dicha norma esta Corporación en sentencia de 29 de junio de 2007, exp. 1998-04690, señaló como características y aspectos determinantes, los siguientes:*

*(i) Las dos clases de prescripción son de diferente naturaleza, pues, mientras la ordinaria depende del conocimiento real o presunto por parte del titular de la respectiva acción de la ocurrencia del hecho que la genera, lo que la estructura como subjetiva; la extraordinaria es objetiva, ya que empieza a correr a partir del surgimiento del derecho, independientemente de que se sepa o no cuándo aconteció.*

*(ii) Todas las acciones que surgen del contrato de seguro, o de las normas legales que lo regulan, pueden prescribir tanto ordinaria, como extraordinariamente.*

*(iii) La prescripción extraordinaria corre contra toda clase de personas, mientras que la ordinaria no opera contra los incapaces.*

*(iv) El término de la ordinaria es de sólo dos años y el de la extraordinaria se extiende a cinco, “justificándose su ampliación por aquello de que luego de expirado, se entiende que todas las situación jurídicas han quedado consolidadas y, por contera, definidas”.*

*(v) Las dos formas de prescripción son independientes y autónomas, aun cuando pueden transcurrir simultáneamente, adquiriendo materialización jurídica la primera de ellas que se configure.*

*En dicha providencia se recordó “que las dos clases de prescripción consagradas en el artículo 1081 del Código de Comercio se diferencian por su naturaleza: subjetiva, la primera, y objetiva, la segunda; por sus destinatarios: quienes siendo legalmente capaces conocieron o debieron conocer el hecho base de la acción, la ordinaria, y todas las personas, incluidos los incapaces, la extraordinaria; por el momento a partir del cual empieza a correr el término de cada una: en el mismo orden, desde cuando el interesado conoció o debió conocer el hecho base de la acción y desde cuando nace el correspondiente*

RAD. CUI 05-001-60-00718-2012-00360  
RAD. INTERNO 2019-0824-3  
DELITO PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.  
ACUSADOS OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA  
JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL  
ASUNTO DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN  
DECISIÓN CONFIRMA

*derecho; y por el término necesario para su configuración: dos y cinco años, respectivamente... (sentencia de 19 de febrero de 2002, exp. No. 6011)".*

a.-) *Aquí el fallador, sin aclarar si en el presente caso procedía la prescripción ordinaria o la extraordinaria, acogió esta última, que las comprendía a ambas, por haber transcurrido más de cinco años desde el 18 de diciembre de 2000, momento en que se hizo exigible la obligación indemnizatoria con la ejecutoria del acto de liquidación del contrato, hasta la presentación de la demanda el 2 de febrero de 2007.*

(...)

b.-) *Como bien lo tiene dicho la Sala al pronunciarse sobre los alcances del inciso 3° del artículo 1081 ibídem, "[e]l derecho a la indemnización nace para el asegurado o para el beneficiario, en su caso, **en el momento en que ocurre el hecho futuro e incierto a que estaba suspensivamente condicionado, o lo que es lo mismo, cuando se produce el siniestro**" (sentencia de 7 de julio de 1977, G.J. CLV, p. 153).*

*Sin embargo, no puede pasar inadvertido que tal suceso debe acaecer durante la vigencia de la póliza, pues, llegada la hora y fecha límite cesa la cobertura del amparo y por ende se hace inane cualquier reclamo sobre hechos posteriores, ya que como lo contempla el artículo 1047 del Código de Comercio "la póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato", entre otras, "la vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras", aspecto que entra a delimitar en el tiempo desde y hasta cuándo asume los riesgos la aseguradora.*

*Sobre el particular señaló la Corte que "[e]n punto al momento en que la compañía aseguradora comienza a soportar las incidencias del riesgo asumido, el numeral 6 del artículo 1047 del Código de Comercio, establece que la póliza de seguro debe contener la precisión 'de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras'; exigencia de suyo trascendental, pues siendo connatural a esa especie de negocio jurídico que un tercero asuma las consecuencias nocivas de un hecho incierto que afecte el patrimonio o la vida de una persona, es evidente **la necesidad de saber cuándo se inicia esa responsabilidad y en qué momento culmina**; precisión por demás indispensable, pues de la magnitud del período de duración del seguro, sobrevendrá, el valor del mismo, requerimiento que no varió no obstante la mutación que sufrió el contrato cuando de solemne fue naturalizado como consensual, amén que no se erige como un elemento de su esencia, habida cuenta que existen reglas supletivas que pueden colmar el silencio de las partes" (sentencia de 16 de diciembre de 2008, exp. 2003-00505).*

(...)

*Así las cosas, como la expresión "la garantía sólo se hará efectiva" corresponde claramente al nacimiento del respectivo derecho a que alude el artículo 1081 del Código de Comercio, que se reitera, **consiste en la ocurrencia***

RAD. CUI	05-001-60-00718-2012-00360
RAD. INTERNO	2019-0824-3
DELITO	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
ACUSADOS	OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL
ASUNTO	DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

***del siniestro, si este no se produce dentro del término de cobertura quiere decir que no es susceptible de reconocimiento, sin que tenga cabida revisar la extinción de un derecho que no existe...*** (Sentencia del 18 de diciembre 2012, Expediente 1100131030392007-00071-01).

Como quiera que el último problema jurídico era residual, si no hubiese prescrito la obligación de la aseguradora, no es necesario abordarlo.

En definitiva, como se anticipó, la providencia confutada aplicó en debida forma el entendimiento del inicio del término prescriptivo en el presente caso, por lo que el reproche que le hace es infundado. Por lo tanto, habrá de **confirmarse**. sin declarar el incumplimiento del contrato; es decir, el siniestro, en el periodo de 2 años -conforme con el artículo 1081 del Código del Comercio-, y no requería que estuviera vigente el contrato.

Por 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 decisión emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón, Antioquia, mediante la cual se desvinculó, como llamado en garantía a la aseguradora “*Solidaria de Colombia S. A.*” con ocasión de la prescripción extintiva declarada, y en lo demás que no fue objeto de apelación.

**SEGUNDO: ADVERTIR** que la decisión proferida queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, el cual debe ser

RAD. CUI 05-001-60-00718-2012-00360  
RAD. INTERNO 2019-0824-3  
DELITO PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.  
ACUSADOS OLMES ANDRÉS GIRALDO VALENCIA  
JESÚS ANTONIO GIRALDO BERNAL  
ASUNTO DECISIÓN INCIDENTE REPARACIÓN  
DECISIÓN CONFIRMA

interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, acorde a lo estipulado en el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010, y conforme a lo previsto en el ordinal 4º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

**TERCERO: TERCERO:** Por Secretaría de la Sala, procédase a retornar las diligencias ante el Juzgado de origen para lo pertinente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE<sup>4</sup>**

*(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: **19005acc9f4646107ffd709f9d8e1cbd9996adcd66e71a41fd292e0b12742a4f**  
Documento generado en 22/01/2021 01:44:34 PM

---

<sup>4</sup> 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](mailto: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.

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA  
SALA DE DECISIÓN PENAL

CUI	05-154-60-00361-2014-40549
RADICADO	2019- 0972
ACUSADO	<b>LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA</b>
DELITO	FRAUDE PROCESAL, CONCURSO HOMOGÉNEO
ASUNTO	SENTENCIA ABSOLUTORIA
DECISIÓN	<b>CONFIRMA PARCIALMENTE Y REVOCA</b>
LECTURA	<b>ENERO 26 DE 2021, 8:30 HRS</b>

**Medellín, tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020)**

**Proyecto discutido y aprobado mayoritariamente en sesión de la fecha,  
con Acta N° 170**

### **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Corresponde resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la Fiscalía y los apoderados de las víctimas, frente a la providencia proferida el 8 de julio de 2019, por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca -Antioquia, mediante el cual absolvió a la señora **LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA**, por el delito de Fraude Procesal, en concurso homogéneo (3) por los que se le acusó.

Con la necesaria aclaración que, frente a uno de esos cargos, se absolvió por petición de la Fiscalía, y ninguna de las partes impugnó sobre dicha decisión; es decir, la referente a que no se incluyó un inmueble en los inventarios de una sucesión tramitada, dado que se determinó que fue por mutuo acuerdo de los apoderados.

Para la Sala mayoritaria, solamente es dable revocar por el único cargo

por el que solicitó condena la Fiscalía, confirmando la absolución por el otro que fue objeto de recurso.

## II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

El 9 de octubre de 2013 la señora **LIBIA MEDINA ZAPATA**, por encargo a Luz Miriam Montes Sierra, hizo inscribir en la Registraduría Nacional del Estado Civil, nuevamente el matrimonio contraído el 6 de agosto de 1979, con Jorge Rodolfo Rubio Díaz, sin advertir la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, materializada, por mutuo acuerdo el 19 de marzo de 2002, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Caucaasia – Antioquia.

Para la Sala mayoritaria, existe la duda que la señora **LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA**, hubiese obrado dolosamente, cuando solicitó, ante la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP-, la sustitución de la pensión otorgada al señor Jorge Rodolfo Rubio Díaz, ante su fallecimiento, para cual adujo la calidad de cónyuge, allegando el documento obtenido en la forma descrita en el apartado anterior, sin que haya quedado claro si aportó inicialmente una copia del registro de matrimonio con la nota marginal de la cesación de efectos civiles. Igualmente, si había o no convivencia con dicho señor, o al menos que ella fuera consciente de que no.

No se accedió a esa petición, y se le reconoció en favor de Ruth Enith Guerra Sierra, y sus hijos por cuanto, entre otras razones, se acreditó la cesación de efectos civiles de aquel matrimonio.

### **III. ACTUACIÓN PROCESAL**

Luego de adelantadas algunas indagaciones, la Fiscalía formuló imputación el 7 de junio de 2016, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cauca – Antioquia con función de garantías, con base en los referidos hechos, calificándolo como concurso homogéneo y sucesivo de tres conductas punibles de Fraude Procesal; dos con base en los hechos explicitados y otra con fundamento en que un inmueble no se había relacionado dentro de un proceso de sucesión.

El escrito de acusación fue radicado el 1º de septiembre de 2016, el cual correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Cauca – Antioquia, que realizó la respectiva audiencia el 2 de diciembre del mismo año, conservando igual imputación fáctica y jurídica.

El 22 de marzo de 2018, tuvo lugar la audiencia preparatoria y la de juicio oral en sesiones de 28 de junio de 2018; 31 de enero, 10 y 27 de junio y 08 de julio de 2019; culminando con anuncio de sentido de fallo. Finalmente, se profirió la sentencia el 8 de julio de 2019.

### **IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

Para lo que interesa, con soporte en los medios demostrativos, declaró probado el aspecto objetivo del tipo penal de Fraude Procesal, frente a los hechos consistentes a la inscripción del matrimonio, sin constancia de la cesación de efectos civiles, en 2013, y la petición de la sustitución pensional, valiéndose de ese documento y aduciendo convivencia, pese a que ya no la había. Con respecto a un inmueble de la ciudad de Medellín, al interior de un trámite de sucesión, se descartó porque fue

por mutuo acuerdo de las partes de marginar ese bien, lo cual se hizo por conducto de los abogados de cada parte.

En cuanto al aspecto subjetivo, recordó que debe demostrarse realización dolosa, en cuanto a engañar al funcionario público para obtener acto o providencia ilegal, con conocimiento de los elementos objetivos.

Realizó algunas precisiones dogmáticas sobre el dolo, y su desnaturalización por el error de tipo; cuando el sujeto activo desconoce que su comportamiento se adecua a un delito y excluye el dolo porque afecta el aspecto cognoscitivo, incidiendo en la responsabilidad.

Seguidamente, explicó que ante la petición de absolución de la Fiscalía, frente a dos de los cargos, bien podría, con base en lo dispuesto en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, y conforme a la jurisprudencia inicial, entender que hubo un retiro parcial de la acusación; sin embargo, reconociendo la sentencia 43.837 de 2016, en cuanto que dicha petición de la Fiscalía no tiene efecto vinculante, y no sería automática, sino de acuerdo a la valoración probatoria estimó que en el presente caso, no se demostró el actuar doloso de la acusada.

Con tal fin, reiteró que no hubo discusión sobre la condición de pensionado del señor Jorge Rubio y su fallecimiento en febrero de 2013; asimismo el matrimonio que había celebrado con la acusada en 1979 y que, en 2002, se había declarado la cesación de efectos civiles. Igualmente, que desde 1995 a 2007, el mencionado señor tuvo convivencia, en el municipio de Caucasia, con Ruth Enith Guerra, aunque después continuaron frecuentándose, a pesar de que el citado señor vivía –con una sobrina- en un apartamento de una hermana,

hasta cuando murió en 2013.

Aunque también se acreditó que el mencionado pensionado, sostuvo una relación sentimental con otra mujer en 2010, como lo declaró la señora Nancy Isabel Rubio, pues le constaba por ser su hermana.

Igualmente, que, a pesar de la separación, cada 8 días compartía, los fines de semana con la acusada y sus hijas que estaban radicadas en la ciudad de Medellín, y, la hermana de dicho señor percibía el trato de pareja. Lo cual fue refrendado por Karla Andrea; es decir, la sobrina de él; y las señoras Claudia Cristina Doncel; Yermit Vera Luz Enith Madera, vecinas de la acusada, quienes los veían como una pareja.

De ahí que la Fiscalía no demostró la convivencia exclusiva del causante con la señora Ruth Enith Guerra, y, por el contrario, no enervó que fuera simultánea con la acusada, a pesar de lo referido por el investigador Luís Enrique Herrera, sobre el particular, al no tener la entidad suficiente, para contrarrestar la teoría defensiva.

De todos modos, en cuanto a la petición de la inscripción del matrimonio, nuevamente y sin advertir sobre la decisión de cesación de efectos civiles, pudo obedecer al entendimiento según el cual el matrimonio subsistía, al haberse celebrado conforme con el rito católico, y con la idea que aparte de la inscripción en Notaría, debía realizarse lo propio en la registraduría del estado civil.

Frente a la reclamación de la sustitución pensional, se acreditó que la acusada, con el deceso de Rubio Díaz, inició trámites ante la U. G. P. P., con ese propósito, y tratando de hacer incurrir en error al funcionario de esa entidad, según la Fiscalía, la implicada presentó el registro civil

de matrimonio –obtenida de la oficina de Registro del Estado Civil-, sin la necesaria anotación de la cesación de efectos civiles –decretado por el Juzgado Promiscuo de Familia-, con base en lo indicado por el investigador delegado por el outsourcing CIZA, por encargo de la unidad.

No obstante, con base en la declaración de la acusada, en la cual afirma que ella habría aportado inicialmente el registro civil de matrimonio, con esa anotación, y que la Fiscalía no alcanzó a demostrar lo contrario, asumió como probado aquella posibilidad, e igualmente, en cuanto que el aporte de aquel documento pudo ser propiciado por alguna sugerencia del abogado Pedro Digno Noriega -en quien confiaba por su idoneidad-, pues este no lo negó, sino que dijo no recordarlo.

Estimó que la Fiscalía no demostró que la acusada tenía intención de sacar provecho de esa calidad que erradamente se atribuía. La primera instancia dedujo que la implicada desconocía que su actuar configuraba un injusto penal, con base en “...*la documentación radicada inicialmente que daba cuenta de la situación jurídica respecto del vínculo matrimonial...*”; es decir, teniendo por probado que aquella sí presentó el citado documento que daba cuenta de la cesación de efectos civiles.

Dedujo que la acusada desconocía los elementos objetivos del tipo penal de Fraude Procesal; es decir, bajo un error de tipo, pues, ella no pensaba en desplegar artificios o engaños con la finalidad de inducir en error, ya que no elaboró ningún acto tendiente al engaño, ni utilizó medio fraudulento, pues el único documento requerido por la entidad pública lo fue el registro eclesiástico, el cual guarda relación con la legalidad en tanto el acto existió.

Entonces, no tenía acogida la tesis de la Fiscalía, o al menos no en el grado exigido para la condena, con base en lo planteado por la acusada., entre otras cosas porque, “...*para ella el matrimonio al ser católico estaba vigente, lo cual era cierto, a pesar de la cesación de efectos civiles, lo cual la pudo confundir, para el trámite de reclamación...*”

Además, era posible que inicialmente, la procesada inicialmente hubiera aportado el registro con nota marginal, porque al momento de la petición (septiembre de 2013) no contaba con el otro (solo hasta octubre de ese año).

Partiendo de ello, entiende que no hubo ánimo de engañar, pues para ello hubiera ocultado el registro con la nota marginal, en lugar de aportarlo.

En esas condiciones, esgrimió que existía el error de tipo, el cual si bien podría ser vencible, no sería dable la deducción de responsabilidad penal, en virtud a que el delito no posibilita la modalidad culposa.

Además, porque la Fiscalía no estuvo en capacidad de enervar la posible convivencia aducida por la acusada y apoyada, ppr varias personas (hermana del causante; sobrina y varias vecinas), que daban cuenta que a pesar de la cesación de los efectos civiles del matrimonio y de la relación sostenida, y que cada 8 días compartían como familia con Rtuh Enith, era permanente su trato.

Para absolver por el otro comportamiento se soportó también en lo declarado por la acusada, en cuanto que ella obró al registro del nuevo matrimonio porque se lo dijo el abogado, quien le habría expresado que

no había irregularidad. En todo caso, para el Juez, la acusada no llevó algún elemento ante el registrador del estado civil que lo indujera en error porque era verídico que el acta de matrimonio que se llevó fin se avenía a la realidad, pues había tenido ocurrencia.

También consideró que era difícil que la acusada lograra el engaño porque la cesación de efectos civiles se había hecho público, así fuera solo mediante la Notaría, por la orden del Juzgado, y bastaba un cruce de información entre entidades.

De todas maneras, la Fiscalía no demostró, igual que frente al otro cargo, que la implicada tuviera conocimiento pleno de la realización del delito, sino que más bien obró por un error, en el cual habría incurrido por el asesoramiento del abogado -lo cual le habría dado confianza-, dado que ella no conoce de aspectos jurídicos.

Por tanto, también declaró que la acusada no tenía conocimiento sobre los elementos objetivos del tipo; es decir, obró movida por un error de tipo.

## **V. LA IMPUGNACIÓN**

En representación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, en condición de presunta víctima, se solicitó condena por el delito de Fraude Procesal, en condición de autora, frente a la solicitud elevada por la acusada para que se le sustituyera la pensión gracia asignada al señor Jorge Rodolfo Rubio, ante su fallecimiento (acontecido el 18 de febrero de 2013), para lo cual se presentó como cónyuge, adjuntando registro civil de matrimonio, inscrito el 9 de

septiembre de 2013, pese a que ya se había decretado la cesación de efectos civiles, desde marzo de 2002 –lo cual se acreditó con la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia-, y con declaración del abogado Pedro Digno Noriega. Tratándose de un medio fraudulento.

Además, se incorporó la solicitud, en la que la acusada **LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA**, manifestó: *“declaro que estuve casada por el rito católico desde el 6 de agosto de 1979 con JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ, aclaro que compartí techo, lecho y mesa con el señor JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ, desde el 6 de agosto de 1979, hasta el 18 de febrero de 2013”*.

Estima que con la prueba testimonial quedó claro que no había esa convivencia, porque Ruth Enith Guerra Sierra, dijo que fue la compañera permanente de él desde 1995, hasta 2013, cuando murió.

De otro lado, Karla Andrea Rubio Macea, declaró que no conocía a la acusada, pese a vivir en el mismo inmueble de quien murió. De otro lado, Claudia Cristina Doncel Díaz, Yesmit Mera, Luz Enith Madera y Luz Miriam Montes Sierra; aseveraron que la acusada había fijado residencia en Medellín. Por lo tanto, dicha manifestación, también sería fraudulenta.

En tal virtud, la entidad que representa denegó la solicitud de sustitución pensional.

Frente a la petición de absolución esgrimida por la Fiscalía, en los alegatos de cierre, considera que se debe acoger la última posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto

que no vincula al juzgador, con fundamento en las pruebas practicadas, planteando que en el presente caso habría lugar a la condena, pues, luego de explicar los fundamentos dogmáticos del error de tipo, discrepó de los planteamientos del Juez *a quo*, para lo cual insistió en que las pruebas producidas enervaron los dos fundamentos para la petición de sustitución pensional, pues ya no era su cónyuge.

Con base en que la acusada en juicio afirmó que era la compañera permanente del pensionado fallecido, se cuestionó por qué no lo había aclarado en esas condiciones en la solicitud. Estima que ello devela actuar doloso, descartando el error de tipo, reiterando que aquella se presentó con una calidad que no ostentaba, deteniéndose en el registro de matrimonio realizado 11 años después de la sentencia de cesación de efectos civiles de dicho rito, efectuada en consenso, por lo que era una situación que sabía.

En definitiva, la acusada conocía los elementos del Fraude Procesal, en cuanto al contenido falso del registro civil que aportó, junto con su aserción de convivencia para la solicitud de pensión, con medios engañosos. Por eso se equivocó al Juez, pues se satisface la tipicidad subjetiva.

La Fiscalía, a su turno, sustentó que se debe condenar, solamente, por los cargos derivados de que el 9 de octubre de 2013, la acusada, por conducto de Luz Miriam Montes Sierra, tramitó y logró que la Registraduría Nacional del Estado Civil, inscribiera su matrimonio con el señor Rubio Díaz, celebrado el 6 de agosto de 1979, ocultando que el 19 de marzo de 2002, el Juzgado Promiscuo de Familia de Caucasia, había declarado la cesación de los efectos civiles.

Con ello, se conculcó el bien jurídico protegido, al conducir al error, al funcionario encargado de esa labor, con el fin de obtener un registro, sin esa nota marginal.

Piensa que, contrario a lo planteado por la primera instancia, se demostró el dolo de la acusada en su actuar, pues no se requería una finalidad distinta que la de hacer incurrir en error al servidor público, lo cual está demostrado con el registro civil de matrimonio introducido como prueba número 2, con el fin de lograr el reconocimiento de la prestación económica de sustitución pensional ante la UGPP; aduciendo la calidad de cónyuge, por lo que se satisfacen los requisitos del artículo 453 del C. P.

Dada la declaración del abogado Pedro Noriega, en la que dijo que no se acordaba de varios aspectos abordados por la defensa –y que su asesoramiento tenía que ver con la sucesión intestada y había prestado sus servicios en la cesación de efectos civiles del matrimonio referido-; no era acertado que el Juez se apoyara en esa prueba para negar el dolo, en la solicitud de registro, el cual infirió que lo determinante fue el asesoramiento del abogado para dicho trámite.

Para la parte apelante, no era posible falsear una situación para obtener un documento que no tiene consignada la verdad, como lo era la falta de la nota sobre cesación de los efectos civiles del matrimonio, y así lo presentó para la reclamación ante la UGPP, lo cual era esencial para lo pretendido, sin lograrlo. El dolo, insiste, se evidenció al obtener el documento en esas condiciones, y que fue advertido por los investigadores de la entidad administradora de pensiones.

Piensa que no debió reprocharse más al abogado, al no ser procesado

en esta causa, estimando que la acusada sabía de la situación que no constaba en el documento, aún con la asesoría del profesional; sin embargo, adelantó el trámite para inducir en error al señor Registrador, omitiendo ese aspecto, para obtener un registro civil de matrimonio falso, y que serviría a su objetivo; en cuanto a la calidad ligada al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, para la pensión de sobreviviente, con lo que aflora su actuar doloso, enervando el error de tipo que condujo a la absolución, en primera instancia, lo cual se debe revocar.

El apoderado de Ruth Enith Guerra Sierra, reconocida como víctima, interpuso el recurso de apelación, inició señalando los aspectos no controvertidos como el matrimonio de la acusada con Jorge Rodolfo Rubio, en 1979, y la procreación de 2 hijas; así como la unión marital de hecho y tres hijos con su representada, radicándose en Caucasia; y la cesación de los efectos civiles de aquél matrimonio en 2002, aprobada en el Juzgado promiscuo de Familia de Caucasia.

Igualmente, la obtención de pensión y el fallecimiento de aquél el 18 de febrero de 2013. También se demostró que previamente la acusada inscribió ante el Registrador del Estado Civil de Caucasia, valiéndose de Luz Miriam Montes Sierra el matrimonio católico, y sobre el cual ya habían cesado los efectos civiles del matrimonio católico por la sentencia ya señalada.

La solicitud de sustitución pensional le fue admitida a la señora Ruth Enith Guerra Sierra y a sus hijos, al haberse acreditado el parentesco de estos y relación de unión marital de hecho con aquélla. Posteriormente, ante similar petición de la acusada, el investigador, dadas algunas alertas, determinó que en la inscripción reciente del

matrimonio -30 años después de celebrado-, se había omitido la cesación de efectos civiles, ocurrida por decisión de mutuo acuerdo ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Caucaasia, por lo que no era la cónyuge.

Además, porque el investigador determinó que no había convivencia de la acusada con el causante, en los cinco años anteriores al fallecimiento, por lo que se negó la sustitución pensional, pues con su representada convivió de manera permanente hasta 2011, como ella declaró, y después él vivía con una hermana, en Caucaasia, hasta 2013, cuando murió. Aún después de 2011, siguieron frecuentándose.

Igualmente, que según la acusada, como el señor Jorge Rodolfo Rubio Díaz, viajaba a Medellín, a realizar maestría, se quedaba en su casa y se comportaba como su pareja, ante ella y ante sus vecinos.

Luego de reseñar los tres hechos por los que se convocó a juicio a la acusada, frente a igual número de delitos de Fraude Procesal, en concurso homogéneo, estimó que, frente al trámite de sustitución pensional, no sería dable condena por ese delito sino por el de falsedad personal, y por el de Fraude Procesal, frente al trámite de inscripción del matrimonio, sin nota marginal, en la Registraduría del Estado Civil.

En cuanto a la primera conducta, luego de discurrir sobre los requisitos para la configuración del delito de Fraude Procesal, entre ellos el de tratarse de un comportamiento de mera conducta, estima que no concurre, porque a pesar de presentarse en calidad de cónyuge, sin serlo, por la cesación de los efectos civiles del matrimonio, dado que **la UGPP no fue inducida en error o engaño**, en razón de las labores investigativas adelantadas, se estableció que no procedía la sustitución

al no haberse acreditado al menos la convivencia.

Así la acusada tuviese la intención de inducir en error con ese propósito, como no se obtuvo la resolución de reconocimiento de la sustitución pensional, se estructuraría lo descrito en el artículo 296 del Código Penal, pues la acusada indicó que estaba casada con el causante, y respaldó esa aseveración con un documento que omitía la verdad sobre la cesación de efectos civiles de matrimonio católico, lo cual constituiría Falsedad Personal, pues se presentó en una condición –cónyuge- que sabía ya no tenía, aunque con la intención de hacerse a la pensión.

Afirma que la Fiscalía desvirtuó la convivencia simultánea –aunque no era su deber-, del causante con la acusada y con su representada, pues ninguno de los testigos de la defensa negó que la relación de Ruth Enith, se mantuviera, y, al contrario, incluso la procesada admitió que cuando iba a Cauca, no se quedaba donde Jorge Rodolfo, sino donde un hermano de ella.

Consideró que no existía error de tipo frente a las mencionadas conductas punibles, lo cual deduce de la presentación del registro reciente de matrimonio sin nota marginal, y que de haber sido cierto – como ella lo refiere- que lo hizo por sugerencia del abogado Pedro Noriega, no tendría sentido que lo hubiese presentado para la reclamación pensional –pudiendo presentar el documento donde aparecía la nota marginal- sino donde se tramitaba la sucesión intestada.

Destaca, en todo caso, que dicho togado dijo que no se acordaba de lo referido por la acusada, y que su asesoría era para el proceso de sucesión; no para solicitud de sustitución pensional.

Como ella sabía del trámite de cesación de efectos civiles, al ser de mutuo acuerdo con el causante, queda claro el dolo al presentar el documento sin la nota marginal y sin informar de ello a la entidad que administraba la pensión, evidenciando también la voluntad de realización.

Le resta mérito a lo indicado por la acusada en cuanto que aportó los dos registros civiles de matrimonio ante la UGPP, con base en lo declarado por el señor Luís Enrique Herrera Navarro, en cuanto que aquella aportó el registro sin nota marginal que él ya conocía, y acudió al registrador para que se corrigiera el estado civil. La Fiscalía demostró que ella lo presentó sin esa nota y la defensa no lo enervó probatoriamente, ni demostró que también hubiese presentado el documento con la nota.

Además, se consolidaría el dolo porque en el acta allegada con la solicitud pensional, en cuanto que convivió y que estuvo casada con el señor Rubio Díaz, desde la fecha del rito católico hasta su fallecimiento, lo cual no es cierto.

Por consiguiente, estimó errada la conclusión del Juez en cuanto que la Fiscalía no desvirtuó la aserción de la acusada, en cuanto que ella entregó el registro con esa nota de cesación de efectos civiles, reiterando lo dicho por el investigador, quien habría dejado claro que los documentos no ingresan todos en la misma fecha porque la entidad los va solicitando.

Reitera que la defensa no probó la “adición documental” admitida por el Juez. Entonces, la primera instancia cayó en un error de hecho por falso

juicio de existencia por su suposición de prueba.

Cita un aparte de lo expresado por la acusada en juicio, que develaría su conocimiento en cuanto a la realización delictiva; es decir, con dolo: *“a mi parece que si yo hubiera reclamado con ese registro que no tiene nota marginal si es un delito, pero yo tengo mis pruebas, mis radicados, donde siempre aporte mi primer registro donde tiene la nota marginal”*.

Con base en lo dicho por la acusada en conainterrogatorio de la Fiscalía, se tiene que ella sabía que ya no era la cónyuge del causante *“... ¿A partir del 19 de marzo de 2002 la cesación de efectos civiles de matrimonio el señor Jorge Rodolfo Rubio seguía siendo su esposo legalmente? Contestó: Por la cesación no, ahí dice, pero seguimos en convivencia...”*.

También estima que el juzgador supuso la prueba porque no solamente se presentó el pluricitado documento, sino que pretendía, la prestación pensional, por lo que diligenció el formulario respectivo y acompañándolo de una declaración de convivencia.

Sobre la tipicidad del delito de Fraude Procesal, con base en la inscripción del matrimonio, se satisface plenamente, pues, además, logró el cometido, al punto que, luego fue necesaria la cancelación con Resolución 13077 del 3 de diciembre de 2013; es decir, logró la inducción en error.

Además, no obró motivada en un error de tipo, porque el abogado del cual dijo haberse asesorado, dijo que no lo recordaba y que de pronto le había dicho que faltaba algún documento, como el registro pero no que lo registrara. La acusada solo pretendió atribuirle responsabilidad al abogado.

Por eso indicó *“por una mala asesoría el Dr. Noriega y él fue el que me hizo registrar el matrimonio”*; pero, luego, contradictoriamente indicó: *“Tampoco voy a decir que el Dr. Noriega me dijo doña LIBIA, regístrelo, no, a él se lo solicitaron” (3:46:28)*.

Además, no era necesario el registro de matrimonio de la Notaría Única de Cauca, porque ya se había efectuado. Tampoco acreditó la defensa que el juzgado necesitara un nuevo registro

Piensa que el Juez solo se basó en lo referido por la acusada, pese a sus incoherencias; además, su comportamiento posterior al registro develaría su dolo; al no constar la cesación de efectos civiles perseguía obtener la pensión completa sin necesidad de compartirla con la señora Ruth Enith Guerra Sierra, en caso que esta acudiera como compañera permanente, a alegar su convivencia o en gracia de discusión la convivencia simultánea.

También cuestiona que el juzgador esbozara que la acusada, en su ámbito subjetivo no elaboró ningún acto tendiente al engaño, ni utilizó medio fraudulento, pues el único documento requerido por la entidad pública fue el registro eclesiástico, el cual guarda relación con la legalidad, en tanto el acto existió, pero, afirma que conforme a la jurisprudencia ese requisito se satisface, cuando se presentan los hechos de manera diferente a como pasaron en realidad, pues solo así sería posible obtener un beneficio.

Al omitir la información sobre la cesación de efectos civiles del matrimonio, y solo pretender registrarlo sin esa acotación, para lo cual utilizó como instrumento a su cuñada, indujo en error al servidor público

para registrarlo de esa manera, lo cual ameritó un acto administrativo ordenando la cancelación.

Estima que si bien es cierto la Notaría omitió el cruce de información, conforme a lo regulado en el decreto 4436 de 2005, lo cual facilitó el nuevo registro de matrimonio por parte de la acusada, quien debía informar al registrador la existencia de otro registro que reposaba en la Notaría y que ella conocía; además informar la existencia de una sentencia de cesación de efectos civiles de matrimonio católico. No podrá justificarse la conducta desplegada por la acusada en un problema administrativo entre entidades.

En definitiva, considera que la inducción en error para registrar el matrimonio sin esa nota tenía como propósito acreditarse como cónyuge en solicitud de sustitución pensional, y suscribió formulario aduciendo que había estado casada con el señor Rubio desde el día del matrimonio hasta su fallecimiento.

En síntesis, deprecó revocar la absolución y, en su lugar, condenar a la acusada por los delitos de Falsedad Personal (Art. 296 C.P.) en concurso heterogéneo con el delito de Fraude Procesal (Art. 453 C.P.) –por la inscripción del matrimonio, ante la Registraduría del Estado Civil, sin dar a conocer la cesación de efectos civiles-.

La defensa, como parte no recurrente, luego de recordar las pretensiones de los apelantes, frente al error de tipo acogido por la primera instancia, pidió mantener la decisión.

No se reiterará su apreciación frente a la conducta objeto de acusación, referente a sacar del inventario de bienes un inmueble, dado que frente

a la absolución por ese cargo –solicitada por la Fiscalía y representante de víctima-, nadie impugnó, por lo que carece de relevancia.

Sobre el trámite por solicitar la pensión con el certificado de matrimonio, en el que no constaba la nota marginal y su referencia a la convivencia, estima que la acusada no solo indicó que había estado casada con Jorge Rodolfo Rubio, pero que se habían divorciado, y que habían continuado conviviendo los fines de semana cuando iba a Medellín; pues, por razones de trabajo vivía en el municipio de Caucasia. Para ello cita las declaraciones de Luz Miriam Montes Sierra (cuñada de la procesada), Nancy Isabel Rubio Díaz, Karla Andrea Rubio Macea (respectivamente, hermana y sobrina del difunto), Luz Enith Madera Arrieta, Yesmit Vera Mogoñon y, Claudia Cristina Doncel Díaz (vecinas de la acusada).

Afirma que la procesada al momento de la petición de pensión, en septiembre de 2013, había presentado el registro civil de matrimonio que contenía la anotación marginal y que solo en octubre del mismo año, registró nuevamente, por indicación del abogado Pedro Noriega, quien era su apoderado.

Destaca que el citado profesional en declaración en juicio, aludió no recordar, no negó lo indicado por la acusada, por lo que habría duda sobre el particular.

Estima que la carencia de dolo emerge de que ella ya había hecho la petición –y no se demostró que lo exigieran posteriormente-, cuando adquirió el nuevo registro, y lo hizo pensando que se requería una nueva inscripción porque ella lo había hecho en Notaría, creyó que se requería también en la oficina de Registro del Estado Civil.

En esas condiciones, su representada obró bajo error de tipo, pues se convenció que obraba lícitamente, ante esa asesoría. Como quiera que el matrimonio fuera por el rito católico, y habían cesado los efectos civiles, quedaba incólume el matrimonio.

Por esas circunstancias, la Fiscalía pidió absolución y el otro apoderado de víctimas, condena por un delito de Falsedad Personal, en lugar del de Fraude Procesal.

Agrega que como el matrimonio sí tuvo existencia, la obtención del nuevo registro sería inocua, pues no estaba adquiriendo un estado civil diferente.

## **VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

Para la Sala mayoritaria, en atención a que, en las alegaciones de cierre, la Fiscalía petitionó la absolución de la acusada, por uno de los cargos por los que había convocado a juicio, al estimar que las pruebas practicadas no permitían convicción más allá de toda duda para soportar un fallo de condena, y el Juez acogió esa propuesta, el primer problema jurídico a dilucidar es: ¿sería dable impartir condena a pesar de la petición absolutoria del titular de la acción penal?

Al respecto, se debe indicar que actualmente no se tiene una posición jurídica pacífica, en lo que atañe al efecto vinculante o no de dicha pretensión de absolución por la Fiscalía General de la Nación, como un requisito para emitir condena. En otras palabras, si el principio de congruencia implica entender que el Juez, no puede fallar por fuera de lo pedido en los alegatos de cierre de la Fiscalía, o dicho principio se

predica con respecto a la acusación; entendida, únicamente, como escrito y audiencia respectiva.

Desde los inicios del sistema con tendencia acusatoria, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desarrolló que la petición de absolución formulada por el ente acusador, tenía sentido en cuanto titular de la pretensión punitiva (sentencia del 13 de marzo de 2008, radicado 27.413) y se equiparaba al retiro de los cargos en favor del acusado; precisamente, por virtud de la congruencia, que el Juez de conocimiento no podía apartarse de dicha solicitud.

Tal interpretación, sostenida desde el inicio de la vigencia del sistema penal con tendencia acusatoria, en varias decisiones (conformando una nítida línea jurisprudencial), por citar algunas: los radicados 28.961 de 29 de julio de 2008, 26.099 de 27 de octubre de 2008, 32.685 de 16 de marzo de 2011 y 40.306 de 27 de febrero de 2013.

Destáquese que en el radicado 38.256, con proveído del 21 de marzo de 2012, precisó que al realizarse la acusación en audiencia, la Fiscalía no podría apartarse de ello *-se entiende, porque ya determinó la probabilidad de verdad, y es un referente imprescindible de congruencia-*, y sería necesario agotar el objeto del juicio oral, y con base en lo acontecido podría elevar una “*petición de absolución*”.

Sin embargo, sin unanimidad; al emerger voces discrepantes que persisten frente a otras decisiones, dirigidas a ratificar la providencia de 25 de mayo de 2016, dentro del radicado 43.837, en la que la mayoría

de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, planteó una interpretación diversa.

En efecto, ahora se estima que la petición absolutoria del Fiscal en el juicio oral no es vinculante para el Juez de Conocimiento, dado que su alegación en ese estadio procesal es una postulación que no hace parte de la acusación, y puede ser acogida o desechada, por lo que quien falla, decidirá, exclusivamente, con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas.

Para apoyar esa tesis se esgrime, esencialmente, que a la Fiscalía no le es dable declinar de la acción penal, de manera unilateral, dado que en el artículo 250 de la Constitución Nacional, regula expresamente los supuestos en que podría renunciar o suspender su ejercicio, y siempre pasando por el tamiz de un juez que verifique la legalidad de lo planteado, quien, para la temática, estaría condicionado solamente por la acusación en sentido estricto (escrito y audiencia), pero la petición de absolutoria de la Fiscalía, no sería más que una proposición, como la de cualquier otra parte o interviniente.

Para nuestra Sala mayoritaria, realmente no se podría acoger de manera categórica esta última interpretación, no solamente porque no es pacífica sino porque la Ley, de manera clara, dispuso que no puede declararse al acusado culpable por hechos que no consten en la acusación ni por delitos por los que no se haya pedido condena, obviamente, se entiende; por tratarse de cuestiones propias del rol de la Fiscalía.

Adicionalmente, al nominarse el comentado artículo 448 de la Ley 906 de 2004, como **congruencia**, permite avizorar la consecuencia de su desatención, por lo que, si el anuncio del fallo y la decisión misma soslaya la petición de la Fiscalía de absolución, devendría incongruente.

Debe entenderse que, como se ha predicado jurisprudencialmente, la congruencia se extiende hasta la presentación de alegatos de cierre, con la pretensión de la Fiscalía, lo cual se inscribe, de un lado, en un examen sistemático, pues el marco normativo regula el discurrir de la audiencia de juicio oral (Título IV), y, más concretamente, a la decisión o sentido del fallo (Capítulo V).

De otro lado, y más importante aún, independientemente del modelo acogido por la Ley procesal penal, lo cierto es que no puede desconocerse el principio acusatorio (C – 591 de 2005), que implica la clara distribución de roles, entre las partes (íntimamente ligado a la igualdad de armas), y la indeclinable noción de Juez imparcial, que no podría inclinarse para mantener la acusación, aún en contravía del legítimo ostentador de esa potestad, ya que contrariaría el postulado “...*ne procedat iudex ex officio...*” (Sendra, Vicente Gimeno; Manual de Derecho Procesal Penal; Ediciones Jurídicas Castillo de Luna; segunda edición 2018; página 613); o dicho de otra manera, la primera señal de identidad del proceso acusatorio (Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón; Editorial Trotta; segunda edición, 1997; página 581).

Por supuesto, se encuentra plenamente razonable, por la diáfana regulación del artículo 250 de la Constitución Nacional, que la Fiscalía no podría obrar de manera caprichosa; por ejemplo, solicitando

absolución, cuando de manera **protuberante** emerge la posibilidad condenatoria, ante lo cual el Juez no podría quedar inerte por respeto al principio de legalidad y de su obligación de velar por la verdad material (artículo 5º, Ley 906 de 2004), pues, incluso en esa hipótesis podría rondar los linderos de un comportamiento prevaricador, igual que el Fiscal.

Además, es verdad, que ni la Constitución, ni la Ley, estipulan un retiro de la acusación, expresa o tácitamente, pero sí que la Fiscalía debe adecuar su actuación a un criterio objetivo y transparente (artículo 115, Ley 906 de 2004), y a los moduladores de la actividad procesal (artículo 27 *ídem*), como lo reclama un orden justo (artículo 2º Constitución Nacional), en el que resultaría un exabrupto pedir condena solamente por ser coherente con el rol que representa, aun a costa de la eventual condena de un inocente.

Por eso, una vez producidas las pruebas en el juicio, su criterio podría variar, pues al momento de hacer el juicio de acusación la probabilidad de verdad se forja con meros medios de conocimiento.

De lo anterior se deriva que sea consecuente el citado artículo 448, con el fin de blindar al acusado en cuanto a la congruencia y la igualdad de armas; en la medida que es eficaz cuando la defensa logra sobreponerse dialécticamente a la tesis del titular de la acción penal - con el reconocimiento de este-, por lo que se generaría un desbalance si el Juez se suma a sostener, pese a ello, una posibilidad condenatoria, al adicional que se propicia con los intereses de quienes acuden como víctimas, y Ministerio Público si va en la misma dirección.

En esas condiciones, el Juez no podrá más que cumplir con el claro mandato del artículo 448 de la Ley 906 de 2004; esto es, no podrá

condenar por delitos por los que no se ha solicitado ese tipo de decisión, pues permitirle que se aparte de la petición absolutoria de la Fiscalía cuando resulta razonable con las pruebas practicadas al interior del proceso, conlleva al desconocimiento injustificado de los roles que le corresponden a cada uno de quienes concurren a la actuación procesal, por cuanto, en esa hipótesis, el fallador usurparía las funciones constitucionales del ente acusador, titular de la acción penal, mucho más, cuando su petición es juiciosa, así no se comparta.

Así se planteó el 4 de noviembre de 2016, en el radicado interno 2016-0088-5, con ponencia del Magistrado René Molina Cárdenas, y el 12 de diciembre de esa anualidad, en el expediente 2015-1022-3, en la Sala que preside el suscrito Magistrado sustanciador, interpretación que fue reiterada el 15 de septiembre hogaño, en el radicado 2017-0472-2, con ponencia del Magistrado René Molina Cárdenas, y en otras con ponencia del suscrito.

Por supuesto, insístase, lo argumentado cobra sentido ante peticiones sensatas, ligadas a un sano criterio, arraigado en la actuación procesal, pues la tensión entre los enunciados principios y la posibilidad de que sea vinculante la solicitud absolutoria solo cobrara fuerza en esas hipótesis.

Por el contrario, cuando esa petición constituya un grosero desconocimiento de lo ocurrido en el juicio; es decir, obedece meramente a la arbitrariedad del representante de la Fiscalía, pues, en irrestricto respeto del principio de legalidad no sería dable acogerla; porque, sin duda, en nuestro medio, no se acopió el principio dispositivo frente a la acción penal, sino los principios de oficialidad y oficiosidad en su adelantamiento, como derivados del principio de legalidad.

En otras palabras, en actuaciones que luzcan protuberantemente desfasadas; apartándose de forma irracional del caudal probatorio del cual se vislumbra claramente la responsabilidad penal del acusado, por lo que no se requeriría una exhaustiva valoración probatoria, para evidenciar una actuación de espaldas a la razonabilidad, para respetar los roles de las partes y la imparcialidad del Juez, se ha estimado procedente que sea otro miembro de la misma Fiscalía, que re - examine la postura a plantear como alegaciones finales, para efecto de cifrar la congruencia.

En el presente asunto, la primera instancia, aunque reconoció la última tendencia de la Sala de Casación Penal, sin darle el alcance de retiro de la acusación a la petición absolutoria; la acogió, al estimar que las pruebas dan cuenta de un error de tipo en el actuar de la acusada. Comprensión que extendió, para exonerar por todos los cargos objeto de acusación.

Para el caso concreto, la Sala se ocupará del análisis de los medios probatorios para verificar si frente a la conducta por la cual la Fiscalía solicitó absolución -y admitida por la primera instancia-, fue razonable, o les asiste razón a los apoderados de las víctimas; no obstante que, de entrada, patentizan discrepancias, pues para uno de ellos, sí es dable la condena por el delito objeto de acusación, mientras que para el otro no; en lugar de ello, con base en la congruencia flexible, sería dable degradarlo a uno contra la fe pública.

Con dicho propósito y con efectos metodológicos, se delimitarán los aspectos puntuales, frente a los cuales no hay ninguna discusión probatoria. I) La acusada y el señor Jorge Rodolfo Rubio, contrajeron matrimonio católico el 6 de agosto de 1979, y se registró en la Notaría Única de Caucasia; II) Por mutuo acuerdo, el 19 de marzo de 2002, se

declaró judicialmente la cesación de efectos civiles del matrimonio católico (Juzgado Promiscuo de Familia de Cauca), dicha circunstancia se plasmó como nota marginal en el registro del matrimonio; III) El señor Jorge Rodolfo Rubio sostuvo una relación sentimental con la señora Ruth Enith Díaz, por varios años, en el municipio de Cauca, y fruto de dicha relación concibieron 3 hijos; IV) La acusada en 2002, fijó residencia en la ciudad de Medellín con las hijas habidas en el matrimonio; V) El señor Jorge Rodolfo Rubio, adquirió la condición de pensionado; VI) El 18 febrero de 2013, el referido pensionado falleció; VII) Como consecuencia, la señora Ruth Enith, solicitó sustitución pensional en favor de sus hijos menores de edad, para la cual, entre otros documentos, presentó el registro civil de matrimonio del causante con la acusada, y con la respectiva nota marginal de cesación de efectos civiles (fl. 139); VIII) La acusada presentó, el 16 septiembre de 2013, solicitud de sustitución pensional a su favor; IX) Como quiera que en 2013, hizo registrar nuevamente el matrimonio, en el que no se dejó constancia de la cesación de efectos civiles, el 9 de octubre de ese año, adjuntó ese documento al trámite de sustitución pensional, y también una declaración jurada, aduciendo convivencia.

Sobre lo controvertido, como quiera que para la conclusión absoluta del señor Juez *a quo*, fue esencial la declaración de la acusada, referente a tres aspectos básicos para la absolución por el comentado cargo, se examinarán para verificar si acertó en la demostración de las premisas.

En síntesis, i) ella presentó junto con la reclamación de pensión de sobreviviente el registro de matrimonio con la nota marginal de cesación de efectos civiles, **y luego presentó la obtenida sin esa anotación;** ii)

la convivencia de ella con el señor Jorge Rubio se mantuvo, aún después de la unión marital de hecho de este último, con la señora Ruth Enith; iii) Solicitó nuevamente el registro del matrimonio, por indicación del abogado que la representó en el trámite sucesorio.

Sobre el primer punto, en estricto sentido, no hubo un falso juicio de existencia, por suposición de la prueba, como lo propuso el apoderado de la víctima institucional, y se acogía en la ponencia inicial, dado que se incurre en esa forma de violación indirecta de la Ley sustancial, cuando **no existe ningún referente demostrativo que dé cuenta de la situación fáctica que se tiene por probada** (en otras palabras; es una cuestión material, objetiva y no producto de una inadecuada valoración).

El señor Juez, de primera instancia, dio por probado ese aspecto con apoyo en lo que **declarado** por la acusada; es decir, no se inventó nada. Por supuesto, lo anterior no estaría exento de crítica, pero sería, eventualmente, bajo los cauces de una inadecuada valoración probatoria.

Podría enrostrarse que el señor Juez soslayó que la declarante tiene un fuerte interés en distorsionar la verdad con el propósito de evitarse las consecuencias negativas de la **deducción** de responsabilidad penal, pues, es conforme a la regla de la experiencia que siempre o casi siempre ante le inminencia de un castigo, las personas hagan todo lo que esté a su alcance, inclusive mentir, para evitarlo.

Refuerza esa posibilidad el hecho de que, pese a los graves cargos lanzados contra una persona, ésta se limite a decir que tiene soportes documentales que reafirmarían sus aserciones, pero no los presente.

No obstante, emergen, de la actuación, dos razones que podrían conducir a pensar que la acusada sí presentó ese documento inicialmente, recuérdese el registro civil de matrimonio con nota marginal de cesación de efectos civiles.

En primer lugar, se sabe que la petición de sustitución pensional se elevó el 16 de septiembre de 2013, y, como es apenas obvio, para tal propósito requería algún documento que acreditara un nexo con el pensionado que vislumbrara esa posibilidad jurídica. Si para ese momento no contaba con el registro de matrimonio, sin la nota marginal -pues, se obtuvo un mes después; es decir, 9 de octubre de 2013-, y la declaración de convivencia la presentó el 17 de octubre de 2013, es dable inferir, como lo hizo la primera instancia, que hubiese presentado el registro civil de matrimonio con nota marginal, como ella lo afirmó.

Aunque quedaría la inquietud: ¿para qué iba a presentar luego el mismo registro civil de matrimonio, pero sin la nota marginal, y registrado después de tanto tiempo de celebrado ese rito católico? Sin embargo, no sería irrazonable que creyera que se requería, además del presentado en la notaría, el inscrito en la oficina de registro del estado civil, mucho más si en ese entendimiento hubiera mediado el consejo de un experto en la materia.

De otro lado, al examinar en detalle la declaración del señor Luís Enrique Herrera, sobre el particular, es insuficiente para tener por demostrado que la acusada no lo hubiera anexado. En efecto, si bien es cierto, él afirma que conoció dicho documento por la petición anterior de Ruth Enith, ya que ella lo había adjuntado, de su relato surge claro que no estaba en condiciones de asegurar, de manera contundente, si

la acusada también lo presentó o no.

La documentación de las dos interesadas en el trámite de sustitución se presentó ante la U. G. P. P., y esta entidad, a su vez, la redirigía a la compañía *Cyza outsourcing*, conforme con el objeto contratado. Posteriormente, esta última le asignaba la labor de verificación, a uno de sus investigadores. Para el caso, a quien rindió testimonio, a quien le llegó la información al correo electrónico (minuto 8, en adelante de la sesión de audiencia del 10 de junio de 2019) con anexos que soportan la petición de pensión (16 minutos y 28 segundos, *ídem*).

También refirió que no tenía claro qué documentos había recibido la U. G. P. P. (minuto 49 y 55 segundos); reconoce que la petición de la acusada fue en septiembre, pero como inicialmente indicó que se acompañaba del registro de matrimonio sin nota marginal, que era de octubre, ante la contradicción (Una hora y 3 segundos) aclaró que la U. G. P., recibe la documentación y a esta se la pasa a *Cyza* y, luego ésta a él, cuando está completa, por lo que él hace en noviembre el estudio (1: 05 y siguientes).

En el conainterrogatorio alude que a él le envían los documentos en octubre de 2013 (1 hora 17 minutos y 17 segundos); entre otros, el registro matrimonio, sin nota marginal de cesación de efectos civiles; pero no supo en qué momento la acusada lo presentó, porque a ellos se los pasan todos (1 hora, 16 minutos y 26 segundos)

Ello evidencia, que el citado declarante no estaría en condiciones de afirmar o negar que a él le transmitieron toda la documentación presentada; aunque es muy posible que sí, queda un margen de duda que no estaría en capacidad de despejar. Por lo tanto, queda la duda

sobre si en el *dossier* presentado por la acusada, obraba o no el aludido documento.

De todos modos, se patentizó la espontaneidad en las respuestas de la acusada, en la medida que, como lo destacó el apoderado de la víctima institucional, reconoció que no podía adjudicarle al abogado que le hubiese dicho que obtuviera el registro como lo hizo, sino que debían presentarlo. También en cuanto que era consciente que, de no haber presentado ese documento -sin la nota marginal-, hubiese obrado indebidamente.

Por eso, sin ser acertado, asignar el alcance dado por el Juez de primer grado; en cuanto que sí lo presentó; tampoco es dable sostener la tesis contraria; es decir, que no lo presentó.

Se debe declarar la duda sobre el particular. En esas condiciones, tal circunstancia debería inclinarse en favor de los intereses de la acusada, y ante dicha posibilidad, en verdad, carecería de lógica, afirmar su conocimiento y voluntad plena de engañar al servidor público, para que declarara el derecho a su favor, con dos documentos contradictorios.

Fue por eso, por **lo que, en consideración de la Fiscalía, ni siquiera existiría idoneidad para inducir en error a la autoridad**, lo cual, en el contexto visto, sería razonable, pues, no planteó que el comportamiento punible requiriera la efectiva inducción en error o la materialización de lo pretendido con las argucias, presuntamente, desplegadas.

Adicionalmente, si bien es cierto, con lo aseverado por el abogado Pedro Digno Noriega, no podría afirmarse probado que él aconsejó obtener y presentar ese documento, sin la nota marginal, no se puede

desatender que tampoco se demostró lo contrario, pues, básicamente, dijo no recordar y refirió lo que él creía que le había podido solicitar como documentos para el trámite de sucesión, per curiosamente, pese a su olvido fue enfático en que “...*nunca le ha dicho a la señora **LIBIA** que haga un registro...*”

De todos modos, no soslaya la Sala mayoritaria, que así recordara exactamente lo sugerido, era improbable que lo admitiera, al tener estrecha relación con una posibilidad delictiva, que podría reputarle consecuencias adversas, al menos en el ámbito disciplinario, sino es que penal, eventualmente, mucho más cuando él sabía de la cesación de efectos civiles, al haber obrado como apoderado judicial en esa actuación.

Insístase, es cierto que él no representaba a la acusada en el trámite pensional, pero ello no excluye la posibilidad que en la medida que la acusada es una persona sin conocimientos jurídicos, era bastante probable que acudiera al abogado para pedirle un concepto o un consejo, pues es conforme a la experiencia, que una persona lega en una materia se asesore de alguien que puede orientarla con perspectiva profesional.

En cuanto a la convivencia, la acusada básicamente adujo que, a pesar de la distancia, si bien el señor Jorge Rubio laboraba en Caucasia, continuaron sosteniendo relación de pareja; por eso, en Medellín se quedaba con ella, en el apartamento, donde residía con las hijas.

En esa convicción, aportó el 17 de octubre de 2013, un acta de testimonio individual del 15 de octubre de 2013 indicando que era la esposa del causante, por el matrimonio católico celebrado el 6 de

agosto de 1979, y que, desde esa fecha, convivió Jorge Rodolfo Rubio, **hasta el día de su muerte**. Si bien, en estricto sentido era impreciso que vivieran juntos, porque él vivía en Caucasia con una sobrina, no enerva la posibilidad de convivencia.

La afirmación sobre lo sustancial fue respaldada de diversas formas. La hermana del causante; es decir, Nancy Isabel Rubio Díaz, aunque reconoció la unión de su hermano, con Ruth Enith hasta 2007, indicó que él en 2010 había tenido una relación con otra persona (Ana Torres), lo cual percibió porque él vivía en arriendo en su casa, hasta 2013, en lo cual coincidió Luz Myriam Montes Sierra, y que siempre había mantenido el trato de pareja con la acusada -a quien visitaba cada mes o cada 15 días-, a la cual reconocía, la declarante, como su esposa. Incluso, como, a veces, viajaba desde Caucasia a Medellín con su hermano, en una oportunidad que se quedó en el apartamento de **LIBIA ROSA**, percibió que durmieron juntos en una misma habitación.

Igualmente explicó que la acusada se había domiciliado en Medellín por problemas económicos y por el estudio de su hija mayor, pero que la relación de ella con su hermano seguía normal.

En similar dirección Claudia Cristina Doncel Díaz, quien fue empleadora de la acusada, dio cuenta que esta vivió en Caucasia hasta el 2002, y, posteriormente, se fue a vivir a Medellín, coincidiendo en que esos fueron los motivos para irse. Dando cuenta de la buena relación de pareja de ellos, y de las visitas de Jorge Rodolfo cada 15 días a Medellín, porque él vivía en Caucasia.

Además, la señora Luz Miryam Montes Sierra, también reconocía a la acusada como la esposa del señor Jorge Rodolfo Rubio, quien siguió

viviendo en Caucasia por su trabajo como docente, y que la acusada habría fijado residencia en Medellín, en 2002, por problemas económicos, y por el estudio de una de las hijas. Indicó que al momento de la muerte del señor Jorge Rubio, estaba solo

También sabía de la relación de Ruth Enith Guerra con Jorge Rodolfo Rubio, quienes tuvieron tres hijos, y que, pese a ello, aquéllos no se separaron.

Estas últimas declarantes, confirman lo expresado por la acusada por las razones que la llevaron a establecerse en Medellín.

Aunque la sobrina del difunto; es decir, Karla Andrea Rubio Macea, única persona con quien vivía en Caucasia el señor Jorge Rodolfo Rubio apenas conoció a la acusada en el velorio, porque nunca la vio en Caucasia -sin que con ello hubiese contradicción porque la acusada nunca lo refirió-, sabía que era “*la esposa de su tío*” y que él a diario, a medio día, la llamaba y los fines de semana se iba para donde ella. Nótese que además de la espontaneidad, percibía el trato que le dispensaba el señor Jorge Rodolfo Rubio a la acusada, como si fuera “*su esposa*”, a pesar de que también sabía de la relación que su tío había tenido con Ruth Enith.

Igualmente, las señoras Claudia Cristina Doncel Díaz, Yedmy Mayely Vera Mogollón y Luz Enith Madera Arrieta; de manera clara y sin ningún interés, en condición de vecinas y conocidas, dieron cuenta de la asidua visita; al comienzo cada 15 días y luego cada 8 días del señor Jorge Rubio, a la acusada, y que percibían el trato que le dispensaba como pareja.

Incluso Yedmy Mayely Vera Mogollón, indicó que él también iba en vacaciones de mitad de año, semana santa y diciembre, se le veía en la casa, pues era docente en el municipio de Caucasia, y pudo presenciar el trato que se daban porque iba al apartamento, por ser amigos.

Aparte de las dos hijas con **LIBIA ROSA**, Jorge Rodolfo Rubio tenía otros tres hijos extramatrimoniales que vivían en Caucasia, eso se lo había comentado **LIBIA**.

En similar dirección, Luz Enith Madera Arrieta, los apreciaba como esposos, pues así se lo presentó **LIBIA**, y los veía cogidos de las manos; afirma que lo vio todos los fines de semana al señor Jorge Rodolfo Rubio en la casa de **LIBIA**, incluso el domingo previo a la muerte.

Sin que puedan calificarse como contradicciones que alguna lo viera cada 15 días y otra todos los fines de semana, pues, según se desprende de las declaraciones, no fue durante los mismos períodos en que lo percibieron, y en todo caso, una absoluta uniformidad, conduciría a pensar en falta de espontaneidad, porque es imposible que todas tuvieran la misma posibilidad de darse cuenta de lo mismo, cada cierto tiempo.

Las referidas declarantes son dignas de crédito, en la ponencia original, se aduce que no desacreditan la responsabilidad penal de los comportamientos atribuidos o que no refieren a las acciones fraudulentas, pero para la Sala mayoritaria, no se pierde de vista que uno de los objetivos de las pruebas, también, es hacer más o menos probable hechos o circunstancias relativos a la realización de la

conducta delictiva (artículo 375, Ley 906 de 2004). Por supuesto, que esas versiones cumplen el objetivo, en la medida que dicen relación a si con base en lo percibido se hacía menos probable la satisfacción del requisito subjetivo; si de los efectos exteriorizados podría inferirse que había alguna forma de convivencia, que incidiera en el propósito de reclamación de sustitución pensional.

Ciertamente, recuérdese que, en el ámbito del derecho de familia, una de las formas de acreditar ese tipo de relaciones, surge de la percepción de familiares y allegados; bajo el concepto conocido como **posesión notoria del estado civil, como se desprende del artículo 396 del Código Civil**: “...*en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas sociales...*”.

En esas condiciones, ni el hecho de que el señor Jorge Rodolfo Rubio, hubiese sostenido una relación de convivencia con Ruth Enith, o con otra persona (Ana Torres), o que la acusada no fuese a Caucasia, o que el señor Jorge Rubio estuviera realizando estudios, imposibilitaban que aprovechara para mantener o restablecer una relación de pareja con la persona con la que, de mutuo acuerdo, habían resuelto cesar los efectos civiles del matrimonio católico.

En su declaración la acusada dejó traslucir, en su convicción, que estaba casada y siguieron la convivencia, aunque hubo una cesación de efectos civiles. Explicó que Jorge Rodolfo Rubio vivía en Caucasia porque él trabajaba allá y venía a su casa en las vacaciones, y, en el último año, venía su casa cada 8 días porque estaba haciendo una Maestría. A veces, llevaba los hijos de Ruth Enith Guerra, con quien vivió hasta el año 2007, porque vivieron con Jorge, en forma simultánea.

El hecho que tratara de acreditar para la reclamación, tanto la condición cónyuge supérstite -con base en que persistía el vínculo de la iglesia, con las anotado sobre el particular-, y la convivencia con el causante, en lugar de reafirmar dolo, lo enervarían, pues demostraba el desconocimiento exacto de esas figuras y que podrían ser hasta excluyentes para lo pretendido.

En la actualidad, no se puede tener como una realidad social imperante; una suerte de monogamia absoluta, por la cual una persona que tenga convivencia establecida, no pueda sostenerla, alternativamente, con otra. No hay paradigmas sobre el particular; de ahí que en ámbitos del derecho de familia y pensional, se haya reconocido, incluso, la figura del poliamor, como forma, poco ortodoxa, de conformar familia, con los efectos legales en esas temáticas.

En efecto, judicialmente se han reconocido derechos a personas con las que se sostiene convivencia, pese a que una de ellas tenga un vínculo matrimonial vigente, con lo que emerge que no sería un requisito esencial que con la persona con la que se convive sea de una manera constante -como al parecer, se entiende en la ponencia, para descartar esa posibilidad-, sino que haya un mínimo de permanencia (Sentencia T-018 de 2014 y decisión dentro del radicado 050013105 – 007 – 2015 – 01955, proferida por Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín y confirmada en providencia del 28 de mayo de 2019, Sala Laboral, Tribunal de Medellín).

No obstante, igual que la anterior conclusión parcial, no podría tenerse como plenamente probada la convivencia, pero, al menos, aflorarían razones que impedirían negar contundentemente su existencia, mucho más al tratarse de un aspecto tan íntimo de difícil prueba externa, y

apoyado en que, la cesación de efectos civiles del matrimonio católico, por lo general, conduce a la separación definitiva de la pareja, lo cierto es que el matrimonio, como sacramento; es decir, bajo el rito católico pervive, y podría conducir a insistir en ese vínculo, con la convivencia.

Al menos es razonable la duda sobre el particular, insístase, de cara a la esfera cognoscitiva de la acusada, que podría no tener claridad en esos conceptos que no son de una comprensión sencilla, lo cual toma fuerza, cuando, por ejemplo, en la ponencia, incluso, se asimiló cesación de efectos civiles -de un matrimonio católico-, con el divorcio (último párrafo de la página 55); así mismo lo expresó la defensa y la acusada.

Tampoco sería dable descartar esa posibilidad con lo aseverado por el señor Luís Enrique Herrera, dado que, si bien estableció la convivencia de Ruth Enith Guerra Sierra, como se anticipó, ni ello, ni los demás aspectos relacionados, impedirían que la acusada y el señor Rubio hubiesen tenido algún trato de pareja que condujera, a que ella pensara que era una forma de convivencia.

Entre otras cosas, las apreciaciones del referido testigo, si bien sirvieron para la toma de la decisión administrativa de negar la sustitución pensional, no podrían tener efecto vinculante para la Sala, al interior del proceso penal, dado que no serían más que expresiones de referencia inadmisibles; por ejemplo, si los insumos de sus conclusiones fueron entrevistas, se debió traer a las personas que las vertieron, a declarar en este proceso, así como se incorporaron los documentos válidamente obtenidos de manera directa, y que tienen validez por su aporte y no por su referencia a ellos, o a las discordancias advertidas, pues al obrar en la actuación, permiten su valoración judicial.

Insístase, ese análisis crítico es del resorte del Juez penal, sin que deba desplazarse por la opinión de un declarante, basado en “*labores de vecindario*”, realizadas para establecer convivencia de Ruth Enith Guerra Sierra y para demeritar la esgrimida por la acusada.

Además, si en gracia de discusión no fuera referencial, no podría pasar inadvertido el interés connatural en validar sus conclusiones, pues al fin de cuentas, estaría en juego la credibilidad de su labor investigativa.

Desde su óptica, estableció convivencia de Jorge Rodolfo Rubio, con Ruth Enith Guerra Sierra, por 15 años (sesión de juicio oral del 10 de junio de 2019; minuto 14 y 41 segundos, y siguientes); hasta la fecha de su muerte, y que residían juntos (una hora; 11 minutos y 50 segundos).

Información que, bajo los mismos parámetros aplicados en relación con la acusada, no sería tan confiable porque en el proceso se estableció que la relación fue permanente, en la misma vivienda, hasta 2010 (Ruth Enith Guerra, de algún modo lo reconoce); luego fijaron residencia independiente; hubo otra persona (Ana Torres), en la vida del señor Jorge Rodolfo Rubio, con quien vivió en algún período de 2010 (Luz Myriam Montes Sierra y Nancy Isabel Rubio Díaz, coinciden en ello), y, después, se veían frecuentemente pero **no podía afirmarse que vivían juntos al momento de la muerte**, como lo indicó el investigador, acorde con su labor.

Para determinar la convivencia que habría sostenido Jorge Rodolfo Rubio, con Ruth Enith Guerra o con la acusada, de manera etérea indicó que realizó labores de vecindario y entrevistas con personas cercanas,

pero sin indicar, siquiera, quiénes; pero que había establecido la verdad de la situación de la primera y no de la segunda.

En palabras de Ruth Enith Guerra Sierra, la relación con Jorge Rodolfo Rubio empezó desde 1995, quien vivió permanentemente con ellos, hasta el año 2011; pero él para el año 2010 estaba viviendo en la casa de una hermana en el barrio “*San Miguel*”; pero él veía por ellos; se quedaba donde ella o a la inversa; salían a paseo normal como pareja y tenían su relación hasta el momento de la muerte, en 2013. Adujo que la unión marital de hecho se configuró para el año 2008.

Más adelante indicó que en el año 2012 no vivían en la misma casa, pues Jorge Rodolfo Rubio murió en febrero 18 de 2013 y para enero de ese mismo año, ella no residía en la misma casa, pues aquél desde 2010, residía en la casa de una hermana (Nancy Rubio), donde permaneció por dos años.

Desde su óptica desde 1991, la acusada y Jorge Rodolfo Rubio no convivían, pues, hacía más de 17 años no tenían ningún vínculo, solamente amistad en razón a las hijas. También que la acusada presentó el registro No. 034563633, sin anotación de la cesación de efectos civiles, y ella había presentado el registro civil de matrimonio con la anotación de la cesación de los efectos civiles de matrimonio católico. Por eso, posteriormente, se anuló el registro efectuado por la acusada; con base en la sentencia judicial y, en el primer Registro Civil de Matrimonio que tenía la referida anotación de la sentencia.

La pensión fue otorgada en un 100% a favor de sus hijos; pero en el año 2016, empezó a reclamarla, en calidad de compañera del causante.

Aunque en términos generales la declaración de Ruth Enith Guerra Sierra, es responsiva y congruente; tuvo la posibilidad de percepción de la mayoría de circunstancias relatadas -pero de algunas no-, no podría desatenderse el evidente interés que le asistía en que no se reconociera la posibilidad de convivencia del causante con la acusada, pues si bien es cierto, inicialmente solo hizo reclamación en representación de sus hijos; en 2016, lo hizo para ella, y se podría ver disminuida su cuota de acreditarse convivencia simultánea con la acusada, lo cual constituiría un fuerte motivo para tratar de desestimar la eventual convivencia simultánea de aquélla.

Ese sesgo se advierte, persistentemente, al dar por sentado, aspectos sobre los cuales o no le constaba o simplemente era testigo de referencia sobre lo que, presuntamente, le decía Jorge Rodolfo -quien obviamente, es posible que no quisiera develar lo que ocurría con la acusada-. En efecto, ¿cómo podría saber ella si su trato era solo de amistad, o de pareja como lo percibían terceros imparciales?

Igualmente, de algún modo, la pone en entredicho la señora Nancy Isabel Rubio, pues, aludió que su hermano vivía en su casa, solo con su sobrina.

En esas condiciones, para la Sala mayoritaria; no obstante que **no** se podría predicar plenamente demostrado un error de tipo, sí emergen serias y razonables dudas en torno a que la acusada tuviese el conocimiento que con la solicitud de sustitución pensional estaba desplegando argucias, con la idoneidad de inducir en error al funcionario público encargado de reconocerla, lo cual se infiere de que, al parecer, presentó el registro de matrimonio con nota marginal y otro sin esa indispensable anotación -y, eventualmente, requerida por

recomendación de su abogado en el trámite de sucesión-; con la idea errada que bastaba la vigencia del matrimonio católico, aunque hubieran cesado los efectos civiles, y, de otro lado, al estimar que era posible, en todo caso, que la relación de pareja con el causante, percibida por allegados y vecinos, fuese suficiente para configurar la convivencia exigida de techo, lecho y mesa.

Complementariamente, como se anticipó, tampoco sería descabellada la propuesta de la Fiscalía, al estimar que, ante la perplejidad, sobre si la procesada había adjuntado los dos registros de matrimonio; uno con la nota marginal, y otro sin ella, sumado a la declaración de convivencia con el causante, no tuviesen la idoneidad para inducir en error, pues, lucirían contradictorios a sus pretensiones.

Obviamente, no se está significando que la materialización del resultado propuesto -pues, efectivamente, es de mera conducta CSJ AP 17 de octubre de 2012, radicado 39.659 y CSJ SP 2 de agosto de 2017, radicado 41.467, entre otras)-, pero sí que fuesen medios de tal talante capaces de generar el error en el funcionario público que debía emitir el acto administrativo:

***“...no basta la sola actuación para que se configure el tipo penal, es imprescindible que la misma tenga una connotación engañosa, es decir, que sea viable <<para cambiar, alterar o varias la verdad ontológica con el fin de acreditar ante el proceso que adelante el servidor público una verdad distinta a la real, que con la expedición de la sentencia, acto o resolución adquirirá una verdad judicial o administrativa>>”*** (CSJ SP16843-2014, radicado 41630; CSJ SP 30 de noviembre de 2016; CSJ AP 21 de julio de 2017, radicado 49.447; CSJ AP3670-2018, radicado 51.816; CSJ SP763-2020, 56.662, entre

otros).

De otro lado, ante la duda sobre la configuración de una causal excluyente de responsabilidad, conocida como error de tipo, fundada en la equivocada representación de dichos aspectos, necesarios para predicar su conocimiento y voluntad delictiva dirigida a obtener un acto contrario a la Ley, impedirían que, con base en presupuestos objetivos, se emitiera una decisión condenatoria.

En consecuencia, **al reconocer la duda sobre dicho tópico, se debe absolver a la acusada por el comentado cargo, y, en esas condiciones, confirmar la sentencia de primera instancia, en ese sentido.**

En sentido contrario, y como se anticipó ante la ponencia inicial, se estima que es dable la revocatoria de la absolución frente al otro cargo por el que se presentó la alzada; es decir, el relacionado con la solicitud y obtención de un nuevo registro civil de matrimonio, con omisión de la anotación marginal de la cesación de efectos civiles, a partir de presentar el acta de matrimonio original, para ese efecto.

Desde una arista eminentemente objetiva, se estableció, como se ha venido precisando, que el matrimonio contraído en 1979, entre la acusada y el señor Jorge Rodolfo Rubio -inscrita en la Notaría del Circulo de Caucaasia-, por mutuo acuerdo había cesado en marzo de 2002, por declaratoria del Juzgado promiscuo de Familia de Caucaasia, y que, en octubre de 2013, por encargo de **LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA**, se presentó de nuevo el acta de matrimonio ante la registraduría del estado civil, y se obtuvo un nuevo documento de registro de matrimonio, en el que al no constar lo relacionado con

## **la cesación de efectos civiles, contrariaba la realidad.**

La prueba sobre ese extremo es contundente. En efecto, incluso la acusada lo admite, aunque tratando de justificarse en que creyó que aparte del registro en la Notaría era necesario hacerlo en esa otra oficina, y la defensa implícitamente lo reconoce y, adicionalmente, que todo se debió a la omisión del cruce de información entre entidades.

Baste recordar, que, efectivamente, Luís Enrique Herrera Navarro, al obtener el documento de *Cyza outsourcing* y esta a su vez de la U. G. P. P., sobre el matrimonio recientemente registrado (9 de octubre de 2013), a pesar de que databa de más de 30 años (1979), y después de la muerte del señor Jorge Rodolfo Rubio, lo cual generó una alerta, y puesto que aquél investigador había conocido otro documento aportado por Ruth Enith Guerra, que daba cuenta de la cesación de efectos civiles del matrimonio católico, lo verificó, con ayuda de dicha señora, en la providencia del Juzgado Promiscuo de Familia de Cauca.

El registro anterior fue de agosto de 1979, inscrito en el folio 418 del libro de la Notaría, y ahí figuraba la anotación de la sentencia fechada el 19 de marzo de 2002.

Posteriormente, lo comunicó al registrador, quien, con esos soportes, hizo el trámite para cancelar el acto administrativo de registro el 3 de diciembre de 2013, como consta en el registro civil de matrimonio del 5 de junio de 2014.

Esos documentos públicos, se incorporaron, en debida forma en el juicio oral, y aunque con ellos bastaría probatoriamente, también dan cuenta de ello, las declaraciones del investigador, de la mencionada señora

Ruth Enith Guerra, la acusada y de quien materialmente hizo ese trámite, a instancias de aquélla, y que permiten develar, igualmente, el aspecto subjetivo del dolo, en la perpetración delictiva.

Ciertamente, quedó claro que la acusada sabía de la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, y así pretendiera un nuevo registro -en una oficina diferente a donde se había realizado inicialmente-, de considerarlo necesario, o por sugerencia del abogado, era un aspecto que tenía repercusiones, obviamente, en su condición de esposa, lo cual es un aspecto fáctico y objetivo, de fácil comprensión para cualquier persona, sin que dependa de los efectos jurídicos, o la importancia que ello podría representar, pero lo que sí era evidente la mutación de la verdad, por omisión de un aspecto conocido -cesación de efectos civiles-.

Al respecto, no interesaba lo que considerara la acusada sobre si subsistía el vínculo matrimonial o la convivencia, como aspectos con contenido jurídico, sino que algo había cambiado y era su deber ponerlo en conocimiento al momento de solicitar un nuevo registro, ante la supuesta creencia de realizarse en otra oficina, pues en cualquier caso, exigen sujeción a la realidad, lo cual le era tan claro que lo único que le llamó la atención fue si no había problema porque Jorge Rodolfo Rubio había fallecido, y no ese tópico.

Por esa razón, sobre ese específico punto, para la acusada era de fácil comprensión que, así el abogado Pedro Digno Noriega le hubiera solicitado o sugerido la obtención de un nuevo registro de matrimonio -diferente al inscrito en la Notaría-, ya no era posible solo el registro del acto acontecido en 1979, sino que era imprescindible que constara la situación que lo modificaba, de algún modo, con ocasión de la

providencia judicial de 2002, en cuanto a la cesación de efectos civiles, al no hacerlo conocía que engañaba al servidor público y que el medio aportado -acta de matrimonio de 1979-, tenía capacidad para inducirlo en error, y sin que se requiriera resultado lo consiguió -registro de matrimonio sin nota de cesación de efectos civiles-, precisamente por la idoneidad de su petición y el documento aportado (partida de matrimonio, sin más anexos).

Por eso, la acusada, era consciente que, en el registro obtenido, faltaba la nota marginal de cesación de efectos civiles que sí existía ya en el registro efectuado en la Notaría, y que eso no estaba bien; por eso, expresó que si ante la U. G. P. P., hubiera reclamado solo con el registro donde no está la nota marginal, sí hubiera sido un delito, aunque, como se explicó, quedó la duda sobre si aportó el otro en esa actuación.

Como ya se advirtió, se patentizó la espontaneidad en las respuestas de la acusada, en la medida que, como lo destacó el apoderado de la víctima institucional, reconoció que no podía adjudicarle al abogado que le hubiese dicho que obtuviera el registro **como lo hizo**, sino que debían presentarlo.

Por lo tanto, no queda duda para la Sala la intención de la acusada era hacerse a un nuevo registro civil de matrimonio, sin la anotación de la cesación de los efectos civiles, y quizás con un propósito ulterior, como el planteado por el apoderado de la víctima institucional, pero sobre el cual quedaron serios reparos que no permitieron convicción.

La señora Luz Miryam Montes Sierra, fue quien materialmente realizó el trámite por petición de la acusada, dejando claro que no se le advirtió nada de la cesación de efectos civiles -ni lo sabía-, por lo que solo

preguntó qué se requería para el registro de matrimonio, y conforme a lo que le informaron, obtuvo la partida de matrimonio en la parroquia y la llevó a la Registraduría y realizaron el registro.

En las condiciones, anotadas, frente a dicho cargo, en realidad, como lo propuso la Fiscalía, y se acogió desde la ponencia original, con total acierto, no hay ninguna duda ni de la idoneidad del medio engañoso utilizado por la acusada -mediante otra persona de la que se valió como instrumento-, ni del dolo, pues no hubo ningún espacio a un error de tipo, ni siquiera por duda, **por lo que se impone la revocatoria de la decisión absolutoria de primer grado, y, en su lugar, habrá de condenarse a la acusada LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA.**

Tanto objetiva, como subjetivamente, se logró convicción, más allá de toda duda, de la satisfacción de los requisitos para la adecuación típica de la conducta de Fraude Procesal (artículo 453 de la ley 599 de 2000), en la medida que el sujeto activo; es decir, la acusada, usó un medio fraudulento -solicitud de inscripción de matrimonio, con un acta de 1979, ocultando la cesación de efectos civiles del matrimonio, con idoneidad para la obtención de un nuevo documento en el que no se plasmara tan importante singularidad, que afectaba su verdadero estado civil actual; contrariando la ley, para que el servidor público, inducido en el error procediera a emitir un acto administrativo -nuevo registro en octubre de 2013- contrariando la verdad, al punto que luego fue necesario un nuevo acto administrativo, cancelando aquél espurio.

Satisfaciendo, los requisitos establecidos jurisprudencialmente (CSJ SP, 25 de abril de 2018, radicado 48589; CSJ SP 2 de agosto de 2017, radicado 41.467; CSJ SP783-2020, del 4 de marzo, radicado 56.662, entre muchas otras).

Como se argumentó, con suficiencia, la procesada conocía que eso era exactamente lo que hacía y se valió de un tercero para realizarlo; es decir, además quiso su realización, pues, repítase, no necesitaba ostentar conocimientos jurídicos, para saber que dicha omisión falaz tendría repercusiones.

Adicionalmente, el comportamiento es antijurídico, en la medida que puso en peligro de lesión la recta administración de justicia, en sentido amplio, dado que es una conducta pluriofensiva y uno de sus intereses de protección es la administración pública, que propende por proteger la legalidad en la adopción de decisiones judiciales o administrativas, a cargo de los servidores públicos y no solamente los judiciales. En otras palabras, se puso en peligro la integralidad del ordenamiento jurídico, en su faceta formal, y la administración pública, en su perspectiva material, sin ninguna causal excluyente de este presupuesto (véase CJS SP3250-2019, 14 de agosto, radicado 51.745).

Finalmente, el comportamiento típico y antijurídico es reprochable, puesto que **LIBIA ROSA MEDINA**, era capaz de comprender que esa actuación era contraria al ordenamiento jurídico, por eso su afirmación que de haber presentado solo ese registro ante la U: G. P. P. era ilegal; es decir, sabía que lo obtenido no era acorde a la Ley, por ser extraño a la verdad, y no se dejó determinar por ese conocimiento, por lo que le era exigible obrar de otra manera; es decir, solicitar el registro ajustado a la real situación de su estado civil declarado judicialmente en 2002.

Como se anticipó, **se revocará la sentencia de primer grado, frente a dicho comportamiento punible, y, en su lugar, se condenará a la señora LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA, por un delito de fraude**

**procesal**, por cumplimiento de lo requerido en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dado que hay convicción más allá de toda duda de la responsabilidad de la acusada, pues su comportamiento fue típico, antijurídico y culpable, por lo que, conforme a la acusación y la petición de la Fiscalía en los alegatos de cierre.

## **VII. CRITERIOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA**

Dada la postura jurisprudencial, según la cual, en segunda instancia no hay lugar a adelantar lo dispuesto para la individualización de la sanción (Radicado 36.616, decisión del 24 de octubre de 2012), se procederá a fijar la pena correspondiente y al examen de la posibilidad de mecanismos alternativos a la privación de la libertad.

## **VIII. DOSIFICACIÓN PUNITIVA**

Con tal propósito, los parámetros dispuestos por el artículo 453 del Código Penal, se contrae a pena principal privativa de la libertad de 6 a 12 años de prisión; de multa de 200 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

Conforme al procedimiento signado en el artículo 61 del Código Penal, se establecen cuartos punitivos, para lo cual, a la mayor proporción se le resta la menor (12 – 6; 1000-200 y 8-5), y el resultado (6; 800 y 3, respectivamente) se divide por 4 (6 años /4; 800/4 y 3/4) y el resultado 1 año y 6 meses; 200 S.M.L.M.V., y 9 meses, se irá incrementando desde el mínimo hasta a encontrar el máximo; así:

Primer cuarto punitivo: de 6 a 7 años y 6 meses de prisión; segundo cuarto punitivo: de 7 años y 6 meses a 9 años de prisión; tercer cuarto punitivo: de 9 a 10 años y 6 meses de prisión; cuarto punitivo máximo: de 10 años y 6 meses a 12 años de prisión.

Primer cuarto punitivo: de 200 a 400 SMLMV; segundo cuarto punitivo: de 400 a 600 SMLMV; tercer cuarto punitivo: de 600 a 800 SMLMV; cuarto punitivo máximo: de 800 a 1000 SMLMV.

Primer cuarto punitivo: de 5 años a 5 años y 9 meses de inhabilitación; segundo cuarto punitivo: de 5 años y 9 meses a 6 años y 6 meses de inhabilitación; tercer cuarto punitivo: de 6 años y 6 meses a 7 años y 3 meses de inhabilitación; cuarto punitivo máximo: de 7 años y 3 meses a 8 años de inhabilitación.

Dado que no se atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad, corresponde seleccionar el primer cuarto punitivo, con respecto a cada uno de los tipos de pena, en armonía con el inciso primero del citado artículo 61 del Código penal.

Seguidamente, y toda vez que no se detecta ninguna circunstancia especial que permita predicar mayor gravedad de la conducta o intensidad del dolo, o daño causado, etc., más que el propio de la conducta punible desplegada se impondrá, el mínimo del cuarto punitivo, en relación con cada una de las penas descritas.

En consecuencia, a la señora **LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA** se le impondrá como **pena principal privativa de la libertad, 6 años de prisión; la de pecuniaria de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 5 años de inhabilitación para el**

**ejercicio de derechos y funciones públicas.**

## **IX. MECANISMOS ALTERNATIVOS A LA PENA PRINCIPAL PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**

De entrada, debe decirse que se negará el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena dispuesto, en la medida que la sentenciada no satisface el requisito objetivo de 4 años o menos de prisión, contenido en el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, puesto que le imponen 6 años de prisión.

Por el contrario, con respecto a la prisión domiciliaria contemplada en el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, satisface el requisito objetivo pues la conducta punible por la cual se condena -6 años-, que coincide con la mínima prevista en la ley, no excede de los 8 años de prisión exigidos.

Además, la conducta punible no está enlistada, como prohibida, en el artículo 68 A del Código Penal, y se acreditó el arraigo social y familiar de la procesada conforme a lo estipulado por las partes.

Por lo tanto, **se concederá a la procesada LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA, el subrogado penal de la prisión domiciliaria**, para lo cual donde deberá cumplir con las obligaciones de la diligencia de compromiso previstas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal, y en garantía deberá suscribir, previamente, diligencia de compromiso y prestar caución prendaria, por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

## X. CUESTIÓN ADICIONAL:

Aunque esta Corporación en pretéritas decisiones había decidido compartir plenamente los salvamentos de voto de los magistrados disidentes, de la decisión de exequibilidad condicionada C-792 de 2014, en torno a que la Corte Constitucional, no podía reemplazar al Congreso de la República para regular lo relativo a la garantía de la doble instancia frente a la primera sentencia condenatoria; por cuanto era necesaria una argumentación clara y suficiente para desquiciar, por esa vía, la separación de los poderes públicos (Artículo 113 de la Constitución Nacional), con todas las demás repercusiones que se derivan, como las anotadas por la Sala de Casación Penal; lo cierto es que el Tribunal de cierre en la materia, entró a regular el asunto, con la decisión AP1263-2019, Radicación N° 54215, de 3 de abril de 2019.

Mientras el legislativo consagre el respectivo procedimiento, la Corte Suprema fijó reglas provisionales **para tramitar la apelación de primeras condenas emitidas en segunda instancia por los tribunales superiores**, por lo que se deberá cumplir, con esos derroteros, en garantía de la doble conformidad.

Como quiera que estamos ante una decisión que comporta primera condena, se acatará el trámite expuesto; de ahí que se informe que es procedente **impugnación especial para la procesada y/o su defensor**, mientras que, para las demás partes e intervinientes, tienen la posibilidad de interponer recurso de casación, ambos recursos, dentro de los términos ya fijados por la ley, debiéndose realizar el procedimiento dispuesto en la citada providencia.

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,

## **VI. RESUELVE:**

**PRIMERO. – REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha, naturaleza y origen, objeto de apelación, con fundamento en lo expuesto en precedencia. En su lugar, **SE CONDENA** a la ciudadana **LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA**, por un delito de fraude procesal, en cumplimiento de lo requerido en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dado que hay convicción más allá de toda duda de la responsabilidad de la acusada.

**SEGUNDO.** - En consecuencia, se impone a la condenada **LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA**, pena principal privativa de la libertad de 6 años de prisión; la de pecuniaria de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 5 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

**TERCERO.** - **CONCEDER** a **LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA**, el subrogado penal de la prisión domiciliaria, para lo cual donde deberá cumplir con las obligaciones de la diligencia de compromiso previstas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal, y en garantía deberá suscribir, previamente, diligencia de compromiso y prestar caución prendaria, por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**CUARTO.** - En lo demás aspectos que fue objeto de impugnación, se confirma la sentencia de primer grado.

CUJ  
RADICADO  
ACUSADA  
DELITO  
ASUNTO  
DECISIÓN

0515460003612014400549  
2019- 0972  
**LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA**  
FRAUDE PROCESAL, CONCURSO HOMOGÉNEO  
SENTENCIA ABSOLUTORIA  
CONFIRMA PARCIALMENTE Y REVOCA

**QUINTO.** - La **decisión de primera condena** queda **NOTIFICADA** en estrados, y contra ella procede, conforme a lo regulado en la decisión AP1263-2019, radicado N° 54215, de 3 de abril de 2019 **impugnación especial para la procesada y/o su defensor, mientras que, para las demás partes e intervinientes, tienen la posibilidad de interponer recurso de casación,** dentro de los 5 días siguientes a su notificación, acorde a lo estipulado en el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*(Firma electrónica)*  
**JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ**  
**Magistrado**

*( Firma electrónica)*  
**PLINIO MENDIETA PACHECO**  
**Magistrado**

*( Firma electrónica)*  
**NANCY ÁVILA DE MIRANDA**  
**Magistrada**  
**CON SALVAMENTO DE VOTO**

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

NANCY AVILA DE MIRANDA  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA  
Firma Con Salvamento De Voto

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: **abf7ee5a95b38178b91eccd954c93843ba391cfe5ec102cc9c60c73818a5b49e**  
Documento generado en 04/12/2020 12:23:28 p.m.

## **SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL**

Medellín, 4 de diciembre de 2020

**CUI:** 0515460003612014400549

**Rdo. INTERNO:** 2019-972-2

**PROCESADA:** LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA.

**DELITO:** FRAUDE PROCESAL.

**VÍCTIMA:** RUTH ENITH GUERRA SIERRA

Para empezar me permito reiterar mi consenso con la decisión unánime de revocar parcialmente la sentencia de primer grado para, en su lugar, condenar a la procesada LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA, identificada con la cédula 39.266.993, como autora responsable del delito de fraude procesal, tipificado en el artículo 453 del Código Penal, frente a la solicitud elevada ante el Registrador Nacional del Estado Civil, conforme a lo expuesto en la decisión compartida.

No obstante, de manera respetuosa manifiesto mi desacuerdo con la decisión mayoritaria de absolver a la procesada LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA, por el delito de Fraude Procesal, relacionado con la reclamación de sustitución de la pensión otorgada al señor JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ, en calidad de cónyuge de este, ante la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP –. Decisión basada en la solicitud de absolución realizada por la Fiscalía en los alegatos finales del juicio oral.

En criterio de la suscrita Magistrada Ponente la solicitud de absolución formulada por el Delegado del Ente Acusador en el alegato final, sobre la conducta de FRAUDE PROCESAL cometida por la señora MEDINA ZAPATA ante la entidad pública -UGPP-, no es vinculante para el juez de conocimiento<sup>1</sup>, toda vez que las pruebas practicadas en el juicio oral dan lugar a proferir condena, conforme a los punibles materia de formulación de acusación, respetando con ello el principio de congruencia previsto en el artículo 448 del C.P.P., conforme al precedente judicial fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Ahora bien, teniendo de presente la postura de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en las decisiones SP6808-2016 de 25 de mayo de 2016, fijada dentro del radicado 43.837, y SP928-2020 de 20 de mayo de 2020, radicado 49044, M. P. Gerson Chaverra Castro<sup>2</sup>, al aludir que la petición de absolución deprecada por la Fiscalía en los alegatos de conclusión no vincula al Juez, puntualizando lo siguiente:

*“...la Sala en decisión del 25 de mayo de 2016, rad. 43837 la rectificó.*

*Señaló que la solicitud de absolución elevada por el fiscal en su alegación final no vincula al juez, teniendo como fundamento las características del procedimiento acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004, al advertir que no es puro o netamente adversarial, pues la Fiscalía General de la Nación sigue integrada a la Rama Judicial, su discrecionalidad se encuentra sometida a control judicial, y además del acusado, intervienen las víctimas y Ministerio Público.*

---

<sup>1</sup> CSJ. Sala de Casación Penal, sentencia SP-105852016(41905), ago. 3/16, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. – postura reiterada SP928-2020 de 20 de mayo de 2020, radicado 49044.

*Sostuvo que “la acción penal es una facultad, claro está siempre reglada y sujeta a control judicial”, y su disponibilidad el constituyente “la sujetó a tres límites: la excepcionalidad, la taxatividad y el control judicial”, concluyendo que “todas las formas de suspensión, interrupción o cesación de la persecución penal, sea que deriven del principio de oportunidad o del de legalidad, se encuentran sometidas a la decisión judicial”.*

*Indicó que el rol del juez no es el de un “mero árbitro”, “ya que debe propender por la aplicación de la justicia material y por la defensa de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes”, recayendo en él el poder de decisión, mientras en la fiscalía el de postulación que inicia con la presentación de la acusación y termina con la alegación posterior al debate probatorio en el juicio oral.*

*Concluyó en este sentido, que, si la solicitud de absolución de la fiscalía ata al juez, tendría ella el poder de decisión y el fallo sería un “acto de refrendación” de la voluntad del órgano persecutor.*

*Adujo también el derecho de las víctimas a impugnar las decisiones judiciales, el ámbito material de la segunda instancia, y el principio de congruencia, para sustentar la modificación de su jurisprudencia.*

*La Sala considera que esta variación jurisprudencial, consecuente con las disposiciones constitucionales y legales que rigen al proceso penal acusatorio, fundamentalmente bajo el principio de justicia material que lo orienta y el papel del juez, debe continuar siendo el norte de la actividad judicial.*

*En efecto, la expedición de la Constitución Política de 1991 significó el abandono de la visión egocéntrica privilegiante del Estado y la asunción de la antropocéntrica, en la que el individuo es la medida y centro de todas las cosas. Este nuevo orden, trajo consecuencias en el ámbito de la justicia.*

*Dentro de sus fines esenciales estableció el de asegurar la vigencia de un orden justo. En las actuaciones judiciales, la prevalencia del derecho sustancial. Ambas guardan relación con el principio de justicia material, propia del Estado Social de Derecho que rige.*

*El primero constituye un mandato imperativo del Estado, la obligación de afianzar ese orden justo y el deber de investigar y sancionar las conductas constitutivas de infracción a la ley penal. El segundo, del funcionario judicial para que establezca la verdad jurídica objetiva que emana de los hechos sobre la aplicación formal y mecánica de la ley.*

*En relación con una situación jurídica concreta, el principio de justicia material impone ponderar los resultados de la decisión y en su destinatario. Esto obedece a su finalidad, orientada a la protección efectiva de los valores, principios y derechos constitucionales.*

*“La Corte ha sido enfática en señalar que la aplicación del principio de justicia material y prevalencia del derecho sustancial sobre las formas es de carácter obligatorio. La función de los jueces, aunque supone la aplicación de las formas y normas procesales, no puede convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial y no debe limitarse a la aplicación mecánica de*

*la ley cuando de ello puede derivarse una grave afectación de otros derechos fundamentales”.*

*Desde esta perspectiva, al primar los valores y principios fundantes del Estado Social de Derecho y las garantías y los derechos de los intervinientes en el proceso penal, toda interpretación alejada de los mismos riñe con los postulados constitucionales. Su materialización, obliga a dejar de lado las soluciones que tengan en cuenta únicamente la literalidad del precepto al momento de su aplicación.*

*De ahí, que el proceso penal imponga la obligación de investigar y sancionar las conductas que infrinjan la ley penal, con observancia de los derechos fundamentales de los intervinientes y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia, con prevalencia del derecho sustancial.*

*Así mismo, la de apreciar y valorar las pruebas, al exigir al juez exponer los motivos de estimación o desestimación de las válidamente admitidas en el juicio oral, de modo que no está autorizado a ignorar su existencia, omitir su valoración o no dar por demostrado un hecho o circunstancia, que emerja clara y objetivamente del material probatorio.*

*En tales circunstancias, el juez no puede sustraerse a dichas obligaciones, sometido como se encuentra al imperio de la ley. Bajo estos parámetros, su rol como lo advirtiera la Sala no es el de un “mero arbitro”, sino el de un garante en la dispensación de justicia que responda a los derechos y las garantías de todos quienes intervienen en el proceso penal, haciendo efectivo el derecho sustancial y la obtención de la verdad, fundamentos del ideal de la justicia material.*

*Su papel más allá de las simples formalidades jurídicas, lo compromete a hacer realidad dichos valores y principios. En ese propósito, puede en el juicio oral durante el interrogatorio al testigo, formular preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso, mientras la finalidad de las pruebas es la de llevar a su conocimiento, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y de la responsabilidad penal, del autor o partícipe.*

*Estando el juzgador compelido a decidir, mediante la apreciación conjunta de los medios de prueba, elementos materiales probatorios y evidencia física y a fijarles valor a partir de los criterios fijados para cada uno de ellos, la alegación final de fiscal pidiendo la absolución del acusado, no constituye muro infranqueable que obligue al juez a desatender su rol, con el pretexto de la supuesta vulneración de la congruencia si no la acata.*

*La tesis que se mantiene evita que la función del juez se reduzca a la condición de un invitado más, obligado como lo está, constitucional y legalmente, a sustentar su decisión en las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral, y que éste pierda su razón de ser, convirtiéndose en un escenario en donde las pruebas carecen de toda eficacia, en cuanto dicha manifestación haría inane su valor suasorio.*

*Es contraria a la necesidad de justicia, que a pesar del conocimiento informado del juez basado en las pruebas, sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del autor, tenga que hacer caso omiso de él y desoír las alegaciones de los otros intervinientes, solo porque el fiscal solicita su absolución por considerar que aquellas no prueban su teoría del caso.*

*Ciertamente corresponde al juez, a la conclusión del juicio oral y después de las alegaciones finales de los intervinientes, anunciar el sentido del fallo sin que ninguna disposición legal imponga su coincidencia con la del fiscal, salvo cuando acoja su solicitud de condena, para preservar el principio de congruencia, garantía establecida únicamente a favor del condenado, que no puede serlo por hechos y delitos que no consten en la acusación y por los cuales se haya solicitado su condena.*

***Así como el juez puede absolver al acusado cuya condena pide el fiscal, del mismo modo puede condenarlo cuando solicita su absolución. Desde lo jurídico probatorio, ambas hipótesis correctas, ninguna relación guardan con la congruencia y menos con un supuesto efecto vinculante de la segunda, por violación de este principio.***

***La debilidad de la tesis pregonante del efecto vinculante, estriba en la incapacidad de explicar por qué no se desconoce la congruencia cuando el juez absuelve a pesar del pedido de condena del fiscal. Una respuesta afirmativa, conduciría a la solución insatisfactoria que para preservar el citado principio, la petición del fiscal y la decisión del juez siempre habrían de ser coincidentes, bajo el prurito de ser aquél quien ejerce la acción penal.***

***Su admisión, desconocería la autonomía y obligación del juez de decidir el asunto sometido a su consideración, de acuerdo con las pruebas practicadas en el juicio oral. Además, el imperativo legal que le impone exponer los motivos de estimación y desestimación y no ignorarlas, en consideración a su deber de hacer prevalente el derecho sustancial y viviente la búsqueda de la verdad.***

**Luego si al juez la prueba le aporta el conocimiento más allá de toda duda, no solo de la conducta sino también de la responsabilidad de su autor, no existe sustento alguno, que le permita alejarse del mismo pretextando que en guarda de la congruencia que no lo vincula, deba acoger la petición del fiscal que alega haber fracasado en probar su teoría del caso.**

**Finalmente, ninguna norma constitucional y legal autoriza el abandono de la acusación y por tanto de la acción penal. El principio de oportunidad y la preclusión de la instrucción, en los casos señalados en la ley, no equivalen a una decisión de tal naturaleza; están reglados y su disposición no depende del arbitrio de la Fiscalía General de la Nación sino de su necesidad y la aprobación judicial.**

*En consecuencia, el Tribunal no se equivocó al emprender el análisis de la prueba y decidir con fundamento en ella sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado.*

(...)"

De acuerdo con el anterior precedente, no se desconoce el *principio de congruencia* al no acoger la solicitud de absolución del Fiscal por el punible de FRAUDE PROCESAL cometido en contra de la entidad pública -UGPP- por parte de la señora MEDINA ZAPATA, pues lo que sí se observa es una actuación por parte de la Fiscalía en contravía del *principio de objetividad* pues del acopio probatorio se dilucida que la procesada es responsable penalmente en calidad de autora de la conducta punible de FRAUDE PROCESAL<sup>3</sup> ejecutada ante -UGPP-

---

<sup>3</sup> Ley 599 de 2000. Artículo 453.

Ahora bien, acoger la postura reseñada por el Magistrado JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ y que ha adoptado en consenso con el Magistrado RENÉ MOLINA CÁRDENAS -según las decisiones enunciadas<sup>4</sup> y los demás compañeros que conforman dichas Salas de Decisión implica desconocer el precedente jurisprudencial, el cual tiene un *carácter vinculante* y este no se desvanece porque la decisión de la Alta Corporación no haya sido unánime.

De ahí que, matizar la jurisprudencia del órgano de cierre en la jurisdicción penal ordinaria por parte del Tribunal, implica desconocer ese carácter e incluso desatender la verticalidad del precedente jurisprudencial bajo criterios irrazonables y carentes de ponderación conforme a la estructura judicial en materia penal, en el sentido que, la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria<sup>5</sup>, y ello con la finalidad de justificar un control material de la acusación, en el curso de un **PROCESO ORDINARIO**, al pretender que se decrete la nulidad con sacrificio del *principio de la economía procesal* el cual no respeta la autonomía de la Fiscalía en su calidad de titular de la acción penal conforme al artículo 250 de la Constitución Política, sino más bien implica colocarle una camisa de fuerza por parte del Juez para que actúe en determinado sentido conforme a su rol de acusador.

---

<sup>4</sup> “No obstante, la Sala de Decisión de la cual ha sido ponente el suscrito –e igualmente en la que es ponente el Dr. René Molina Cárdenas-, ha matizado esta última posición jurídica, para aplicarla solamente en actuaciones que luzcan arbitrarias o protuberantemente desfasadas.

...

Así se ha decidido dentro de los radicados internos 2016-0088-5 y 2017-0472-2, con ponencia del Magistrado René Molina Cárdenas. También con código interno 2015-1022-3 y 2019-1065-3, en la Sala que preside el suscrito Magistrado sustanciador, entre otras.”

<sup>5</sup> Constitución Política de Colombia artículo 234.

Adicionalmente, encuentra la Sala que no es posible acoger la petición de absolución deprecada por la Fiscalía sobre la conducta punible de FRAUDE PROCESAL cometida en contra de la entidad pública -UGPP-, pues como se advierte en el proceso de valoración probatoria efectuado, se evidencia que la procesada con su acción incurrió en la conducta punible de la referencia, siendo procedente un juicio de reproche jurídico penal que permita garantizar la justicia material y la efectividad del derecho sustancial sin trastocarse el principio de congruencia, como veremos a continuación:

Con el testimonio de RUTH ENITH GUERRA SIERRA se acredita que la testigo acudió a la -UGPP- para solicitar la sustitución de la pensión a favor de sus tres hijos que eran descendientes del finado JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ y, para ello, arribó la documentación pertinente entre esos documentos, el Registro Civil de Matrimonio inicial de los contrayentes LIBIA ROSA MEDINA y JORGE RODOLFO *-documento que fue incorporado como prueba documental y obrante a fl. 139-*. En el cual reposa la anotación del 19 de marzo de 2002 por sentencia judicial del Juzgado Promiscuo de Familia de Caucasia se resuelve cesar los efectos civiles del matrimonio católico entre la señora LIBIA ROSA y JORGE RODOLFO que fue celebrado el 06 de agosto de 1979.

De igual forma, obra como prueba documental la sentencia en referencia<sup>6</sup> en cual se verifica que procesada LIBIA ROSA MEDINA no tiene la calidad de cónyuge del finado JORGE RODOLFO RUBIO, pues mediante sentencia No. 031 del 19 de marzo de 2002 el Juzgado Promiscuo de Familia de Caucasia – Antioquia, decreta la cesación de efectos civiles del matrimonio católico celebrado el 6 de agosto de 1979 entre JORGE RODOLFO RUBIO y LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA, que fue registrado en la Notaría Única de Caucasia.

---

<sup>6</sup> Fl. 131 s.s.

Demuestra además con este testimonio que la acusada LIBIA ROSA ya no era cónyuge del finado JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ para el mes de febrero de 2013 cuando fallece. Y, que se había registrado el matrimonio por segunda vez, pero sin la anotación de la sentencia del Juzgado Promiscuo de Familia tal y como se puede apreciar en el Registro Civil de Matrimonio con serie No. 03456363 expedido el 9 de octubre 2013<sup>7</sup> en el cual obra denunciante del matrimonio la señora LUZ MIRIAM MONTES SIERRA. Aspectos que son corroborados por el investigador LUIS ENRIQUE HERRERA NAVARRO de la empresa CYSA outsourcing quien realizaba la investigación administrativa por delegación que le realizaba la -UGPP- para determinar la veracidad de los documentos presentados por los peticionarios.

Adicionalmente, observa la Sala que la testigo RUTH ENITH GUERRA SIERRA, reconoce en su testimonio que la razón por la cual no figura en el inventario de bienes de la sucesión intestada la casa que reside en la actualidad la procesada fue por acuerdo que se dio por los abogados litigantes, en el entendido que uno de ellos, estaba representando sus intereses y así se corrobora con lo manifestado por la misma procesada como se apreciará en el momento de la valoración de su testimonio.

De acuerdo con el testimonio del señor LUIS ENRIQUE HERRERA NAVARRO del investigador de la CYSA outsourcing, quien asume la investigación de la reclamación pensional impetrada por la procesada LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA ante la entidad pública -UGPP-; investigación que culminó con un informe denominado "**INCONFORME**", donde se establece que la señora LIBIA ROSA **no era la cónyuge para el momento en que muere el finado JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ**, aspecto que era transcendental para procurar el

---

<sup>7</sup> Fl. 138.

reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de cónyuge y que su *prueba idónea* para demostrar ese *estado civil* era el Registro Civil de Matrimonio<sup>8</sup>.

Determina el testigo HERRERA NAVARRO que el Registro Civil de Matrimonio que presenta la procesada LIBIA ROSA, derivaba de un segundo Registro Civil de Matrimonio que ya contaba con un Registro inicial en la Notaría Única de Caucasia, demostrando ello, que la intencionalidad de la procesada era hacerse a un nuevo Registro Civil de Matrimonio sin la anotación de la cesación de los efectos civiles. Para lo cual le solicitó a una familia llamada MIRIAM MONTES para que fuera a registrar nuevamente el matrimonio en el mes de octubre de 2013, lo cual realizó obteniéndose el nuevo Registro Civil de Matrimonio con el cual pretendió demostrar su estado civil de casada con el finado.

Es claro para la Sala, que la señora LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA por medio de la señora MIRIAM MONTES<sup>9</sup> solicitó el segundo Registro Civil de Matrimonio a sabiendas que ya sabía y conocía que había registrado su matrimonio y que el mismo ya había cesado en sus efectos civiles, haciendo incurrir en error al Registrador quien emite el segundo Registro Civil de Matrimonio sin la anotación de la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, siendo esta conducta *fraudulenta* y cuyo propósito era demostrar ante una entidad pública (UGPP) que tenía el estado civil de casada respecto finado JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ.

Y, en consonancia con la obtención del segundo Registro Civil de Matrimonio realizó su reclamación pensional en calidad de cónyuge del finado de la referencia allegando el Registro Civil de Matrimonio espurio, para lo cual realizó además una declaración extraprocesal aduciendo su calidad de mujer

---

<sup>8</sup> Ver Decreto 1260 de 1970 artículo 101 ss.

<sup>9</sup> Ver fl. 138.

casada con el finado. Pero a raíz de la labor desempeñada por la empresa CYZA outsourcing se determina que su documentación no era veraz generando un informe calificado como *INCONFORME* y que fue remitido a la entidad pública -UGPP-, quienes habían delegado dicha investigación para determinar la veracidad de los documentos arribados por la procesada.

Adicionalmente, del testimonio del señor HERRERA NAVARRO debe resaltarse que si bien el **formato de solicitud de prestación económica de pensión** se encontraba radicado en la fecha 16/09/2013<sup>10</sup>, a esa solicitud se le acompañó el Registro Civil de Matrimonio aportado por la procesada; registro que no tenía la anotación marginal y fue expedido el 9 de octubre de 2013, aludiendo el testigo investigador que la información remitida por la procesada LIBIA ROSA le fue entregada por la Entidad Pública UGPP en el mes de octubre de 2013 y su informe fue entregado en ese mismo año en el mes de septiembre. Siendo claro este testigo en afirmar que dentro la documentación aportada por la señora LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA no había ningún otro Registro Civil de Matrimonio diferente al realizado por la señora MIRIAM MONTES y expedido en el mes de octubre de 2013.

Igualmente, el testigo HERRERA NAVARRO afirma que si bien la fecha de la radicación de la solicitud de la señora LIBIA ROSA fue en el mes de septiembre ante la entidad -UGPP-; era esta entidad quien le iba solicitando la documentación a la peticionaria y, una vez completara la misma, remitía a la empresa *CYSA outsourcing* la documentación de la peticionaria. Y, que, para el caso concreto, fue al testigo quien le fue asignado el expediente para emitir el correspondiente informe sobre la originalidad y veracidad de los documentos presentados por la procesada con la finalidad de establecer si era conforme o inconforme a la información allí arribada a través de la documentación aportada.

---

<sup>10</sup> Ver fl. 187.

De otro lado, es la misma procesada LIBIA ROSA quien afirmó en su testimonio saber y conocer que el matrimonio celebrado en el año de 1979 con el fallecido JORGE RODOLFO había sido registrado y que ese Registro Civil de Matrimonio inicial obraba la anotación de la sentencia judicial proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Caucaasia -Antioquia y, a pesar de saberlo, lo mandó a registrar por segunda vez el matrimonio sin la anotación marginal para lo cual le encomendó a su cuñada MIRIAM MONTES tal labor y así la cumplió.

Del testimonio de la acusada LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA, se desprende que sí sabía que su matrimonio estaba registrado inicialmente y que tenía la anotación de la cesación los efectos civiles del matrimonio católico. Igualmente, reconoce haber sacado el nuevo Registro para lo cual se valió de su cuñada MIRIAM MONTES. También reconoció haber impetrado la solicitud pensional ante la -UGPP- en calidad de cónyuge cuando ya no era la esposa del finado JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ.

En ese sentido, encuentra la Sala que la defensa y la acusada si bien pretendían demostrar una convivencia entre el finado y aquella. Debe significarse, que, aunque se demostrara que sí tuvo una convivencia simultánea con el finado cuando éste estaba conviviendo con la señora RUTH ENITH GUERRA, en nada permitía la prueba de esta situación, demeritar la tipicidad del punible de FRAUDE PROCESAL porque procesada a sabiendas de que su matrimonio ya se encontraba registrado y al solicitar un nuevo Registro del Matrimonio y omitiendo además la cesación de sus efectos por sentencia judicial indujo en error al Registrador del Estado Civil quien en el mes de octubre expidió el nuevo Registro Civil de Matrimonio sin la anotación de la sentencia judicial; siendo este Registro una prueba idónea para demostrar el estado civil de casada con el finado.

Igualmente, una vez obtiene el segundo Registro la acusada remite el documento a la -UGPP-, donde es el mismo investigador HERRERA NAVARRO quien asevera en su testimonio que la señora LIBIA ROSA **solicitó la pensión en calidad de cónyuge y a pesar no ostentar esa calidad, pretendió probarla mediante ese Registro Civil de Matrimonio espurio y allegó además una declaración extrajuicio aduciendo tal calidad<sup>11</sup>y nunca aportó la acusada el Registro Inicial de Matrimonio porque el testigo HERRERA NAVARRO para acceder al mismo lo hizo mediante la señora RUTH ENITH GUERRA SIERRA a quien le correspondió realizar la investigación de la solicitud pensional impetrada por ella en representación de los hijos menores que había tenido con el finado.**

En ese sentido, encuentra la Sala que las exculpaciones de la acusada no se compadecen con lo probado en el juicio oral, donde la señora LIBIA ROSA sabía que no era la esposa del señor JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ al momento de su muerte y, pese a ello, decide obtener un segundo Registro Civil de Matrimonio omitiendo que ya había un Registro inicial y que había cesado en sus efectos civiles.

Tampoco es cierto, que el nuevo Registro de Matrimonio lo haya realizado porque el abogado PEDRO NORIEGA se lo solicitó, pues este profesional en su declaración dejó claro que pudo haberle solicitado unos documentos necesarios para la sucesión intestada, pero que no le solicitó a la acusada un nuevo Registro Civil de Matrimonio, máxime cuando observa este Tribunal que fue la acusada quien directamente estaba agotando el trámite para acceder a la sustitución pensional en calidad de cónyuge del finado JORGE RODOLFO.

---

<sup>11</sup> Ver fl. 188.

De acuerdo al reducido testimonio brindado por este abogado PEDRO DDIGNO NORIEGA VERGARA, debe resaltarse que bajo la gravedad del juramento manifestó el señor PEDRO NORIEGA no haberle solicitado a la procesada que realizara un nuevo Registro Civil de Matrimonio, lo que permite predicar que fue la acusada quien por su propia iniciativa pretendió demostrar ante la -UGPP- la calidad cónyuge y para cual se hizo al nuevo Registro Civil de Matrimonio sin la anotación de la sentencia judicial que decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio, sin olvidar que el mismo testigo HERRERA NAVARRO evocó que, en su calidad de investigador de la empresa CYSA outsourcing arribó los documentos al Registrador del Estado Civil que permitió anular el Registro espurio con el cual la acusada estaba probando su vínculo como cónyuge del finado.

Del testimonio de la señora LUZ MIRYAM MONTES SIERRA, se desprende que en efecto la acusada LIBIA ROSA por intermedio de la señora MIRYAM MONTES SIERRA se hace al nuevo Registro Civil de Matrimonio con el cual pretendió demostrar su calidad de mujer casada con el finado ante -UGPP-, y el solo hecho de omitir la existencia del Registro inicial al Registrador del Estado Civil que si bien al parecer la señora MIRIAM MONTES desconocía de su existencia, más no la acusada quien fue enfática en reconocer que sabía que su matrimonio ya estaba registrado y que el Registro Civil de Matrimonio inicial ya tenía en su margen la cesación de los efectos civiles conforme a la sentencia judicial del Juzgado Promiscuo de Familia, denotando ello, la intencionalidad de la acusada para demostrar un estado civil que ya no tenía conforme a la Ley Civil Colombiana.

De los testimonios de las señoras NANCY ISABEL RUBIO DÍAZ, KARLA ANDREA RUBIO MACEA, CLAUDIA CRISTINA DONCEL DÍAZ, YEDMY MAYELY VERA MOGOLLÓN Y LUZ ENITH MADERA ARRIETA, convocados al estrado judicial se tiene que ninguno de estos testimonios permiten desacreditar la responsabilidad penal de los hechos cometidos por la acusada en la

Registraduría y ante la -UGPP-donde omitiendo que ya el matrimonio estaba registrado y con la anotación marginal de la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, logra registrar por segunda vez su matrimonio -sin la anotación de la sentencia- y, con ese documento pretendió demostrar que estaba casada con el señor JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ (hoy fallecido) hasta el 18 de febrero de 2013, cuando había quedado probado que desde el año 2002 ya no era la cónyuge del finado JORGE RUBIO en virtud del divorcio de mutuo acuerdo que culminó con sentencia del Juzgado promiscuo de Familia de Caucaasia - Antioquia.

Con estos testigos se pretendió demostrar la existencia de una convivencia que para este proceso como se anticipó en líneas precedentes por la Sala, no genera la atipicidad de las conductas punibles de Fraude Procesal, pues la señora LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA ya no era la cónyuge del finado JORGE RUBIO, por lo que las pruebas a demostrar su convivencia no eran en calidad de mujer casada sino de compañera permanente; siendo intrascendente si la defensa demostraba o no ese tópico, pues las conductas punibles de FRAUDE PROCESAL se originaron en la consecución de un nuevo Registro Civil de Matrimonio ante la Registraduría Nacional del Estado Civil y, su posterior uso, ante la -UGPP- aunado con una declaración extraproceso donde afirmó ser la cónyuge del finado Jorge Rubio hasta el año 2013.

Conforme a las probanzas practicadas en la audiencia de juicio oral, encuentra la Corporación probada la ocurrencia de la conducta punible de FRAUDE PROCESAL, tipificada en el artículo 453 del Código Penal, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar demostradas en precedencia,

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina<sup>12</sup> el punible de *FRAUDE PROCESAL* dispuesto en el artículo 453 del Código Penal<sup>13</sup> no requiere para su consumación la obtención del fin perseguido, esto es, **de la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley**. Se trata de un **delito de ejecución permanente** que inicia con la utilización de medio fraudulento para engañar al servidor público, y se prolonga su realización en el tiempo mientras subsista el error, porque la vulneración al bien jurídico amparado se prolonga durante el tiempo que el artificio continúe produciendo sus efectos sobre el funcionario.

De igual manera, dentro de las características de este punible sobresale que se trata de un delito **mera conducta**, como lo expone la Alta Corporación al puntualizar: “...este punible se perfecciona en el momento que el sujeto activo -no calificado-, a través de un medio fraudulento, pretende en inducir en error a un servidor público con el inequívoco objeto de lograr que éste profiera una decisión una decisión contraria a derecho. “El propósito buscado por el sujeto activo es cambiar, alterar, variar la verdad ontológica con el fin de acreditar ante el proceso que adelante el servidor público una verdad distinta a la real, que con la expedición de la sentencia, acto o resolución adquirirá una verdad judicial administrativa.

*Para que se configure esa conducta punible es preciso que exista una actuación judicial o administrativa en la que deba resolverse un asunto jurídico, y que, por ende, sea adelantada por las autoridades judiciales o administrativas. Incorre en ella el sujeto -no calificado- que por cualquier medio*

---

<sup>12</sup> **Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial: Universidad Externado de Colombia. Pág. 37.**

<sup>13</sup> **Ley 599 de 2000. Artículo 453 Fraude Procesal.** El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

*fraudulento induzca en error al servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.*

*Si bien no se exige que produzca el resultado perseguido, se entiende consumado cuando el agente, de manera fraudulenta, induce en error al servidor público. Pero perdura mientras se mantiene el estado de ilicitud y aun con posterioridad si se requiere de pasos finales para su cumplimiento.*

*Los medios engañosos deben ser idóneos (documentos testimonios, pericias, etc.; que involucren un contenido material falso o falaz, de características relevantes)- empleados por el autor o partícipe para desfigurar o alterar la verdad y conseguir, por consecuencia, que el funcionario, convencido de la seriedad o autenticidad de lo acreditado ante él por el sujeto interesado, incurra en equívocos protuberantes que lo puedan conducir a emitir una determinación conforme con esa falsa realidad, pero contraria a la ley”<sup>14</sup>.*

Al tratarse de un delito de *mera conducta* **no requiere de obtener un resultado**, esto es, -el acto administrativo de reconocimiento pensional producto de la inducción en el error al servidor público-, pues solo basta el uso de los medios fraudulentos idóneos por parte del sujeto activo del punible para tratar de obtener de la entidad pública el acto administrativo contrario a la ley.

De igual manera, no considera la suscrita Magistrada viable degradar la conducta punible de FRAUDE PROCESAL al punible de FALSEDAD PERSONAL -en relación con la conducta desplegada por la procesada ante la UGPP-, como lo solicitó el apoderado judicial de la víctima RUTH ENITH GUERRA

---

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación de penal. Sentencia del 23 de noviembre de 2017, radicado SP19726-2017, 51.291, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

SIERRA, pues el punible de FRAUDE PROCESAL al ser de *mera conducta* solo bastaba para su consumación el realizar las maniobras fraudulentas ante la UGPP con la finalidad de cumplir con la prueba engañosa para acreditar el estado civil de casada mediante un nuevo Registro Civil de Matrimonio y con la declaración extraproceso donde manifestó ser la del cónyuge del finado JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ hasta la fecha de su muerte -18 febrero de 2013-<sup>15</sup> con la finalidad de acceder a la sustitución pensional en calidad de cónyuge.

Sobre la causal excluyente de responsabilidad reconocida por el Juez de Instancia para absolver a la procesada, cabe destacar que el error tipo se ha definido por la doctrina<sup>16</sup> como aquel que: -se dirige a que el autor del punible debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo. **El error de tipo** al igual que el elemento intelectual del dolo, debe referirse, por tanto, a cualquiera de los elementos integrantes del tipo sean de naturaleza descriptiva o normativa. Respecto a estos últimos, basta con que autor tenga una valoración paralela en la esfera del profano, para imputar el elemento normativo a título de dolo-. Para el caso concreto, la prueba practicada en el juicio oral permite establecer que la señora LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA sabía y conocía que no era la cónyuge del señor JORGE RODOLFO para el año 2013. Anualidad en la cual realizó directamente la solicitud pensional alegando dicha calidad, sabía del divorcio porque en su testimonio reconoció que el abogado que realizó su divorcio de mutuo acuerdo fue el togado PEDRO NORIEGA.

---

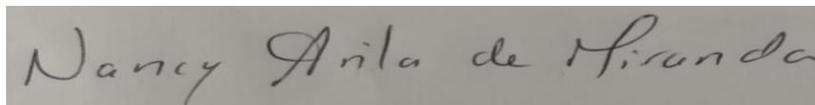
<sup>15</sup> Ver fl. 128 Registro Civil de Defunción.

<sup>16</sup> Libro Teoría General del Delito. Autor. Francisco Muñoz Conde. Editorial. Temis (2020), pág. 60.

También sabía la acusada que el matrimonio celebrado en el año 1979 ya había sido registrado y que la cesación de sus efectos civiles había sido decretada por el Juzgado Promiscuo de Familia mediante sentencia en el año 2002 y que dicha situación estaba consignada en una nota marginal de ese Registro Civil de Matrimonio inicial. Además, se probó con el testimonio del abogado NORIEGA que no le exigió un nuevo registro del matrimonio a la acusada y, ello toma más fuerza, cuando se observa en plenario que la solicitud ante la entidad pública UGPP la estaba tramitando la acusada directamente en calidad de cónyuge lo que permite inferir que el nuevo Registro Civil de Matrimonio fue fruto de su iniciativa, pues con ese documento pretendió engañar a los servidores públicos de la UGPP para reconocieran a su favor la prestación económica de pensión en calidad de cónyuge del finado JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ.

Así las cosas, se infiere del conjunto del acopio probatorio que hay razones más que suficientes para predicar que se logró probar más allá de toda duda razonable la responsabilidad de la acusada LIBIA ROSA MEDINA ZAPATA en los hechos investigados. Art. 7 y 381 del C. P. Penal. En consecuencia, lo procedente es dictar sentencia condenatoria en su contra, en calidad de autora responsable de la conducta punible de FRAUDE PROCESAL tipificada en el artículo 453 del Código Penal, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar probadas en precedencia, en lo relacionado con la reclamación de sustitución de la pensión otorgada al señor JORGE RODOLFO RUBIO DÍAZ, en calidad de cónyuge de este, ante la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP .-

Cordialmente,

A rectangular box containing a handwritten signature in cursive script that reads "Nancy Avila de Miranda".

**NANCY AVILA DE MIRANDA**

**MAGISTRADA**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



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

<b>CUI</b>	0561 56 000000 2020 00015
<b>N. I.</b>	<b>2021-0045-3</b>
<b>DELITO</b>	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y OTROS
<b>ACUSADO</b>	<b>MICHAEL JULIÁN PATIÑO ESCOBAR</b>
<b>ASUNTO</b>	RECUSACIÓN
<b>DECISIÓN</b>	<b>INHIBITORIA</b>

**Medellín (Ant.), veintiséis (26) de enero de dos mil veintiuno (2021)  
(Aprobado mediante Acta No. 012 de la fecha)**

**ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES:**

De las piezas procesales allegadas a esta Sede, en audiencia de juicio oral de 15 de enero de 2021, la Defensa, coadyuvado por el Delegado de la Fiscalía, recusaron al Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, para lo cual invocó la causal prevista en el numeral 4 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, porque antes improbió un preacuerdo, razón por la que conoció los elementos materiales de prueba del caso.

El funcionario judicial no aceptó la recusación, y, en consecuencia, remitió el proceso a este Tribunal, para que resolviera de plano al respecto.

CUI	0561 56 000000 2020 00015
N. I.	2021-0045-3
DELITO	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y OTROS
ACUSADO	MICHAEL JULIÁN PATIÑO ESCOBAR
ASUNTO	RECUSACIÓN
DECISIÓN	INHIBITORIA

Bajo ese panorama, no es dable conocer del asunto, porque esta Sala de Decisión carece de competencia para ello. Así lo recordó la Sala de Casación Penal, en AP 1831 de 5 de agosto de 2020, donde hizo el siguiente recuento jurisprudencial:

*“Sobre este trámite, y frente casos similares [recusación], la Sala ha indicado [proveídos CSJ AP4589-2015, 11 ago. 2015, rad. 46.501, CSJ AP5201-2015, 9 sep. 2015, rad. 46732 y CSJ AP4816-2018, 31 oct. 2018, rad. 54045]:*

*En tales condiciones, se observa que **«...en caso de no aceptarse...» la recusación planteada por alguna de las partes se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano**, quien de acuerdo con las pautas fijadas en el artículo 57 de la misma codificación, que regula el trámite para el impedimento que se integra al presente, es «... quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano...». Por cuanto no otra lectura puede darse a la reforma introducida con la Ley 1395 de 2010, que a más de modificar el artículo antes referido, alteró el artículo 341 del estatuto procesal penal para privar, de manera inicial, la competencia del superior funcional a fin de resolver este tipo de asuntos. Texto original de la Ley 906 de 2004:*

*ARTÍCULO 341. TRÁMITE DE IMPEDIMENTOS, RECUSACIONES E IMPUGNACIÓN DE COMPETENCIA. De los impedimentos, recusaciones, o impugnaciones de competencia conocerá el superior jerárquico del juez, quien deberá resolver de plano lo pertinente dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de lo actuado. En el evento de prosperar el impedimento, la recusación o la impugnación de competencia, el superior deberá remitir la actuación al funcionario competente. Esta decisión no admite recurso alguno. Texto vigente:*

CUI	0561 56 000000 2020 00015
N. I.	2021-0045-3
DELITO	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y OTROS
ACUSADO	MICHAEL JULIÁN PATIÑO ESCOBAR
ASUNTO	RECUSACIÓN
DECISIÓN	INHIBITORIA

*ARTÍCULO 341. TRÁMITE DE IMPUGNACIÓN DE COMPETENCIA. Artículo modificado por el artículo 13<sup>1</sup> de la Ley 1395 de 2010. De las impugnaciones de competencia conocerá el superior jerárquico del juez, quien deberá resolver de plano lo pertinente dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de lo actuado. En el evento de prosperar la impugnación de competencia, el superior deberá remitir la actuación al funcionario competente. Esta decisión no admite recurso alguno.*

**1.2. Asimismo, en caso de presentarse discusión en cuanto al funcionario a quien corresponda continuar con el trámite, la integración de normas antes referida, permite que se evacue el procedimiento estipulado en el inciso segundo del artículo 57 ejusdem.** Punto que consagraría las siguientes hipótesis:

*(i) Que el juez recusado acepte la postulación del proponente, envíe las diligencias al que le sigue en turno, pero éste considere que no se configuró la causal alegada.*

**(ii) Que el funcionario recusado no acepte la proposición del postulante, remita la actuación al que le sigue en turno y éste sí considera que la causal es fundada.** Casos en los cuales, deberá ser el superior funcional común de las autoridades judiciales involucradas quien resuelva de plano y de manera definitiva el asunto y, en el evento de tratarse de despachos de diversos distritos judiciales corresponderá su resolución a esta Sala como fue explicado en CSJ AP, 7 mar. 2011, Rad. 35951.

*Lo anterior, dadas las consecuencias disciplinarias que conlleva la no manifestación de un impedimento conforme con la Ley 734 de 2002, en sus artículos 50 y 55, y por ello, la necesidad de zanjar discusión*

---

<sup>1</sup> En el texto original por error se hace referencia al artículo 13, cuando en verdad corresponde al 99. ARTÍCULO 99. El artículo 341 de la Ley 906 de 2004 quedará así: Artículo 341. Trámite de impugnación de competencia. De las impugnaciones de competencia conocerá el superior jerárquico del juez, quien deberá resolver de plano lo pertinente dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de lo actuado. En el evento de prosperar la impugnación de competencia, el superior deberá remitir la actuación al funcionario competente. Esta decisión no admite recurso alguno.

CUI	0561 56 000000 2020 00015
N. I.	2021-0045-3
DELITO	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y OTROS
ACUSADO	MICHAEL JULIÁN PATIÑO ESCOBAR
ASUNTO	RECUSACIÓN
DECISIÓN	INHIBITORIA

*alguna sobre la violación al deber de imparcialidad y objetividad que regulan el instituto analizado, contexto dentro del cual la Sala debe matizar los planteamientos hechos en los proveídos CSJ AP 1604-2014 y AP1377-2015. 1.3. Ahora, si los dos juzgadores encuentran infundada la causal enervada, se tiene por finiquitado el incidente y el juez recusado, deberá continuar con el trámite de rigor. [Negrillas fuera de texto original]”.*

En razón a lo anterior, por ahora, esta Sala carece de competencia para resolver acerca de la recusación que hizo la defensa, pues no se ha trasladado esa moción al Juez quien le sigue en turno al **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO**, o a otro del lugar más cercano, si no lo hubiera.

En consecuencia, la Sala de Decisión **SE INHIBIRÁ** de darle trámite al asunto, y dispondrá la devolución inmediata de las diligencias al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Rionegro, para que imparta el trámite de rigor.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: INHIBIRSE** de conocer la recusación formulada por la defensa contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Rionegro, Antioquia.

CUI	0561 56 000000 2020 00015
N. I.	2021-0045-3
DELITO	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y OTROS
ACUSADO	MICHAEL JULIÁN PATIÑO ESCOBAR
ASUNTO	RECUSACIÓN
DECISIÓN	INHIBITORIA

**SEGUNDO: ORDENAR** la devolución de la actuación al despacho remitente, a fin de que proceda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes.

**CUARTO: ADVERTIR** que contra ella no procede recurso alguno.

**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: **76706e34545445fac51393470f89b0d1e1bcc8d1e153b5724813615b4b278059**  
Documento generado en 26/01/2021 09:32:22 AM

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

---

**M.P. NANCY AVILA DE MIRANDA**



1

**CUI:** 05-847-60-00316-2019-00062  
**Rdo. INTERNO:** 2020-0851-2  
**PROCESADO:** FRANK DAVID VARELA CIFUENTES.  
**DELITO:** HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO.  
**VÍCTIMAS:** EUCARIS CIFUENTES Y EDWIN DE JESUS GIRALDO.  
**DECISIÓN:** MODIFICA Y CONFIRMA.

**Medellín, veinticinco de enero de dos mil veintiuno**  
Aprobado según acta Nro. 002

**1. ASUNTO**

Procede la Sala a desatar el recurso de alzada interpuesto por la defensa contra el fallo proferido el 18 de agosto de 2020, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Betulia -Antioquia, en virtud del cual se CONDENA en calidad de autor al señor FRANK DAVID VARELA CIFUENTES, por el delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO.

---

<sup>1</sup> 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.

## 2. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

Fueron narrados por la Fiscalía en el Escrito de Acusación objeto de traslado a la defensa, en los siguientes términos:

*“Para el 20 de mayo de 2017, la esposa del señor EDWIN DE JESÚS GIRALDO lavó ropa de su familia extendiéndola en el patio al frente de la casa como siempre lo hace, ente esta ropa estaba la ropa de sus hijos y un pantalón nuevo que le había regalo a su esposo, prenda que le fue enviada desde Pereira por la madre este; ya en horas de la tarde cuando fue a recoger la ropa, no estaba. Al día siguiente, ya en el pueblo, observaron cuando al señor FRANK DAVID VARELAS CIFUENTES, vecino de ellos en la vereda iba con el pantalón de don EDWIN, por lo que avisan a la Policía, logrando su captura después de insistir que lo había comprado en una tienda y al recorrer varias tiendas se recibía la misma respuesta en el sentido que no se había vendido esa prenda al señor VARELA CIFUENTES, quien incluso trataba de escapar debiendo los policiales emplear la fuerza para reducirlo y lograr su captura en flagrancia. Sumado a lo anterior, el 21 de julio de 2019, nuevamente es capturado en flagrancia, por el delito de Hurto, toda vez que se apoderó de joyas y un mercado de propiedad de una tía de él, aprovechando que ésta lo dejó en su casa y salió al pueblo para el Hospital con su hijo enfermo y a visitar a su mamá que se encontraba Hospitalizada, encontrando al regresar a su casa que las puertas se las habían tumbado y reventado los candados con una sierra, en la parte de afuera estaba la nevera, el equipo de sonido y que le hacía falta un costal, el mercado, cadenas, anillos, lociones, perfumes. Por lo que decide indagar con los vecinos y un familiar le dice que la persona que se llevó sus cosas fue FRANK, por lo que sale a buscarlo encontrándolo en el Parque Principal de Urrao, donde FRANK le arroja los anillos y cadenas al suelo y huye del lugar, alcanzándolo en la variante, donde le abordan con la Policía y al confrontarlo manifiesta haber vendido el mercado donde el señor JAIRO ENRIQUE HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ por la suma de TREINTA MIL (\$30.000) PESOS.”*

El traslado del escrito de acusación se realizó por la Fiscalía 34 Local del municipio de Urrao- Antioquia al acusado y su defensor, cuya calificación Jurídica se efectuó en calidad de autor en la comisión de la conducta de HURTO CALIFICADO tipificada en el artículo 239, numeral 1 *utilizar violencia sobre las cosas* “romper candados y tumbar las puertas de ingreso a las habitaciones y cocina” y numeral 3 “al penetrar y permanecer arbitrariamente en el lugar habitado” del artículo 240 del C.P. y AGRAVADO por el numeral 2 del artículo 241 del C.P. “*al aprovechar la confianza depositada por la dueña de los objetos, quien es su propia tía*; en concurso homogéneo con la conducta punible de HURTO CALIFICADO por el numeral 3 del artículo 240 por la penetración clandestina en las

dependencias inmediatas de lugar habitado, AGRAVADO por el numeral 7 del artículo 241 del C.P., por tratarse de un objeto expuesto a la confianza pública por costumbre como la ropa en un tendedero.

Consecuencialmente, los días 6 y 26 de noviembre y 12 de diciembre de 2019 se lleva a cabo la audiencia concentrada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Betulia – Antioquia, en la cual los sujetos procesales realizaron sus postulaciones probatorias.

La audiencia de juicio oral se realiza los días 15 de enero; 13 de febrero y 11 de agosto de 2020, emitiéndose en esta misma fecha el anuncio de sentido de fallo de carácter condenatorio, culminando la actuación procesal con la emisión de la sentencia condenatoria el 18 de agosto de 2020.

### **3. IMPUGNACIÓN DEL FALLO**

Inconforme con la decisión de primera instancia la defensa del procesado interpone y sustenta el recurso de alzada en los siguientes términos:

*“Que la H. Sala de Decisión que ha de resolver el recurso se disponga a REDOSIFICAR la pena irrogada al sentenciado determinándola únicamente por el delito básico de HURTO CALIFICADO, debiéndose eliminar la agravante deducida en el numeral 2 del artículo 241 del C.P. y reconocer para la tasación y fijación definitiva de la pena la correspondiente circunstancia diminuyente del artículo 268 del C. Penal, obviamente con el incremento del concurso que no cuestiona la defensa.*

*En este procesamiento que finiquitó con la sentencia cuestionada, no queda probado que se configure la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 2 del artículo 241 del C. Penal, pues apenas aparece ambiguamente quizá contradictoriamente, que el hurtador no tenía ninguna relación jurídica ni material con los bienes materia de la posesión, no tenía ningún nexo con ellos, ni poder de hecho sobre los*

*mismos, puesto que no los tenía a su cargo, no los había dejado bajo su vigilancia o custodia, no tenía ninguna comunidad domestica FRANK DAVID con la despojada señora EUCARIS, su tía, no compartían TECHO, ni tenían relaciones laborales. En la denuncia la afectada EUCARIS dijo que la casa la había dejado sola y que, valiéndose de esta circunstancia, FRANK DAVID había quedado allí donde se había apoderado de los bienes referidos; **pero en el contrainterrogatorio de este defensor en el juicio dijo que la casa quedó sola y que nadie la estaba cuidando. En estos mismos términos lo dejo registrado.***

*De otra parte, el Hurto de que fue víctima la señora EUCARIS quedo reducido a los víveres hacían parte del mercado de los cuales se apoderó su representado, si bien la víctima en su denuncia anuncio el apoderamiento de otros bienes, estos quedaron en la nebulosa en este juicio. El Hurto de que fue víctima el señor EDWIN DE JESÚS GIRALDO quedaron circunscritos a un pantalón.*

*En este juicio no se determinó la cuantía de los bienes hurtados, la Fiscalía no demostró la cuantía de los Hurtos y por lo que se conoce en el proceso vagamente sobre la estimación de los mismos, tanto de la señora EUCARIS y del señor EDWIN DE JESÚS, por el principio de in dubio pro reo, debe estimarse que los mismos no superan el salario mínimo legal vigente para le época de la comisión de los hechos, años 2017 y 2019, lo que incluso podría dar lugar al recurso de casación por violación directa de la ley sustantiva al equivocarse el juzgador al no aplicar el artículo 268 como atenuante de penalidad.*

*La cuantía se considera un elemento estructural del delito de Hurto e incide sustancialmente en la tasación aritmética de la pena y en la calificación de la gravedad del delito.*

*De conformidad con el artículo 61 del Código Penal, como fundamentos para la individualización, el fallador tendrá en cuenta, entre otros criterios, la naturaleza y gravedad de los hechos. En los delitos*

*contra el patrimonio económico, la gravedad de la conducta está delimitada, entre otras consideraciones por el monto de la apropiación ilegal.*

*En tal sentido el artículo 267 del C. Penal consagra un incremento punitivo cuando la conducta se cometa sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*En la misma lógica debe tener aplicación el artículo 268 del Código Penal cuando dispone la rebaja de pena de una cuarta parte a la mitad cuando la conducta recae sobre cosa cuyo valor sea inferior a un salario mínimo legal mensual vigente para la época en que se ejecutó la exacción.*

*En resumen, el fallador está obligado a considerar las circunstancias que modifiquen el injusto típico, bien sea atenuándolo, ora agravándolo (...).*

**La Fiscalía 34 Local de Urrao – Antioquia en calidad de sujeto procesal no recurrente**, expone en cuanto al inconformismo planteado por la defensa del señor FRANK DAVID VARELA CIFUENTES, respecto a la sentencia condenatoria y específicamente reconocer el agravante para ambos hechos, y la solicitud realizada de reconocer la circunstancia de atenuación punitiva del artículo 268 de la Ley 599 de 2000; se tiene para decir que no deben progresar las manifestaciones y solicitudes realizadas, por lo siguiente:

Debemos partir que la litis se trabó respecto de dos hechos independientes, que fueron acumulados aplicando principio de economía y celeridad procesal, evitando el desgaste en dos juicios separados, para que el Juez de Ejecución de Penas acumulara las respectivas sentencias.

El primero de los hechos ocurrió el 20 de mayo de 2017, resultando claro al analizar el testimonio del señor EDWIN DE JESÚS GIRALDO, que el pantalón hurtado fue sustraído del patio de su residencia, ubicado en la parte de adelante, donde siempre se tiende la ropa después de ser lavada, tipificándose así, la conducta de Hurto (consagrada en el artículo 239 de la Ley 599) calificado por el numeral 3 del artículo 240 *ídem* al tratarse de dependencias inmediatas a la residencia, agravado, y asimismo se expresó en los alegatos de conclusión, toda vez que en zona rural y aún en áreas urbanas de muchos municipios, la ropa se extiende y se deja en lugares de fácil acceso, expuesta a la confianza pública por costumbre o por necesidad, configurando los requisitos descritos en el numeral 7 del artículo 241 de la Ley 599, situación que aprovecha el procesado para apoderarse de un pantalón nuevo y estrenar sin tener que comprarlo.

Ahora bien, respecto al segundo hecho, ocurrido el 21 de julio de 2019, esto es, el Hurto del mercado, objetos de uso personal de la señora EUCARIS CIFUENTES BOLÍVAR, así como la extracción de electrodomésticos de su residencia, así no lograra llevarlo con él; el señor FRANK DAVID VARELA CIFUENTES, comete un Hurto denominado en igual forma -HURTO CALIFICADO AGRAVADO-, pero tipificado en forma diferente, ya que la calificante obedece a los numerales 1 y 3, al utilizar violencia sobre las cosas penetrando en la residencia de su tía, sin que ésta desestime la confianza aprovechada para estar en el lugar sin despertar sospechas; lugar al cual accede al quedar en sus inmediaciones debido a la confianza que su familia tiene en él, lo que corrobora la víctima al decir en su testimonio que la casa la dejó sola, sin nadie que la cuidara, aunque FRANK estuviera en el lugar, sin sospechar o sentir temor alguno por sus pertenencias ya que existe confianza entre la familia, quienes viven todos en el mismo sector, como bien lo plantea la misma EUCARIS al plantar que quien vio fue su hermano, tío de FRANK, quien vive vecino, observándolo al momento de sacar los objetos voluminosos.

Respecto éste agravante, se centra la argumentación de la defensa, confundiendo, a su juicio, el agravante del numeral 2 del artículo 241 del C.P., con el delito de abuso de confianza consagrado en el artículo 249 del Código Penal; lo anterior, pues basa su argumentación en relaciones de cercanía del señor FRANK con los objetos hurtados y la residencia de la señora EUCARIS, manifestando que no le fueron entregados a él y que no estaban bajo su cuidado o responsabilidad, requisitos todos del artículo 249 C.P., que exige que el objeto haya sido entregado al sujeto activo de la acción penal. Contrario a ello, el numeral 2 del artículo 241 no exige tal condición, basta con el hecho que el sujeto pasivo tenga confianza suficiente en el sujeto activo, como para quedar tranquilo con la presencia de éste en inmediaciones de su residencia, sumado al conocimiento que tiene el procesado de la residencia de su tía, permitiéndole acceder a sus objetos personales al conocer su ubicación exacta.

En conclusión, y respecto de éste primer aspecto -sobre los agravantes-, de prosperar la duda frente alguno de los agravantes, la tasación de la pena no se vería afectada, atendiendo que ambos hechos son agravados y en ningún caso se lograrían desvirtuar ambos agravantes, continuando la pena al mínimo tasado por el señor Juez de Conocimiento, aumentado en un mes por el concurso.

Continúa la defensa insinuando que las víctimas son testigos de referencia y que el Juez analiza únicamente indicios, argumentando que no se puede condenar en base a indicios, desconociendo los principios del sistema acusatorio consagrados por la Ley 906 que establece la libertad probatoria, y aunque en parte tendría razón, pues un solo indicio no bastaría para condenar, lo cierto es que no se trata de testigos de oídas o de mera referencia; ambas víctimas son testigos directos de los hechos. Pues el señor EDWIN observa al procesado con su pantalón puesto en día domingo en plena cabecera municipal de Urao y la compañera permanente de éste último le manifiesta que ellos cogieron el pantalón de su casa, pero su narración es de conocimiento directo respecto de la imposibilidad de demostrar que el pantalón fue comprado en ese

municipio por el acusado, ya que en esa localidad no venden ese tipo de pantalones, recordemos que se trata de uno con características particulares, de color negro con la marquilla roja; situación que en conjunto con los indicios, como que el señor FRANK es vecino a su residencia, que el pantalón estaba expuesto a la confianza pública y que es observado con el pantalón puesto en el pueblo, constituyen un argumento sólido respecto de que fue el señor FRANK quien sustrajo el pantalón para estrenar el domingo y así beneficiarse del mismo sin tener que comprarlo.

Igual suerte corre el testimonio de la señora EUCARIS, quien, ante el llamado de aviso de su hermano, alcanza a llegar a su residencia en el momento que FRANK intenta llevarse los electrodomésticos y demás objetos, observándolo en forma directa y solicitándole que no le haga ese daño, por lo que él rápidamente se sube al carro y se va en dirección al municipio de Urao, quedando ella triste y desconsolada; logrando que un vecino la lleve a la cabecera municipal donde logra recuperar los bienes hurtados y que se encuentran en poder de FRANK, incluso los que ya vendió, el mismo FRANK da las indicaciones para ubicarlos. Nótese que ella observa directamente a FRANK, su sobrino, al momento de terminar de consumir su crimen y huye del lugar de los hechos, siendo testigo directo de los mismos.

Cambiando de tema, fija la atención la defensa en la cuantía de los elementos hurtados, los cuales, el señor EDWIN fijó en CIENTO VEINTE MIL PESOS (\$120.000), mientras que la señora EUCARIS, no fue clara al fijar el monto de lo hurtado; pero esto no es óbice para desestimar la ocurrencia de un Hurto, sin que la cuantía incida en la tasación de la pena; se tiene en cuenta, sí, en materia de competencia y tipificación, y cuando no se puede determinar un valor exacto, debe presumirse en favor del procesado, como en el presente caso, donde se presumió inferior a un salario mínimo al tratarse de un mercado básico y unas pocas joyas y elementos personales, sin tener en cuenta los electrodomésticos que quedaron afuera de la residencia. Ya la cuantía o avalúo de los bienes hurtados, debe ser determinado y demostrado para el incidente de reparación integral.

En coherencia con lo anterior, la gravedad de la conducta no puede fijarse por el valor o la cuantía de lo hurtado, como pretende hacerlo ver la defensa; la gravedad de la conducta debe analizar la afectación al bien jurídico tutelado desde la óptica de la víctima, ya que no se genera el mismo daño por el hurto de CIENTO VEINTE MIL (\$120.000) PESOS o de todo el mercado de una familia, cuando se trata de un Juez de la República o un Fiscal o del dueño del Grupo Económico "X". En el presente caso, aún con una cuantía inferior a un salario mínimo, el daño es gravísimo, para una mujer madre cabeza de familia, sola con su madre adulto mayor y sus dos hijos menores de edad que no trabaja todos los días, por una afección en su hombro, y con lo poco que consigue logra hacer un mercado, como ella misma lo dijo, sino lo hubiera recuperado, no hubiera podido mercar nuevamente y tendría que haber pedido y su familia hubiera aguantado hambre, así como al manifestar que lloró mucho, en forma desconsolada, pues el alimento de ella y su familia había sido hurtado; situación conocida por el procesado, sobrino de la señora EUCARIS que conoce lo precario de la situación y no tuvo reparo en despojarla de sus bienes, y así como la comida no se le niega a nadie, menos que se le roba.

Para finalizar, la defensa solicita que se aplique la circunstancia de atenuación punitiva dispuesta en el artículo 268 del C. Penal, desconociendo que el señor FRANK DAVID VARELA CIFUENTES tiene una sentencia condenatoria vigente por el delito de Hurto Calificado, impuesta por el Juzgado Promiscuo Municipal de Betulia – Antioquia, el 18 de marzo de 2015, cuando se condenó por 50 meses y 22 días de prisión; además, su conducta generó grave daño a la víctima EUCARIS, atendiendo a su situación económica y, aunque recuperó sus pertenencias, no fue por un acto voluntario o altruista del señor FRANK DAVID VARELA CIFUENTES, fue por la valentía de la víctima y el actuar oportuno del personal de Policía de Urrao.

Situación ésta, que permitiría que la pena se modificara, no como lo solicita el defensor; puede modificarse atendiendo la mayor gravedad de los hechos, la sentencia condenatoria vigente, pero, sobre

todo, el hecho de que el daño no fue aminorado en forma voluntaria por FRANK DAVID; fijándose en los cuartos medios y no en el cuarto mínimo. Aunque, ésta no es una solicitud formal, es sólo argumentación, pues atendiendo un garantismo en favor del procesado, la pena impuesta resulta más que justa y apropiada de acuerdo con el análisis del señor Juez Promiscuo Municipal de Betulia – Antioquia.

Con fundamento en los anteriores argumentos solicita se CONFIRME la sentencia de primera instancia de la referencia.

#### **4. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **4.1. Competencia**

Es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el fallo proferido el 18 de agosto de 2019 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Betulia - Antioquia, conforme al precepto contenido en el artículo 34 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal.

##### **4.2. Problema Jurídico**

El objeto del recurso de apelación de la defensa se reduce a deprecar la redosificación de la pena en el sentido de que se no se le tenga en cuenta a su representado la circunstancia de agravación dispuesta en el numeral 2 “*Aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente*” del artículo 241 del Código Penal, al considerar que las mismas no fue probada en la audiencia de juicio oral. Asimismo, solicita se le reconozca la circunstancia de atenuación punitiva dispuesta en el artículo 268 del C.P., en el sentido que dentro proceso se estableció la cuantía o valor global de los objetos hurtados operando a favor de su cliente la presunción que el valor de estos no excede de salario mínimo legal vigente.

Bajo el entendido que el recurrente no discute la materialidad ni la responsabilidad penal del procesado sobre las conductas punibles por las cuales fue condenado, el estudio del recurso por la Sala se limitará únicamente a los puntos de inconformidad esbozados en la sustentación de la apelación.

En relación con el primer tópico, relativo a la circunstancia de agravación dispuesta en el numeral 2 “**Aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente**” del artículo 241 del Código Penal, la cual cuestiona únicamente sobre la conducta punible que ejecutó el acusado FRANK DAVID en contra del patrimonio económico de su tía EUCARIS CIFUENTES BOLIVAR; sobre esta circunstancia la doctrina<sup>2</sup> define que: “*se trata del denominado famulato, por referencia especial a las fámulas y fámulos, pues como estos están en contacto permanente con las cosas de la casa en que trabajan, el hurto que ellos puedan cometer casi siempre estará acompañado de esta circunstancia. La razón de la agravante se encuentra precisamente en la traición a la confianza que ha depositado el autor, de la cual abusa éste para ejecutar con mayor facilidad el delito.*”

*A diferencia con el abuso de confianza, en esta forma de hurto el ladrón únicamente tiene contacto físico con la cosa, pero sin ningún poder de disposición material sobre ella. No es, pues, una relación posesoria sino únicamente material.”*

De igual manera, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>3</sup>, ha puntualizado.

*“(…) si bien es verdad que entre el delito de hurto agravado por la confianza y el delito de abuso de confianza existen alguna similitudes, también se presentan notorias diferencias que permiten su individualización, en efecto, en el delito de hurto el legislador ha empleado el verbo rector **apoderarse**, mientras que la expresión verbal que preside la conducta del abuso de confianza es **apropiarse**; en el delito de*

---

<sup>2</sup> *Libro Delitos Contra el Patrimonio Económico. Editorial: Señal Editora -Edición 2015-. Autor: Guillermo Duque Ruiz. Págs. 74 s.s.*

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 1986.

*Hurto el autor del ilícito carece por completo del poder jurídico sobre la cosa, mientras que es requisito indispensable del abuso de confianza que el agente detente la cosa bajo título no traslativo de dominio; en fin, en el delito de hurto agravado por la confianza, entre el agente y el propietario, poseedor o tenedor del bien existe una relación de confianza de carácter personal, al paso que en el abuso de confianza lo que es indispensable es que entre los referidos sujetos exista un nexo jurídico que los relacione con el bien que es objeto material de la infracción, aun cuando no exista confianza en el plano personal.”*

Bajo los anteriores presupuestos, se analizará lo depuesto por la víctima EUCARIS CIFUENTES BOLIVAR a fin de establecer si se encuentra acreditada la causal de agravación dispuesta en el numeral 2 del artículo del artículo 241 del Código Penal, veamos lo esbozado por esta víctima:

*“La señora EUCARIS CIFUENTES, manifiesta en la audiencia de juicio oral que el acusado es su sobrino, decide declarar en su contra al haber sido víctima del punible de Hurto, recuerda que el día de los hechos salió al pueblo y la llamaron informándole que su sobrino FRANK DAVID VARELA CIFUENTES le estaba desocupando la casa, entonces decidió regresar a su inmueble, cuando llega ya su sobrino se había ido y tenía su mercado en el pueblo...se dio cuenta de lo que pasaba porque su hermano MARIANO CIFUENTES que vive cerca le informa que FRANK DAVID tumbó la puerta de la casa de la testigo y estaba sacando sus cosas y su hermano fue y lo detuvo en su casa...FRANK se le llevó el mercado y la nevera la dejaron ahí porque el hermano de la testigo se la quitó...FRANK tumba la puerta él andaba con un martillo y una herramienta que parte madera y arrancó la tabla donde va la chapa...FRANK saca la nevera y el equipo pero su hermano alcanzó avisarle a la testigo y fue cuando subió y el mercado ya lo había sacado y llevado a otra parte. En el mercado que sacó FRANK había arroz, lenteja, aceite, harina, maíz, panela*

*Recuerda la testigo que al ver sus objetos afuera de su casa le generó tristeza (...), le echaron mano a FRANK y se buscó un carro para que lo llevara al Comando de Policía, pero llegando al pueblo FRANK se tira del carro. Entonces le pidió al conductor que la llevara al Parque y percibe a FRANK corriendo por la Plaza y lo siguió y vio a la Policía y les informó de lo sucedido, ya estando en el Barrio Buenos Aires capturan a FRANK, quien además había sacado sus alhajas, las cadenas, el reloj de los niños. Entonces FRANK le entregó estos objetos y se lo subieron en la camioneta de la Policía y lo llevaron al Comando.*

*Sobre el mercado FRANK les manifestó que él lo había vendido y que un señor se lo había comprado indicando la testigo que un señor se lo había*

*comprado, entonces los policiales se dirigieron a ese lugar y recuperaron el mercado que todavía se encontraba empacado.*

*Agrega la testigo que solo trabaja de dos a tres veces en la semana y cuando se queda sin trabajo la acción comunal le ayuda y está a cargo de las niñas, sino hubiese recuperado el mercado tendría que pedir ayuda a los vecinos porque no contaba con la forma de reponerlo. Sobre las alhajas eran unos anillos de oro del matrimonio que FRANK se los devolvió.*

*En el contrainterrogatorio señala la testigo que su hermano LUIS MARIANO CIFUENTES vio a FRANK sacando las cosas de su casa y que en ningún momento dejó su casa al cuidado del acusado FRANK DAVID, cuando sale para el pueblo su casa queda sola...en su casa vive con su madre y sus hijas, cuando FRANK DAVID saca el mercado, las alhajas y la nevera su casa había quedado sola. Ese día salió a las 6 a.m. que pasaba la chiva desconoce dónde estaba FRANK DAVID en las horas de la mañana y la captura de su sobrino FRANK DAVID se da por la policía en el municipio de Urrao siendo las 4 o 5 pm.*

*Reitera la testigo que FRANK le entrega las joyas y el mercado se lo entrega la Policía, ya en relación con el avalúo de las cosas no sabe cuánto cuesta porque todo lo que se hurtó fue regalado.”*

De acuerdo con lo esbozado por la víctima EUCARIS CIFUENTES, se desprende sin mayor esfuerzo que el acusado no se encontraba dentro de la casa ni al cuidado de esta y, mucho menos, se desprende **la tenencia material o la posesión de los bienes muebles de EUCARIS con la confianza y aquiescencia de ella por parte del acusado FRANK DAVID**. Puesto que se advierte con claridad para la Sala en el testimonio de la víctima EUCARIS CIFUENTES que el acusado irrumpió en la casa de la señora EUCARIS y en su ausencia procedió a apoderarse del mercado, las alhajas e intentó llevarse la nevera y el equipo; electrodomésticos que no pudo llevarse por la reacción de uno de los hermanos de la víctima quien avisó a la señora EUCARIS de lo que estaba pasando en su casa y quien inmediatamente hizo presencia en el lugar.

Bajo esa óptica, al no configurarse la circunstancia de agravación regulada en el numeral 2 del artículo 241 del Código Penal, en lo que respecta únicamente a la conducta punible de Hurto de la cual fue

víctima la señora EUCARIS CIFUENTES por parte del acusado, la Sala encuentra pertinente entrar a redosificar la pena en dicho tópico.

Por otro lado, en lo relacionado con la atenuante dispuesta en el artículo 268 del C. Penal, la cual contempla: ***“Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.”***

Respecto a que los objetos hurtados a las víctimas en su valoración pecuniaria no superan el salario mínimo mensual como lo pretende la defensa al argumentar con fundamento a que una de las víctimas como la señora EUCARIS CIFUENTES no los valoró en su cuantía porque los mismos le fueron regalados y, dado que la prenda de vestir que le fue hurtada al señor EDWIN DE JESÚS GIRALDO fue valorada por éste en \$120.000 pesos porque ese fue el precio que le manifestó su madre que costo el pantalón; para así solicitar bajo el *principio in dubio pro reo* la aplicación de una presunción a favor del acusado en el sentido que los objetos hurtados no superan el salario mínimo legal mensual vigente para el momento de los hechos.

Sobre este punto debe destacar la Sala que pese a tener razón la defensa en el sentido que no se determinó la cuantía de la totalidad de los bienes hurtados a las víctimas, este criterio no es el único a tener en cuenta para el reconocimiento de la circunstancia atenuación punitiva deprecada; pues como lo advierten los sujetos procesales en la audiencia individualización de la pena del artículo 447 del C.P.P., fueron claros al evocar que el acusado tiene antecedentes penales, esto es, una condena por este mismo delito y como lo sostuvo en el juicio oral el Patrullero de la Policía ALEXANDER CONTRERAS, al manifestar que en el momento de la captura del acusado el mismo portaba un dispositivo electrónico de vigilancia del INPEC. Aspecto que fue sustentado por la Fiscalía con la

introducción en el juicio oral de la certificación en ese sentido de la sentencia ejecutoriada en la cual le figura condena por el mismo delito.

Veamos lo advertido por ambos sujetos procesales en la audiencia del artículo 447 del C.P.P.<sup>4</sup>, la Fiscalía expone: “...adicionalmente se observa que el acusado tiene antecedentes penales por el mismo delito de Hurto, tanto así que en año 2017 que fue capturado por este proceso por la supuesta flagrancia en relación con el Hurto del pantalón el procesado contaba con dispositivo electrónico que obedece a la respectiva sentencia condenatoria, antecedentes penales que se acreditaron con la certificación respectiva donde cabe recalcar que la condena impuesta en esa sentencia está vigente cuya vigencia es de cinco años.”

Por su parte, la defensa expone “reconoce que su representado **sí tiene antecedentes penales** que fueron acreditados mediante sentencia ejecutoriada, al respecto este aspecto no lo discute el defensor...”

De otro lado, dentro los archivos remitidos por el Juzgado de Primer Grado, anexo al escrito de acusación se allega el acápite de las estipulaciones probatorias suscritas por los sujetos procesales entre las cuales aceptan como hecho probado el contenido de los siguientes documentos:

“impresiones del sistema SPOA que dan cuenta de sentencia condenatoria por el delito de HURTO CALIFICADO dentro del proceso No. 058476100081201580010, proferida el 18 de marzo de 2015 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Betulia – Antioquia: impresión informal de consulta en el sistema SPOA de la Fiscalía General de Nación, realizada por el Fiscal DARIO FRANCO ARCILA el 22/05/2017, impresión de consulta SPOA de diligencias registradas dentro del SPOA 058476100081201580010, realizada el 25 de julio de 2019.”

---

<sup>4</sup> Ver record 1:49:30 ss -Tercera sesión de audiencia de juicio oral-.

Ahora bien, partiendo de la base que dentro del juicio oral se acreditó la existencia de antecedentes penales vía estipulación probatoria por parte de la defensa del acusado FRANK DAVID VARELA CIFUENTES y Fiscalía y, que además ambos sujetos procesales coinciden en la audiencia del artículo 447 del C. P. que, el acusado presenta una condena anterior por similar delito por los cuales se juzga en este proceso. Debe reseñar además, como acertadamente lo argumenta la Fiscalía en su elucubración como sujeto procesal no recurrente que con la conducta de Hurto se le ocasionó grave daño al patrimonio económico de la señora EUCARIS CIFUENTES donde no solo se apropió de elementos o artículos de primera necesidad en el mercado que tenía en su vivienda, sino que dañó la puerta del inmueble para apoderarse de joyas y donde la *situación económica de esta víctima* era tan precaria que de no haber recuperado dichos artículos se vería abocada a la solidaridad de los vecinos, pues solo trabajaba dos o tres días a la semana -sin regularidad- y estaba a cargo de su madre y de dos menores de edad dada su calidad de madre cabeza de familia.

En ese contexto, es claro que el acusado FRANK DAVID VARELA CIFUENTES no puede ser merecedor al reconocimiento de la atenuante dispuesta en el artículo 268 del C. Penal, pues para su concesión requiere cumplir con los requisitos allí dispuestos, los cuales al tenor de la doctrina<sup>5</sup> remite al cumplimiento de tres condicionamientos para su procedencia según la norma en referencia:

- i. Que el objeto material real del delito tenga un valor inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente para el momento de su comisión.*
- ii. Que el implicado no tenga antecedentes penales (artículo 248 C. Política).*
- iii. Que el reato no haya ocasionado grave daño para la víctima atendida su situación económica.*

---

<sup>5</sup> Libro Dosificación Judicial de la Pena. Editorial. Leyer. Tercera Edición (2015). Autor: Nelson Saray Botero. Página 76.

Deviene con claridad para la Corporación que al acusado no se le puede reconocer a su favor la atenuante punitiva específica regulada en el artículo 268 del C. Penal, al no cumplir los requisitos normativos para su concesión. En consecuencia, sobre este tópico carece de vocación de prosperidad la pretensión de la defensa.

## 5. DE LA REDOSIFICACIÓN PUNITIVA

Atendiendo a la exclusión de la circunstancia de agravación dispuesta en el numeral 2 del artículo 241 del Código Penal, **en lo relativo a la conducta punible de Hurto Calificado que sufrió la señora EUCARIS CIFUENTES** por parte del acusado FRANK DAVID VARELA CIFUENTES, se tiene según la calificación jurídica de la pretensión punitiva la dosificación de la pena de prisión se determina con fundamento en los artículos en los artículos 239, **240 numeral 1** del Código Penal, el cual dispone una **pena de prisión para Hurto Calificado de 6 a 14 de prisión**, por lo tanto, se procede a establecer los límites aplicables a la individualización de la pena y establecer los cuartos, en la siguiente forma:

**Primer cuarto:** de 6 a 8 años de prisión.

**Primer cuarto medio:** de 8 a 10 años de prisión.

**Segundo cuarto medio:** de 10 a 12 años de prisión.

**Último cuarto:** de 12 a 14 años de prisión.

En relación con la conducta punible Hurto Calificado y Agravado de la cual fue víctima el ciudadano EDWIN DE JESÚS GIRALDO por parte del acusado FRANK DAVID VARELA CIFUENTES, se tiene que, según la calificación jurídica de la pretensión punitiva la dosificación de la pena de prisión se determina con fundamento en los artículos en los artículos 239, 240 numeral 3, artículo 241 numeral 7 del Código Penal, el cual dispone una pena de prisión para el Hurto Calificado de 6 a 14 de prisión, **la cual se agrava de la mitad a las tres cuartas partes al cometerse la conducta punible**, esto es, conforme al artículo 60 ibidem

quedaría sus límites punitivos de 9 a 24.5 años de prisión, o lo que es lo mismo de 108 meses a 294 meses de prisión, por lo tanto, se procede a establecer los límites aplicables a la individualización de la pena y establecer los cuartos, en la siguiente forma:

**Primer cuarto:** de 108 a 154.5 meses de prisión.

**Primer cuarto medio:** de 154.5 a 201 meses de prisión.

**Segundo cuarto medio:** de 201 a 247.5 meses de prisión.

**Último cuarto:** de 247.5 a 294 meses de prisión.

Se observa entonces, que la conducta punible más grave en los términos del artículo 31 del Código Penal, es el punible Hurto Calificado y Agravado en la cual fue víctima el señor EDWIN GIRALDO, toda vez contempla unos límites punitivos de 108 a 294 meses de prisión.

Atendiendo los parámetros fijados por el artículo 61 inciso 1º del Código Penal y, en especial el mismo criterio de proporcionalidad del Juez de Primera Instancia sobre dichos criterios, se establece como pena aplicable el primer cuarto que va de 108 a 154.5 meses de prisión, al no ser imputada por la Fiscalía ninguna causal de mayor punibilidad. Es decir, se fija la pena en el tope mínimo del respectivo cuarto mínimo, esto es, **CIENTO OCHO (108) MESES DE PRISIÓN.**

Asimismo, se impondrá el mismo guarismo aplicado por el Juez de Primera Instancia debido al concurso homogéneo, esto es, un (1) mes de prisión, para una pena definitiva a imponer de **CIENTO NUEVE (109) MESES DE PRISIÓN.**

Debe significarse por la Sala que un (1) mes de prisión por la segunda conducta concursal que fue impuesta por el Juez de Primera Instancia resulta irrisoria toda vez que se omitió el análisis de los criterios dispuestos en el artículo 61 inciso 3 del Código Penal. En ese sentido, no puede este Juzgador Colegiado entrar a tasar la misma, pues podría agravarse la situación del condenado y se trastocaría el principio de no reforma en peor al apelante único.

Con fundamento en las anteriores argumentaciones la Sala **MODIFICARÁ** el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia proferida el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Betulia- Antioquia, en el sentido de **CONDENAR** al señor FRANK DAVID VARELA CIFUENTES por los punibles de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, tipificado en los artículos 239, 240 numeral 3 y agravado por el numeral 7 del artículo 241 del Código Penal en concurso con la conducta punible de HURTO CALIFICADO, tipificada en los artículos 239 y 240 numeral 1 del Código Penal, en lo demás, se conserva en su integridad el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, según lo esbozado en la parte motiva de la presente providencia.

En lo demás se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia de la referencia.

Sin que se precisen 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: MODIFICAR** el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia proferida el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Betulia- Antioquia, en el sentido de **CONDENAR** al señor FRANK DAVID VARELA CIFUENTES por los punibles de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, tipificado en los artículos 239, 240 numeral 3 y agravado por el numeral 7 del artículo 241 del Código Penal en concurso con la conducta punible de HURTO CALIFICADO, tipificada en los artículos 239 y 240 numeral 1 del Código Penal, en lo demás, se conserva en su integridad el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, según lo esbozado en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia de la referencia.

**TERCERO:** Esta sentencia se notificará en los términos previstos en el artículo 545 del Código de Procedimiento penal.

**CUARTO:** Contra la presente sentencia procede el recurso de casación.

**CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE**

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA  
MAGISTRADA**

**JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ  
MAGISTRADO**

**PLINIO MENDIETA PACHECO  
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBON NARANJO  
SECRETARIO**

**Firmado Por:**

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

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

**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:  
**fed6f56d3111ffeabe0496473652a5107da1418b8f315ca6b9610722d26bc43d**  
Documento generado en 25/01/2021 03:20:24 PM

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

Medellín, enero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

**N° Interno** : 2021-0012-4  
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.  
**Accionante** : Alexander de Jesús Duarte Duque  
**Accionado** : Juzgado de Ejecución de Penas y  
Medidas de Seguridad de El  
Santuario, Antioquia y otro  
**Decisión** : Improcedente

---

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.  
Acta N° 004

**M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO**

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano ALEXANDER DE JESÚS DUARTE DUQUE, contra el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA y el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE MEDELLÍN, ANTIOQUIA.

**ANTECEDENTES**

El señor ALEXANDER DE JESÚS DUARTE DUQUE se encuentra privado de la libertad en el EPC DE PUERTO TRIUNFO,

ANTIOQUIA, sentenciado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, a 78 meses de prisión por los delitos de Concierto para delinquir agravado, Desplazamiento forzado y Extorsión. Dice que mediante decisión del 28 de octubre de 2019, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia le negó la libertad condicional por expresa prohibición legal establecida por el artículo 26 de la ley 1121 de 2006, decisión confirmada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, el 24 de febrero de 2020.

Considera que las decisiones judiciales referenciadas son injustas pues a la fecha cumple con el 90% de la pena impuesta, tiene buena conducta al interior del establecimiento penitenciario y arraigo familiar, de ahí que solicite, por este medio le sea otorgado el sustituto aludido.

Dentro del término otorgado por la Judicatura, las entidades accionadas ejercieron su derecho de contradicción:

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

Informa que el señor ALEXANDER DE JESÚS DUARTE DUQUE descuenta pena de prisión de 78 meses, producto de acumulación jurídica de penas decretada el 29 de diciembre de 2017, por las sentencias emitidas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, el 11 de enero de 2017 y el

Juzgado 45 Penal Municipal de Medellín, el día 21 de junio de 2017, tratándose de los delitos de Concierto para delinquir agravado, Desplazamiento forzado agravado y Extorsión.

Que, en efecto, el 21 de mayo de 2019 le fue negada la libertad condicional por no superar ni siquiera el factor objetivo.

Seguidamente, por una nueva solicitud del 21 de agosto de 2019 en el mismo sentido, fue despachada de manera desfavorable una vez más, en consideración a que existe una prohibición legal preceptuada en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006; providencia impugnada y confirmada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín.

Indica además la señora juez, el 4 de noviembre de 2020, el sentenciado reitera su solicitud de libertad condicional frente a lo cual el 14 de enero de 2021 se ordena estarse a lo resuelto en la decisión anterior, providencia en la actualidad objeto de notificación.

Considera en efecto, ninguna vulneración se ha configurado frente a los derechos fundamentales del actor.

## **2. JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE MEDELLÍN, ANTIOQUIA:**

Informa su titular frente a la decisión proferida el 28 de octubre de 2019, que el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia) le NEGÓ LA LIBERTAD CONDICIONAL con fundamento en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, y al considerar que mientras la normatividad que consagra la prohibición se mantenga vigente, la libertad la obtendrá por pena cumplida, pues resulta improcedente cualquier beneficio.

En ese orden de ideas, documenta el señor juez, el accionante interpuso recurso de apelación, que no prosperó en segunda instancia pues la negativa del referido sustituto se sustenta en que el punible de Extorsión hace parte de aquellos delitos contenidos en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006 según la cual no es posible conceder beneficios o sustitutos, postura respaldada con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, providencia con Radicado 73.813 del 25 de junio de 2014.

Por lo expuesto, concluye, los planteamientos esgrimidos por el Juzgado de Ejecución de Penas no excedieron ni desbordaron lo analizado en la sentencia, ya que los argumentos plasmados para negar la libertad condicional, encuentran sustento y están reflejados a lo largo de la providencia de condena, a más de que, desde esa óptica, ninguno de los defectos establecidos desde los pronunciamientos de la Corte Constitucional logran

avizorarse en concreto que hagan procedente de esta acción constitucional.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Sea lo primero dejar sentado desde ahora, en relación con las garantías constitucionales fundamentales que predica la parte actora como vulneradas, según las circunstancias expuestas en el escrito de tutela, que la procedencia del presente mecanismo de amparo constitucional ha de cifrarse en la configuración de los presupuestos establecidos por el precedente jurisprudencial en la materia, a propósito de la impugnación de actuaciones judiciales y claro está, en orden al carácter de subsidiariedad y fragmentariedad inherente a la acción de tutela.

Así pues, se hace pertinente advertir desde ahora que las circunstancias que fundamentan el dicho de la parte accionante, en punto del detrimento de sus garantías constitucionales, contravienen a todas luces el ámbito de procedibilidad del presente trámite, se insiste, toda vez que la acción se promueve contra decisiones judiciales.

En cuanto a los presupuestos sobre los que se establece la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como criterio de avanzada en relación con el concepto de *'vía de hecho'*, se ha pronunciado la *H. Corte Constitucional*, mediante *Sentencia T-356 de 2007*, con ponencia del

Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto y en la cual se reiteró la evolución jurisprudencial de la alta Corporación a este respecto:

*“Procede esta Sala de Revisión a estudiar las líneas jurisprudenciales que ha desarrollado esta Corporación\* en torno a lo que en los primeros años se denominó vías de hecho y que posteriormente se calificó como causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.*

*La Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, los cuales regulaban el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales. La Sala Plena de la misma adoptó dicha decisión tras considerar que las disposiciones referidas contravenían la Carta Fundamental en tanto eran contrarias al principio de autonomía funcional de los jueces, afectaban la estructura descentralizada y autónoma de las diferentes jurisdicciones, lesionaban en forma grave la cosa juzgada y la seguridad jurídica y el interés general.*

*No obstante, la doctrina acogida por esta misma Corte ha determinado que la acción de tutela resulta procedente cuando se pretenda proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas que se hayan visto amenazados o vulnerados mediante defectos que hagan procedente la acción de tutela por parte de las autoridades públicas y, en particular, de las autoridades judiciales.*

*(...) De conformidad con lo anterior, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para restablecer los derechos fundamentales conculcados mediante una decisión judicial, en principio, cuando se cumplan los siguientes requisitos generales\*:*

*a. Que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional, pues el juez constitucional no puede analizar hechos que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponden a otras jurisdicciones.*

---

\* Ver sentencias T-958 de 2005 y T-389 de 2006 proferidas por esta Sala de Revisión.

\* En esta oportunidad la Sala reitera la sentencia C-590 de 2005.

*b. Que no exista otro medio de defensa eficaz e inmediato que permita precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable\*. De allí que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales.*

*c. La verificación de una relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este último caso, se ha determinado que no es procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, cuando el transcurso del tiempo es tan significativo que sería desproporcionado un control constitucional de la actividad judicial, por la vía de la acción de tutela.*

*d. Cuando se presente una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia que afecta los derechos fundamentales del actor.*

*e. El actor debe identificar los hechos que generaron la vulneración de sus derechos fundamentales, y éstos debió alegarlos en el proceso judicial, si hubiese sido posible.*

*f. Que no se trate de sentencias de tutela, porque la protección de los derechos fundamentales no puede prolongarse de manera indefinida.*

*Así mismo, se han estructurado los requisitos especiales de procedibilidad\* de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales se relacionan con el control excepcional por vía de tutela de la actividad judicial, y están asociados con las actuaciones judiciales que conllevan una infracción de los derechos fundamentales. En efecto, en la sentencia C-590 de 2005 se redefinió la teoría de los defectos, así:*

*a. Cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece de competencia, defecto orgánico.*

*b. Defecto procedimental, se presenta cuando la violación de la Constitución y la afectación de los derechos fundamentales es consecuencia del desconocimiento de normas de procedimiento.*

---

\* Sentencia T-698 de 2004.

\* Esta clasificación se estableció a partir de la sentencia T-441 de 2003, reiterada en las sentencias T-461 de 2003, T-589 de 2003, T-606 de 2004, T-698 de 2004, T-690 de 2005, entre otras.

*c. Cuando la vulneración de los derechos fundamentales se presenta con ocasión de problemas relacionados con el soporte probatorio de los procesos, como por ejemplo cuando se omiten la práctica o el decreto de las pruebas, o cuando se presenta una indebida valoración de las mismas por juicio contraevidente o porque la prueba es nula de pleno derecho (defecto fáctico).*

*d. Cuando la violación de los derechos fundamentales por parte del funcionario judicial es consecuencia de la inducción en error de que es víctima por una circunstancia estructural del aparato de administración de justicia, lo que corresponde a la denominada vía de hecho por consecuencia\*.*

*e. Cuando la providencia judicial presenta graves e injustificados problemas en lo que se refiere a la decisión misma y que se contrae a la insuficiente sustentación o justificación del fallo.*

*f. Defecto material o sustantivo se origina cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.*

*g. Desconocimiento del precedente, esta causal 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. Debe tenerse en cuenta que el precedente judicial está conformado por una serie de pronunciamientos que definen el alcance de los derechos fundamentales mediante interpretaciones pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte mas favorable a la protección de los derechos fundamentales.”.*

En ese orden, se extracta pues de manera palmaria de la línea jurisprudencial trazada por el máximo Tribunal Constitucional, en torno de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que se erigen como presupuestos especiales de procedibilidad, aquéllos relacionados con la ‘teoría de los defectos’ y alusivos a inconsistencias de orden fáctico, orgánico, material o sustantivo, carencia argumentativa en la decisión cuestionada, desconocimiento del precedente, inducción en error o

---

\* Ver sentencia SU-014 de 2001.

*'vía de hecho por consecuencia'* y defectos procedimentales.

Ahora, de conformidad con el precedente jurisprudencial en referencia, la procedencia de la acción está supeditada asimismo a los parámetros generales establecidos por la alta Corte, por demás de manera incluyente, vale decir que se trata de presupuestos todos, absolutamente imprescindibles, cuales son: la relevancia constitucional del asunto bajo examen, los efectos decisivos que de la irregularidad procesal cuestionada se desprendan respecto de la decisión, que en tal medida vulnera las garantías fundamentales de la parte actora, a más que no se trate de sentencias de tutela.

Del mismo modo, ha de verificarse la inexistencia de mecanismos de defensa eficaces que permitan conjurar de manera oportuna la afrenta de las garantías en juego o la ocurrencia de un perjuicio irremediable, esto es, ha de agotarse el lleno de los recursos y mecanismos establecidos en la vía judicial ordinaria e inmediata, de donde deriva de igual forma la relación de inmediatez que ha de constatarse entre la solicitud de tutela y el hecho sobre el cual se estructura la prédica de vulneración, en observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; además ha de identificarse por parte del actor tal hecho lesivo de sus garantías, mismo que en cuanto resultara factible, hubo de alegarlos en la respectiva actuación procesal.

Así las cosas, la parte actora fundamenta la prédica de vulneración de sus garantías fundamentales, en la inconformidad que le asiste respecto de la decisión cuestionada, en particular, lo referente a la no concesión de la libertad condicional dentro del proceso por el cual actualmente se encuentra privado de la libertad; empero, el accionante no invoca la configuración de algún presupuesto específico de procedencia de la acción, pues las premisas que sustentan su disenso, resumidas en que desde su criterio sí cumple con los requisitos legales para acceder a tal sustituto penal, no se hallan edificadas en algún argumento que permita evidenciar la efectiva existencia de defectos especiales en las referidas providencias, que en esa medida, habiliten un pronunciamiento en esta sede constitucional y determinen cuál es la irregularidad que da lugar al amparo pretendido.

Es así que advierte la Sala respecto de la actuación desplegada por parte de los entes accionados, JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA y JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE MEDELLÍN, ANTIOQUIA, fue debidamente sustentada, en orden a lo que, a juicio de los funcionarios respectivos, no procedía la libertad condicional por expresa prohibición del artículo 26 de la ley 1121 de 2006, invocando incluso decisiones jurisprudenciales que sustentan la aplicación del mencionado canon al caso particular del actor y explicando así mismo las razones por las cuales el delito de extorsión activa igualmente la prohibición legal mencionada. Precisamente al juez de ejecución de penas, en sus diferentes instancias, es a quien atañe adoptar las decisiones que tengan lugar en la fase ejecutiva

de la pena, como en el presente evento supone serlo la concesión de la libertad y, en ese sentido, no pueden simplemente impugnarse sus providencias ante el juez constitucional, so pretexto de mostrarse la parte inconforme con lo decidido en esa instancia.

Lo anterior, por cuanto, se itera, la acción de tutela frente a providencia judiciales, no sólo ha de abarcar la configuración íntegra de una serie de presupuestos genéricos que determinan su procedibilidad, sino, además, el actor ha de invocar la causal o causales específicas en las que cifra la anomalía o defecto que presenta la decisión cuestionada, sin que de manera alguna ello se circunscriba a acudir a un simple ejercicio de disenso, a manera de tercera instancia, lo cual desvirtúa el carácter de subsidiariedad inherente al mecanismo de amparo y además, contraría el principio de independencia judicial que permea la actividad jurisdiccional, en cabeza de cada funcionario y en las diferentes especialidades, las cuales constituyen la vía ordinaria para desatar cada litigio o controversia.

De ahí que, no le esté dado al juez constitucional invadir la órbita exclusiva de la respectiva especialidad, como la que representa en el evento *sub exámine* la sede de ejecución de penas, al no tratarse el mecanismo de tutela, del escenario propicio para debatir en cuanto a legítimas interpretaciones y criterios sentados por los funcionarios judiciales en sus decisiones.

Desde esa perspectiva, ningún fundamento válido, de orden legal ni constitucional le asiste al sentenciado

*Duarte Duque* para acudir ante el juez de tutela, al tratarse de un asunto que ya había sido objeto de debate en sede de la ejecución de su condena y donde en modo alguno dimanaban irregularidades o defectos con relevancia constitucional que viabilicen este mecanismo tuitivo.

Por manera que, se reitera, sobre ese específico tema, es la declaratoria de improcedencia del trámite de amparo constitucional, la decisión que se impone para la Magistratura en el presente evento, dada la carente configuración de presupuestos específicos de procedencia de la acción y acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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:** Conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva, **DECLARA IMPROCEDENTE LA TUTELA** promovida por el señor ALEXANDER DE JESÚS DUARTE DUQUE contra el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE

SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA y el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE MEDELLÍN, ANTIOQUIA, en procura de la protección de su garantía fundamental al debido proceso.

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

**NOTIFÍQUESE.**

**LOS MAGISTRADOS,**

**Firma electrónica  
PLINIO MENDIETA PACHECO**

**Firma electrónica  
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

**Firma electrónica  
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

**Firmado Por:**

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

Este documento fue generado con firma electrónica y

Nº Interno : 2021-0012-4  
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.  
Accionante : Alexander de Jesús Duarte Duque  
Accionado : Juzgado de Ejecución de Penas y  
Medidas de Seguridad de El Santuario,  
Antioquia y otro

cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo  
dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario  
2364/12

Código de verificación:

**886a08523d8e3edf5f834b1fc270caeeb8df8101804ece72f9675ee7b  
f6bf60a**

Documento generado en 26/01/2021 02:01:51 PM

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