

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



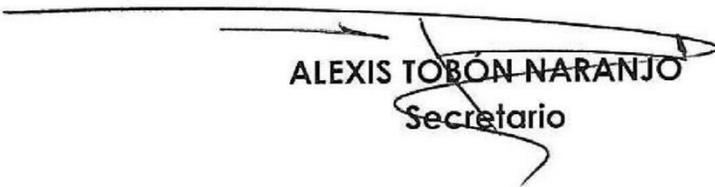
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 079

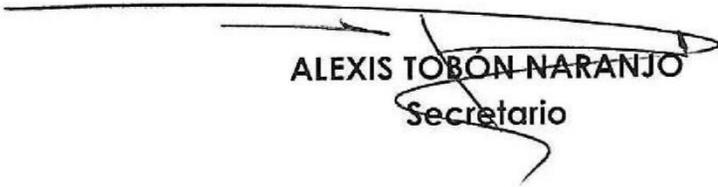
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2019-0421-1	Sentencia 2° instancia	Homicidio Agravado	JOHN ALEXANDER HOLGUÍN TUBERQUIA	Modifica fallo de 1° instancia	Mayo 14 de 2021
2021-0321-1	auto ley 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	RODRIGO DE JESÚS CANO SALAZAR	Confirma auto de 1° instancia	Mayo 14 de 2021
2021-0360-2	auto ley 906	fraude procesal y otros	LUIS OVIDIO MACHADO QUINTERO	Declara NULIDAD	Mayo 14 de 2021
2021-0706-3	Tutela 1° instancia	Adolfo León Giraldo Ceballos	Juzgado 2° de E.P.M.S. de Antioquia y otros	Niega por improcedente	Mayo 14 de 2021
2021-0407-3	auto ley 906	violencia contra servidor publico	Andys David Allin García	Revoca auto de 1° instancia	Mayo 14 de 2021
2021-0570-4	Tutela 2° instancia	Jhon Fredy López Villa	U.A.E. para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas	Declara NULIDAD	Mayo 14 de 2021
2018-0442-4	sentencia 2° instancia	Concierto para delinquir agravado	Luis Bertulfo Carvajal.	Confirma fallo de 1° instancia	Mayo 14 de 2021
2021-0716-4	auto ley 906	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	Stiven Dayanne Mestra Hernández	Declara infundada recusación	Mayo 14 de 2021
2021-0646-5	Tutela 2° instancia	Elfy Diana Gómez Ramírez	AFP COLPENSIONES y otros	Declara NULIDAD	Mayo 14 de 2021
2021-0677-6	Tutela 1° instancia	OMAR ALEXANDER ARROYAVE MUNERA	Juzgado 4° penal del Circuito Especializado de Antioquia y otro	Niega por improcedente	Mayo 14 de 2021

FIJADO, HOY 18 DE MAYO DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS



ALEXIS TOBON NARANJO
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I.	2021-0672-3
Radicado	05045310400120210007700
Accionante	Orquin Gabriel López Espitia
Accionado	ARL - Positiva Compañía de Seguros S.A.
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Medellín, catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado mediante Acta N° 097 de la fecha

ASUNTO

El Tribunal decidiría la impugnación interpuesta por la **ARL – Positiva Compañía de Seguros S.A.**, contra el fallo de tutela de 16 de abril hogaño, emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia, por el cual concedió el amparo a los derechos fundamentales de vida digna, mínimo vital y seguridad social.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó el accionante que, labora para la empresa Bananeras de Urabá S.A., bajo la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido desempeñando labores de oficios varios, y se encuentra afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social en las entidades, E.P.S. Coomeva, A.F.P. Protección, a la A.R.L. Positiva.

El petente expuso que, el día 26 de febrero del año 2020, en ejercicio de sus laborales, sufrió un accidente de trabajo y fue diagnosticado con contusión de hombro de brazo izquierdo, lo que motivó incapacidad por el término de 3 meses, luego de los cuales se ordenó el reintegro a sus actividades de trabajo.

Seguidamente, informo el gestor que, un estudio de imagen de resonancia magnética realizado el 1 de octubre de ese año, su galeno tratante evidenció hallazgos que arrojaron como resultado el diagnóstico M751- síndrome del manguito rotatorio; y por el cual fue incapacitado desde el 12 de enero al 10 de febrero hogaño -30 días-; incapacidad que fue prorrogada por 12 días más -del 9 al 20 de febrero de 2021-.

Al respecto, arguyó el promotor que, a la fecha no ha percibido el pago de sus dos últimas incapacidades; toda vez que pese al reclamo por parte del actor a la administradora de riesgos laborales a la cual se encuentra afiliado, esta última se niega a reconocer la enfermedad como de origen laboral.

Por todo lo anterior, el tutelante requiere el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, orden que compela a la **ARL Positiva Compañía De Seguros**, a realizar el pago de las incapacidades adeudadas.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia, quien avocó conocimiento el día 5 de marzo de 2021 y decidió vincular a la **E.P.S. Coomeva, AFP Protección**, empresa **Bananeras de Urabá S.A. – Finca Madrigal** y a la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia**; para que junto con la entidad accionada ejercieran sus derechos de defensa y contradicción dentro del presente trámite constitucional.

2. Atendiendo el requerimiento realizado por el juzgador de primera instancia, el día 6 de abril de la presente anualidad, a través de correo electrónico, el representante legal de la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia**, consideró no tener competencia para emitir pronunciamiento respecto de las pretensiones plasmadas en el escrito tutelar, tras esbozar que en relación con la situación del petente, si bien la **A.R.L Positiva** presentó el pago de los honorarios de la junta, ninguna de las entidades de Sistema de Seguridad Social a las que pertenece el actor, radicó el expediente de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente; razón por la cual, la dependencia no ha podido dar inicio al trámite de valoración a fin de establecer su respectivo dictamen.

Del mismo modo, en lo atinente al pago de incapacidades, el ente vinculado manifestó no tener competencia para asumir el referido concepto.

3. Posteriormente, en la fecha referida, el representante legal de la empresa **Bananeras de Urabá S.A.**, allegó comunicado en el cual ratificó la información expuesta por el actor respecto de sus afiliaciones a Sistema de Seguridad Social, e informó que la entidad cumplió a cabalidad el pago de las obligaciones requeridas por el mismo.

De igual manera, la empresa arguyó que las obligaciones que le podrían en principio llegar a corresponder como consecuencia de la relación laboral del petente, les fueron subrogadas a las respectivas entidades a las que fue afiliado una vez se generó la vinculación con las mismas; por lo anterior, solicitó a la judicatura que fueran denegadas las pretensiones elevadas en su contra.

4. A su turno, el 7 de abril hogaño, la apoderada judicial del representante legal de la **A.R.L. POSITIVA**, informó que, tuvo conocimiento de un evento sufrido por el gestor, de fecha 26 de febrero de 2020, calificado de origen laboral, el cual dio origen al diagnóstico de “S400 contusión en brazo izquierdo” por el cual fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral equivalente al 0.0%

Asimismo, la accionada manifestó que, las incapacidades debatidas fueron originadas como consecuencia del diagnóstico médico de “M751 síndrome de manguito rotatorio”, no guarda relación con el accidente de trabajo registrado, por lo que a su juicio, la entidad no es la llamada a responder por el pago de incapacidades debatidas; toda vez que las mismas deberán presumirse de origen común de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

Por todo lo anterior, requirió a la administración de justicia declarar la improcedencia de la acción de tutela.

5. En uso de sus derechos, el día 8 de abril del año en curso, la **A.F.P. Protección**, mediante su representante legal judicial, manifestó no poseer vínculo de afiliación con el accionante, por lo que desconoce los hechos expuestos por él, y se considera ajena a las pretensiones planteadas.

6. Finalmente, la analista jurídica de promotora de salud **Coomeva** expresó que las incapacidades N° 12974188 y 12941588 debatidas por el quejoso, fueron registradas con origen accidente de trabajo; por lo cual, manifiestan que en atención a la legislación colombiana que regula la materia, el respectivo pago le correspondería a la administradora de riesgos laborales.

Así, tras considerar que no ha influido en vulneración de derecho fundamental alguno, la E.P.S. solicita que sea declarada la improcedencia del presente trámite constitucional y a su vez la falta de legitimación por pasiva respecto a su participación en el mismo.

7. Tras una valoración de las posturas expuestas por las partes, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó Antioquia, el 16 de abril hogaño, resolvió que de los documentos aportados tanto por el accionante como por las entidades presentes en el trámite constitucional se podía abstraer que las incapacidades debatidas fueron consecuencia de diagnóstico atribuido al accidente de trabajo reportado por el actor en escrito tutelar y confirmado por la administradora de riesgos laborales.

Asimismo, el *a quo* determinó que, la calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante no desconfigura la naturaleza laboral del accidente; razón por la cual, decidió tutelar los derechos fundamentales de mínimo vital, vida digna y seguridad social del accionante y ordenó a la **ARL Positiva**, iniciar todas las gestiones necesarias para proceder al reconocimiento y pago de las incapacidades debatidas en favor del gestor de la acción constitucional.

8. Inconforme con la decisión de instancia, la **Administradora de Riesgos Laborales Positiva**, dentro del término legal, presentó escrito de impugnación en el cual solicitó el envío del expediente al superior jerárquico para que este revocara la sentencia recurrida, tras considerar que la patología originaria de las incapacidades objetadas no fue reconocida como de origen laboral, por lo que en atención a las presunciones legales, la misma debería ser considerada como de origen común; y en consecuencia, pagada por un ente administrativo diferente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991¹, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

De otro lado, esta Corporación tiene la competencia para pronunciarse conforme a lo previsto por el artículo 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, al tener la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

Del caso concreto

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela es un mecanismo constitucional que permite a todas las personas exigir de los jueces la inmediata protección de sus derechos fundamentales cuando estos se encuentren vulnerados o amenazados y no existan vías judiciales alternativas que resulten eficaces o idóneas para la obtención de su pretendido.

En palabras de la H. Corte Constitucional, la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela condiciona su procedencia a que “(...) *el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, [o] ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.*”²

Del mismo modo, respecto al reconocimiento y pago de auxilio de derechos provenientes de una relación laboral, el órgano de cierre ha sido enfático en establecer que en principio la acción de tutela no es el mecanismo ideal para la resolución de este tipo de conflictos, toda vez que dentro del ordenamiento jurídico vigente se consagran diferentes tipos de alternativas que no pueden ser subrogadas con la interposición de una acción de tutela. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha planteado que el conocimiento de estos asuntos usualmente requiere de una valoración de aspectos

¹ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez *modificado por el Decreto 1983 de 2017*

² T-847 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

legales y probatorios que termina por desbordar las competencias de esta clase de jueces.

No obstante, la alta corte también ha reconocido que, en asuntos de esta índole, el desconocimiento de un derecho laboral puede derivar en la vulneración de derechos fundamentales como los son la salud, la vida y el mínimo vital del trabajador; caso en el cual, el amparo constitucional termina calificándose como el mecanismo más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata de los derechos vulnerados o amenazados en razón al tiempo que conlleva definir un asunto de esta naturaleza.

En ese orden de ideas, resulta ser el juez de tutela el administrador de justicia competente para dirimir los asuntos de la materia cuando de los elementos materiales probatorios presentados por las partes no se pueda concluir cosa distinta a que el pago de incapacidades tienda a ser requerido de manera inmediata, como lo es en el caso esbozado por el accionante en el presente trámite constitucional, quien ha acreditado presentar problemas de salud que le ha derivado la imposibilidad de trabajar en diversas ocasiones, sin ser manifestado si quiera por alguno de los entes vinculados que el mismo cuenta con fuentes de ingreso diferentes al salario del cual ha sido privado.

Del mismo modo, en consideración a que el actuar de la accionada ha generado también una vulneración al debido proceso del actor, conforme al cual no se le permite tener acceso a un Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral por parte de la **Junta Regional de Calificación de Invalidez**, este tribunal considera que se hace necesaria la inmediata intervención de la judicatura en el caso debatido.

Ahora bien, dado que el asunto de controversia deviene en la discrepancia para establecer si las enfermedades que devinieron en la expedición de incapacidades son de origen común o laboral, este Tribunal debe precisar sobre lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002, las administradoras de riesgos laborales son las entidades encargadas de proteger y atender todas las contingencias que encuentran su origen en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo, o servidores públicos.

En consecuencia, la H. Corte Constitucional ha mencionado que *“los trabajadores tienen derecho a varios tipos de prestaciones: las de carácter económico como i) el pago de subsidio por incapacidad temporal, ii) indemnización por incapacidad permanente parcial, iii) pensión de invalidez, iv) pensión de sobrevivientes, y v) auxilio funerario; las de carácter asistencial como i) asistencia médica, ii) quirúrgica, iii) terapéutica, iv) farmacéutica, v) hospitalización, vi) odontología, vii) medicamentos, viii) prótesis, ix) órtesis, y x) reparación y reposición en casos de deterioro o desadaptación profesional”*³

Sin embargo, dada la participación de este órgano solo en asuntos que atienen a las eventualidades laborales que ha sufrido el trabajador, es necesario establecer con claridad el origen de las patologías reclamadas a fin de determinar la entidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud a la cual le corresponde asumir la carga de las prestaciones derivadas del mismo.

Por tal razón, el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, ha dispuesto lo siguiente:

“Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común.

La calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional será calificado, en primera instancia por la institución prestadora de servicios de salud que atiende al afiliado.

El médico o la comisión laboral de la entidad administradora de riesgos profesionales determinará el origen, en segunda instancia.

Cuando surjan discrepancias en el origen, estas serán resueltas por una junta integrada por representantes de las entidades administradoras, de salud y de riesgos profesionales

*De persistir el desacuerdo, se seguirá el procedimiento previsto para las juntas de calificación de invalidez definido en los artículos 41 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos.”*⁴

Asimismo, el procedimiento antes descrito ha sido adoptado y regulado en el Decreto 2463 de 2001, conforme al cual:

“...El origen del accidente o de la enfermedad, causantes o no de pérdida de la capacidad laboral o de la muerte, será calificado por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos profesionales en segunda. Cuando se presenten discrepancias por el origen, éstas serán resueltas por la junta integrada por representantes de las entidades administradoras de salud y riesgos profesionales.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 2006.

⁴ Art. 12 Decreto 1295 de 1994

Inciso compilado por el art. 2.2.5.1.27, Decreto Nacional 1072 de 2015.
Las instituciones prestadoras de servicios de salud y entidades promotoras de salud, deberán conformar una dependencia técnica o grupo interdisciplinario que adelante el procedimiento de determinación del origen y registrarla ante las secretarías de salud. Las administradoras de riesgos profesionales adelantarán el procedimiento por intermedio del grupo interdisciplinario previsto en el artículo 5º del presente decreto.

Cada una de las citadas entidades, así como la junta integrada por las entidades promotoras de salud y administradoras de riesgos profesionales, contarán con un plazo máximo de treinta (30) días calendario para cumplir el procedimiento descrito y comunicar su decisión sobre el origen de la contingencia al empleador, al trabajador y a los demás interesados.

PARAGRAFO 1º. *Las controversias que surjan con ocasión de los conceptos o dictámenes emitidos sobre el origen o fecha de estructuración, serán resueltas por las juntas regionales de calificación de invalidez.*

PARAGRAFO 2º. *Compilado por el art. 2.2.5.1.27, Decreto Nacional 1072 de 2015. El costo de los honorarios que se debe sufragar a las juntas de calificación de invalidez, será asumido por la última entidad administradora de riesgos profesionales o fondo de pensiones al cual se encuentre o se encontraba afiliado el trabajador y podrá repetir el costo de los mismos contra la persona o entidad que resulte responsable del pago de la prestación correspondiente, de conformidad con el concepto emitido por las juntas de calificación de invalidez.*

PARAGRAFO 3º. *Cuando las instituciones prestadoras de servicios de salud no emitan el concepto sobre determinación de origen y la persona sujeto de la calificación estima que se trata de un evento de origen profesional, podrá dirigir su solicitud directamente a la entidad administradora de riesgos profesionales o a la empresa promotora de salud. Si dichas entidades no inician el trámite correspondiente podrá acudir directamente a la junta regional de calificación de invalidez, según el procedimiento previsto por el presente decreto.*

En ese orden de ideas, se puede abstraer que para el establecimiento de calificación del origen de una patología existe ciertamente un procedimiento establecido con diferentes instancias y términos a cumplir, que requieren de la participación activa tanto de las promotoras de salud como de las entidades administradoras de riesgos laborales, buscando proteger al trabajador lesionado de las consecuencias naturales de su eventualidad.

En palabras de la Corte Constitucional “se aprecia como de vital importancia no solo el respeto al debido proceso en el agotamiento del trámite de calificación de una contingencia sufrida por un trabajador, sino que los términos y las funciones establecidos a cada una de las entidades, pues se exige una pronta y eficiente resolución del problema que aqueja al trabajador, en aras de salvaguardar sus derechos e intereses”⁵

En este sentido, una vez valorados los elementos materiales probatorios aportados por las partes encuentra este Tribunal que, en el caso particular del promotor de la acción

⁵ T-555 de 2006, M.p Humberto Antonio Sierra Porto

de tutela, no se evidencia una falta de calificación del origen de la enfermedad, como lo argumenta la administradora de riesgos laborales; sino que, por el contrario, existe una disparidad de criterios entre esta última y la promotora de salud a la que éste se encuentra afiliado, respecto de su causa.

Sin embargo, no fue evidenciada una actitud diligente por parte de los órganos referidos a fin de esclarecer la situación; por el contrario, la posición asumida por parte de la **A.R.L. Positiva**, permite evidenciar un actuar displicente que deviene en una clara vulneración de los derechos fundamentales del quejoso.

Lo anterior encuentra asidero en que si bien la accionada no se encontró conforme con la calificación realizada por la promotora de salud, donde se ha tratado el diagnóstico del promotor, en todo momento, como derivado del inicial accidente de trabajo debidamente reportado, hecho que se acredita con las historias clínicas de atención del paciente, y más concretamente con la de la atención médica de 15 de febrero hogaño, donde el quejoso fue diagnosticado del síndrome de manguito rotatorio, oportunidad en la que se empezaron a generar las incapacidades objeto de controversia en el *sub lite*, y frente a las cuales, la administradora de riesgos laborales demandada, no ha actuado con diligencia, pues si bien, la entidad efectuó el pago de los honorarios ante la **Junta Regional de Calificación de Invalidez**, no aportó el expediente que permitiría a este último órgano realizar una valoración completa de la situación de salud del accionante.

En consecuencia, mientras no se dirima el conflicto que hoy suscita la administradora de riesgos laborales demandada, conforme a la legislación expuesta y vigente, el pago de las incapacidades causadas y concedidas al petente, inequívocamente recae sobre la **A.R.L. Positiva**, por lo tanto, se confirmará el fallo impugnado.

Pero adicionalmente, la Sala encuentra una serie de hechos que no han derivado en situación distinta que, en el perjuicio del actor, a quien adicionalmente se le ha lesionado, su derecho al debido proceso.

Así las cosas, y precisando la posibilidad de adicionar el fallo, aún afectando los intereses del único impugnante, lo cual, en materia de tutela, es plausible según el criterio mantenido por la Corte Constitucional cuando expuso que:

Así las cosas, el superior que, a partir de una impugnación considera de nuevo la procedencia de una tutela y los hechos sobre los cuales recae la respectiva solicitud,

*puede modificar los alcances del fallo, otorgando una protección no concedida o ampliando el amparo de derechos fundamentales también violados o amenazados y a los que no se refirió la sentencia de primer grado, sin que para adoptar cualquiera de esas decisiones se requiera que las dos partes hayan impugnado. Se repite que la decisión de conceder o no una tutela, proteger unos derechos, o negar aspectos o incidencias de un amparo, no implica una pena sino el ejercicio de la actividad judicial concebida justamente para hacer efectivos los derechos fundamentales y protegerlos cuando han sido quebrantados o están sujetos a amenaza. En ese sentido, no podría admitirse que, sobre la base de un inadecuado entendimiento del principio de **no reformatio in pejus**, el juez de segunda instancia permitiera al demandado continuar violando o amenazando derechos fundamentales por la sola circunstancia de no haberse examinado una determinada perspectiva de los mismos en la primera instancia.⁶*

En consecuencia, dado al tiempo transcurrido desde la generación de las incapacidades, la controversia que hoy suscita la administradora de riesgos laborales respecto del origen de las incapacidades, y que ya ha sido realizado el pago a los honorarios de la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia**, este Tribunal considera que el actuar más proteccionista de los derechos en cabeza del gestor, es ordenar a la **A.R.L Positiva Compañía de Seguros S.A.**, a efectuar todas las acciones necesarias encaminadas a permitir la valoración de la situación de salud del accionante por parte de la junta.

Por lo expuesto, esta Sala de decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia el 16 de abril de 2021.

SEGUNDO: ADICIONAR el mismo en el sentido de **ORDENAR** a la **A.R.L. Positiva Compañía de Seguros S.A.**, que dentro de las 48 siguientes a la notificación de esta decisión, efectúe todas las gestiones necesarias para permitir a la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia** realizar la valoración particular de la situación de salud del ciudadano Orquin Gabriel López Espitia, y establecer el origen de la enfermedad que devino en las incapacidades N° 39890 y 179251

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-913 de 1999

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA
MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-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:
5ce3283ffc91d2cc65652b1a14f0a5ae0882659b92a3b80660c89dfd92e31324
Documento generado en 14/05/2021 05:08:35 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha. Acta número 051

PROCESO: 05 042 61 00082 2017 80084 (2019 0421)
DELITO: HOMICIDIO AGRAVADO
ACUSADO: JOHN ALEXANDER HOLGUÍN TUBERQUIA
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por el Defensor del Procesado, en contra de la sentencia proferida el 06 de marzo de 2019, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, mediante la cual CONDENÓ al señor JOHN ALEXANDER HOLGUÍN TUBERQUIA, quien fuera acusado por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 15 de febrero de 2017, en el municipio de Santa Fe de Antioquia, vereda Moraditas, a eso de las 8:00 horas, el señor JHON ALEXANDER HOLGUÍN TUBERQUIA ingresó a la residencia de la señora GLORIA ELENA MORALES METAUTE y le causó la muerte con arma corto contundente, tipo machete. Inmediatamente el señor Holguín Tuberquia salió en persecución del joven EDISON RESTREPO MORALES (de 18 años

de edad e hijo de la señora GLORIA ELENA) a quien alcanzó en un potrero y también le causó la muerte. La víctima le suplicaba que no lo lesionara más, situación de indefensión que fue aprovechada por el victimario para descargarle un golpe de machete en el cuello.

Previa orden de captura y su materialización, el 12 de agosto de 2017, ante el Juez Promiscuo Municipal de Santa Fe de Antioquia fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso pasó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia en donde el 16 de noviembre de 2017, la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 2 de abril de 2018 y el juicio oral se desarrolló los días 11 de julio, 11 de octubre, 29 de noviembre y 18 de diciembre de 2018, 18 y 31 de enero de 2019. La sentencia condenatoria fue leída el 6 de marzo de 2019.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo manifestó que analizado en conjunto el acervo probatorio se dan los presupuestos para emitir sentencia condenatoria en contra del acusado. Señaló que el señor Holguín Tuberquia era reconocido en la región y el señor Joaquín Guillermo Gómez afirmó categóricamente sin lugar a equívocos que lo observó a estrecha distancia cuando atacaba al joven Edison Restrepo Morales, que usaba una chaqueta roja, la cual fue recogida fotográficamente por los investigadores, hecho estipulado. También el señor Jesús Alfredo Brand observó a una

persona cuya descripción encaja perfectamente con la del procesado, precisamente con la cara ensangrentada rumbo a la vereda Sabanas, vereda que corresponde al arraigo señalado por el acusado.

Consideró que el testigo Jesús Alfredo Brand dijo no reconocer al enjuiciado por temor, pues incluso negó su reconocimiento fotográfico, que hizo delante de los policías judiciales y el personero municipal.

Igualmente, tuvo en cuenta el testimonio de Carlos Alberto Restrepo, esposo y padre de los occisos, quien manifestó en su testimonio que Alfredo y Guillermo le dijeron que se habían encontrado a John Alexander al otro lado de la casa con la cara ensangrentada y encontraron en el alambrado de la casa un saco que Joaquín Guillermo le dijo se lo había visto a John Alexander.

Dejó claro que el testimonio de la señora Yesica Tatiana Alcaraz Tuberquia no podía atenderse, porque ella dijo que su hermano estuvo en la casa hasta las 7 de la mañana y luego fue a trabajar donde Hernán Garcés, que estuvo de 8:00 a 1:00 de la tarde en la vereda y que no se movió, se la pasó buscando leña todo el día. Tales hechos no impiden que el señor Holguín Tuberquia cometiera los crímenes porque ellos ocurrieron cuando ya no estaba en su casa y la testigo supone que estuvo en la vereda, porque le era imposible para ella haber visto a su hermano entre las 8:00 am y la 1 de la tarde, toda vez que si es cierto que trabajaba en la finca de Garcés, ella queda a unos quince minutos de la casa de la testigo. Además, la testigo también dijo que a su hermano lo vio a las 5:00 am cuando salió de la pieza que e iba a trabajar, lo cual contradice su principal dicho que estuvo hasta las 7:00 am.

En cuanto a la agravante por indefensión, señaló que las víctimas fueron atacadas cuando se encontraban en su lugar de habitación en la vereda Moraditas, sitio en el que se sentían confiados, protegidos y refugiados y sin ninguna prevención a un ataque como el que sufrieron. De manera desprevenidas, descuidadas, desarmadas y bajo el grado de confianza de encontrarse en su refugio familiar, recibieron un ataque atroz a machetazos. El hijo de Gloria Amparo trató de escapar de su agresor y quedó demostrado que trató de repeler los ataques con las manos y fue reducido con ataques en cabeza y cuello.

LA IMPUGNACIÓN

El señor defensor del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Manifiesta que el A quo no tuvo en cuenta todas las pruebas y ello es violatorio de derechos fundamentales y de haberse realizado su análisis y valoración, la solución de asunto debatido habría variado sustancialmente.

Considera que no hay razones que soporten la sentencia de primera instancia objeto de impugnación, pues no tuvo en cuenta toda la prueba en conjunto, así como testimonios que había solicitado la defensa y no los dejó comparecer a la audiencia, negando el aplazamiento pedido. Testimonios como los del señor Hernán Garcés y la señora Gilma Brand.

Afirma que el Juez sólo tomo aparte de las pruebas y no en su conjunto. Creyó en las versiones de los testigos de la Fiscalía y desestimó la declarante de la defensa Yesica Tatiana Alcaraz Tuberquia.

Critica que el Juez haya considerado que estaba demostrado el agravante por el estado de indefensión de la víctima, pues sólo hizo apreciaciones subjetivas, ya que nadie pudo decir cómo ocurrieron los hechos. Nadie los vio. Y con el hijo, Edison, existe la versión del señor Joaquín Guillermo Gómez, quien no puede dar cuenta de la indefensión, pues al parecer sólo vio cuando lo golpeaba con el machete, pero no las circunstancias de modo que pudiesen dar corroboración con los dichos de indefensión.

Se duele porque el A quo dio total credibilidad al testimonio del señor Joaquín Guillermo Gómez sin que existan elementos para corroborar la aseveración de que fue su defendido quien pudo realizar el homicidio. Advierte la distancia tan grande entre el lugar donde estaba ubicado el señor Joaquín y el lugar de los hechos, a unos 250 metros y por el sitio de montaña, cultivos, y árboles, por lo que es muy difícil distinguir las personas y mucho menos quién está realizando un hecho. En su testimonio siempre dice que vio a una persona, hablando en forma abstracta, por tanto, no sabía quién es la persona que estaba agrediendo al joven Edison.

Considera que no es suficiente con que el testigo señale al acusado en el juicio, que debió hacerse un reconocimiento y otras pruebas para saber si se estaba identificando al agresor.

Expresa que el señor Jesús Alfredo Brand dijo expresamente que no vio bien al agresor que supuestamente se encontró en el camino, porque tenía ensangrentada la cara y no podía reconocer de quien se trataba. No lo identifica y menos en la audiencia.

El Juez manifestó que el señor Carlos Alberto Restrepo Restrepo en su declaración dijo que el Joaquín y Jesús Alfredo le contaron ese día haberse encontrado con John Alexander pero en juicio ninguno de los dos refirió esa situación y al contrario no sabían quien era como en el caso de Jesús Alfredo y el otro lo vio de lejos.

Asegura que, en toda la prueba allegada al proceso y al juicio, la mayoría de los testigos de la Fiscalía en sus relatos evidencian claramente la no identificación del acusado y de nos saber quién realizó el hecho. Al parecer el señor Juez considera la versión de un testigo como valedera y de la identificación del homicida nada más con el señalamiento en juicio, sin demostrar si el señor Joaquín estaba consciente durante todo el tiempo de lo que estaba haciendo para culparlo.

CONSIDERACIONES

Como bien claras quedaron las inquietudes del recurrente, la Sala procede a resolver lo pertinente, para lo cual escuchó atentamente lo ocurrido en el juicio oral.

En primer lugar, es necesario precisar que, si bien el defensor se queja, porque no le fueron recibidos los testimonios de Hernán Garcés

y Gilma Brand, por lo cual considera que hubo violación al derecho de defensa y al debido proceso, la Sala pudo constatar que durante el trámite del proceso el señor defensor tuvo la oportunidad amplia de llevar ante los estrados judiciales a los testigos solicitados. Incluso, tuvo la posibilidad de solicitar su conducción si era que ellos no querían acudir al llamado a testificar. El señor Juez en varias ocasiones suspendió el trámite para que la defensa lograra la comparecencia de los declarantes.

El señor defensor simplemente se limitaba a solicitar el aplazamiento de la audiencia sin señalar ninguna alternativa para lograr la concurrencia de sus testigos y tampoco se ocupó de demostrar de alguna forma los motivos que adujo por los cuales una de sus testigos no podía comparecer. Igualmente, siempre señaló que el testigo Hernán Garcés no podía ser localizado a pesar de los esfuerzos de la familia del procesado y de la defensa. Por ello, acertó el juzgador cuando negó la última suspensión del juicio y procedió a escuchar los alegatos de las partes.

En segundo lugar, el recurrente manifiesta que el A quo no analizó en conjunto toda la prueba recaudada en el juicio, pero sin necesidad de mucho esfuerzo al hacer una lectura de la sentencia, puede verificarse fácilmente que el señor Juez se ocupó de todas y cada una de las pruebas, analizándolas en forma individual y en conjunto. Igualmente, suministró las razones por la cuales no le merecía credibilidad los dichos de la única testigo presentada por la defensa, concluyendo, además, que al referirse a un período de tiempo entre las 8 de la mañana y la 1 de la tarde, de allí no se seguía la imposibilidad del acusado para estar en el lugar donde sucedieron los hechos. Igualmente, señaló por qué les daba pleno valor suasorio a los

testimonios de los señores Joaquín Guillermo Gómez y Jesús Alfredo Brand, a pesar de que este último en el juicio quiso retractarse de su señalamiento en diligencia de reconocimiento fotográfico.

Por lo anterior, la Sala no observa irregularidad alguna y menos vulneración al debido proceso o al derecho de defensa.

En cuanto al fondo del asunto, la Sala después de analizar detenidamente las pruebas que fueron válidamente practicadas en el juicio, concluye igual que el A quo que existe prueba suficiente para edificar la sentencia condenatoria en contra del procesado.

El señor Joaquín Guillermo Gómez fue muy claro en afirmar que él pudo presenciar cuando una persona con un machete acabó con la vida del joven Edison Alberto Restrepo Morales. Explicó que, si bien observó lo ocurrido desde cierta distancia (la cual debe decirse no fue medida por nadie), no tuvo ningún problema para ver bien e incluso escuchó la voz de la víctima y señala que también le gritó al agresor que si era que lo iba a matar.

El señor defensor pretende restarle credibilidad al testimonio haciendo conjeturas con respecto a las circunstancias de visibilidad sin que en el juicio se presentara alguna prueba para ello.

No existe entonces ninguna razón para dudar de las manifestaciones del testigo, quien en forma segura, clara y contundente en el juicio oral dijo que la persona que vio cometer el hecho no es otro que el señor John Alexander Holguín Tuberquia, de quien dijo lo vio ahí en la Sala de Audiencias.

Igualmente, quedó claro que el testigo conocía al procesado desde antes y si bien es lógico que no conocía su nombre, tenía datos que fueron suficientes para lograr su plena identificación.

Lo anterior explica también por qué el testigo inicialmente en su declaración se refiere en forma abstracta a una persona, lo cual también aclara que lo hizo así porque no le preguntaron.

El investigador Jesús Eduardo Rojas Galvis explicó en el juicio que fueron dos testigos que le dieron información, entre ellos, el señor Joaquín Guillermo. Por los testigos tuvo conocimiento de las características del indiciado y además que en anterior oportunidad había sido visto uniformado y portando un fusil, por lo cual fue capturado y estuvo herido en el hospital de Santa Fe de Antioquia. Con esa información se pudo llegar a la individualización e identificación. Indicó el investigador también, que luego en diligencia de reconocimiento fotográfico los dos testigos lo reconocieron. Las actas fueron presentadas en el juicio y reconocidas por el investigador.

El señor Jesús Alfredo Brand Brand dijo en el juicio que se encontró de frente con una persona que tenía la cara y las manos ensangrentadas e iba armado con un machete, momentos después de la ocurrencia de los hechos y por un camino que conduce a la vereda Sabanas. Y si bien en el juicio manifestó que no reconoció a nadie, la evidencia lo desmiente, pues no pudo dar explicaciones satisfactorias de por qué en la diligencia de reconocimiento fotográfico (acta que reconoce) sí señaló al procesado y simplemente se limitó a repetir lo que decía el defensor cuando le preguntaba en forma sugestiva. No hay ninguna razón para pensar que el testigo no pudo reconocer a

esta persona y menos que en la diligencia de reconocimiento fotográfico todos se hayan confabulado para falsear la prueba.

En cuanto a lo dicho por la señora Yesica Tatiana Alcaraz, hermana del procesado, es claro que no resulta creíble que la testigo pudiera recordar con precisión que su hermano el día de los hechos haya amanecido en su casa y menos tener seguridad sobre la hora en que salió de la casa e incluso que hizo durante toda la mañana. Tal como lo dijo lo hizo ver el A quo, la señora Yesica en un momento de la declaración dijo que su hermano salió a trabajar a las siete de la mañana y en otra que lo vio a las cinco de la mañana cuando salía de su habitación para el trabajo. Además, el lugar del supuesto trabajo de su hermano era retirado y no puede dar fe dónde estuvo en cada momento de la mañana.

En lo que sí tiene razón el señor defensor es en cuanto a la circunstancia que agrava el delito, pues la Fiscalía en la acusación cuando narró los hechos jurídicamente relevantes, afirmó que la víctima (refiriéndose a Edison Restrepo) suplicaba que no lo lesionara más y agachó la cabeza, situación de indefensión que aprovechó el agresor para descargar un golpe de machete en el cuello de la víctima, quien cayó al suelo y nuevamente el agresor se aprovechó de la indefensión y le propinó un golpe de machete en la cabeza.

Esta circunstancia tal como fue propuesta fácticamente no tuvo acreditación en el juicio. Y el señor Juez deduce la circunstancia de agravación afirmando que las víctimas estaban en su lugar de habitación donde se consideraban protegidos, refugiados y sin ninguna prevención a un ataque como el que sufrieron. Fueron atacados en forma desprevenida, descuidada, desarmados y bajo el

grado de confianza de encontrarse en el refugio familiar. La señora Gloria no pudo repeler el ataque, huir de él y el joven Edison trataba de repeler los golpes con las manos y fue reducido por los ataques recibidos sobre la cabeza y cuello.

Esto es, el Juez dedujo la agravante con fundamentos fácticos no tenidos en cuenta en la acusación y que tampoco fueron discutidos en el juicio, pues allí solo se habló de la forma como encontraron los cadáveres y el testigo directo sólo dijo que el joven Edison era perseguido por el agresor y vio que cuando paró, éste le dio con el machete.

En consecuencia, se confirmará la sentencia impugnada, pero se modificará en el sentido de condenar al señor John Alexander Holguín Tuberquia por el delito de homicidio simple.

El delito de homicidio simple consagrado en el artículo 103 del Código Penal tiene aparejada una pena de 208 a 450 meses de prisión. El Juez partió del mínimo de la pena, lo cual deberá respetarse, por tanto, por cada homicidio debe imponerse una pena de 208 meses de prisión. Pero conforme con el artículo 31 del Código Penal, por tratarse de concurso de hechos punibles, se impondrá la pena por el delito base incrementado en otro tanto, que respetando la proporción del incremento hecho por el A quo, éste deberá ser de 12 meses. Así la sanción se establece en DOSCIENTOS VEINTE (220) MESES DE PRISIÓN.

La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se reduce en la misma proporción.

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 **CONFIRMAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, con la siguiente **MODIFICACIÓN**: Se declara penalmente culpable al señor JOHN ALEXANDER HOLGUÍN TUBERQUIA por el delito de HOMICIDIO SIMPLE EN CONCURSO HOMOGÉNEO y se le condena a purgar una pena de **DOSCIENTOS VEINTE (220) MESES DE PRISIÓN**. En la misma proporción se reduce la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo demás, rige la sentencia de primera instancia.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE¹

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

**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**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA
MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 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:

**9ed0de9845a13c1d58626bce82c8754c2993a9ff8039fbb934ff7f646a
20763f**

Documento generado en 06/05/2021 03:21:33 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha. Acta número 051

RADICADO : 05 425 61 00199 2017 80002 (2021 0321)
DELITO : PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO
ACUSADO : RODRIGO DE JESÚS CANO SALAZAR
PROVIDENCIA : INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado en contra del interlocutorio proferido el día 16 de febrero de 2021, por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío, Antioquia, mediante el cual negó solicitud de nulidad impetrada por la defensa.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 9 de enero de 2017, a eso de las 12:22 horas, en la calle Bolívar, vía pública del municipio de Maceo (Antioquia), en el establecimiento de razón social Juanes, se encontraba el señor RODRÍGO DE JESÚS CANO SALAZAR a quien agentes de la policía le realizaron una requisita y le encontraron en su poder, en la pretina del pantalón, lado derecho, un arma de fuego, tipo revólver, calibre 38, sin que enseñara permiso para su porte.

Por estos hechos, ante el Juez Promiscuo Municipal de Maceo (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura,

formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío (Antioquia) en donde el 18 de octubre de 2017 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 3 de septiembre de 2018. Después de aplazamientos, se convocaron a las partes para el 16 de febrero de 2021 con el fin de iniciar con el juicio oral.

LA CONTROVERSIA

En audiencia celebrada el 16 de febrero de 2021 que tenía por objeto la iniciación del juicio oral, el señor defensor del procesado solicitó la nulidad por violación de garantías fundamentales en el proceso.

Afirmó que en el presente caso se le ha vulnerado al procesado las garantías fundamentales como el derecho a una defensa técnica y material, toda vez que por carecer de recursos se le ha nombrado un defensor público y la persona que lo ha representado en la audiencia preparatoria no solicitó prueba alguna en su favor.

Agrega que desde el inicio de la participación de la defensa no se ve que haya materializado la defensa técnica, pues no hay misión de trabajo y ninguna actividad investigativa en pro del acusado. Por ello, cualquier estrategia defensiva que se tuviera estaba destinada a fracasar.

Por otra parte, en la audiencia preparatoria la defensa estipuló con la fiscalía la identidad del procesado y la aptitud del arma para disparar. Así a la defensa no le queda sino desvirtuar los testimonios de los

policías a través del contrainterrogatorio y a lo sumo plantear una teoría de error de tipo o error de prohibición.

Considera que en esas condiciones no podrá materializar, ni garantizar la defensa del procesado y casi que vendrá a ejercer una defensa formal.

Solicita la nulidad de la actuación, porque es la única forma justa para ejercer la confrontación, postulando una teoría del caso y que se le permita recoger elementos a través de una orden de trabajo que le permitan señalar si es o no pertinente hacer un juicio de reproche al procesado.

El señor Juez decidió negar la petición al considerar que el señor defensor no tuvo en cuenta los principios que rigen la declaratoria de nulidad como la trascendencia y la convalidación.

Sostuvo que para declarar la nulidad, el resquebrajamiento alegado debe ser en aspectos sustanciales lo que no se presenta en este caso, toda vez que, si bien la defensa no hizo solicitud probatoria en la audiencia preparatoria, nada la obliga a hacerlo, pues quien tiene la carga de la prueba es la Fiscalía. El silencio del defensor no siempre tiene que entenderse como una falta de defensa técnica. En muchos casos la mejor defensa es el silencio y después con el contrainterrogatorio ejercer la contradicción. Tampoco se advirtió que las estipulaciones presentadas comprometieran la responsabilidad del acusado.

Consideró que el procesado siempre ha estado acompañado de un profesional del derecho de la defensoría pública y quien tiene ahora a cargo la defensa, también de dicha institución, en primer lugar, intentó

la celebración de un preacuerdo, el cual no se materializó. Por tanto, ha convalidado la actuación.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente, el recurso de apelación.

En síntesis, afirma que no está de acuerdo con lo señalado por el A quo, porque no hubo solicitud probatoria por parte de la defensora anterior, quien no ejerció actividad para encontrar elementos de prueba en favor de su prohijado.

Al juicio no se viene a especular o improvisar sino con una certeza que se tiene una teoría del caso a refutar la prueba de cargo. En este caso, la defensa ha quedado desprovista de todo elemento, de ahí su trascendencia y al momento de percatarse sobre la inviabilidad del preacuerdo, demanda la garantía para poder defenderse en igualdad de armas de la situación.

Hace ver que no fue el procesado quien escogió al defensor, sino que fue el Estado y no puede ser una defensa solo formal, sino que debe materializarse durante todo el proceso.

Igualmente, no está de acuerdo con lo dicho por el A quo en el sentido de considerar que convalidó la actuación, pues lo del preacuerdo era

una de las opciones, una salida plausible para obtener la libertad en donde primaba la voluntad del procesado, pero lo que discute es que no se hicieron desde su inicio unas acciones propias de la defensa, independiente que después se hiciera un preacuerdo.

Solicita se revoque la decisión de primera instancia y se garantice una defensa técnica.

2. El señor Fiscal como sujeto no recurrente afirma que el recurso de apelación exige una técnica. Quien lo interpone debe atacar la decisión que toma el Juez y escuchados los planteamientos de la defensa considera que no sustentó en debida forma. No atacó los argumentos y aborda otros no tenidos en cuenta en la decisión. Pide que el recurso se declare desierto

3. El señor Representante del Ministerio Público solicita se confirme la decisión de primera instancia.

Explica que la nulidad por falta de defensa técnica solo puede decretarse cuando sea evidente que el defensor cumplió con un papel meramente formal, desprovisto de cualquier estrategia. Que las deficiencias en la defensa no sean imputables al procesado o que tengan como causa evadir la acción de la justicia. Que revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial.

Señaló que, escuchados los argumentos del defensor, si bien atacó la providencia del Juez, no se le escuchó mencionar algún listado de evidencia o prueba que el acusado le haya entregado al defensor anterior y que éste no las haya aducido. No se encuentra cuál es la afectación al derecho de defensa, en qué aspecto y en qué momento

procesal se vulneró la garantía fundamental al debido proceso y el derecho de defensa.

Considera claro que el acusado siempre ha sido asistido por un defensor y no por cualquiera sino por una persona idónea y concedora del Sistema Acusatorio.

CONSIDERACIONES

Como bien clara quedó la inconformidad de la parte recurrente, la Sala únicamente se referirá al punto en discusión, teniendo en cuenta las limitaciones que tiene el Juez de Segunda Instancia para desatar la alzada. Además, como bien lo señaló el A quo si bien la sustentación del recurso fue corta, de ella puede extraerse claramente los motivos del disenso y el ataque a la providencia recurrida, por lo cual la Sala abordará de fondo el asunto.

El problema jurídico para analizar se limita a determinar si el nuevo defensor logró demostrar o no la vulneración de las garantías fundamentales de su asistido y si, por tanto, procede o no la nulidad deprecada.

Como todos conocemos, para solicitar la declaratoria de nulidad, el peticionario debe señalar con precisión la irregularidad denunciada, identificando la falencia advertida, las normas que apoyan su pretensión, su efecto en el marco de la estructura del proceso o de las garantías fundamentales, así como frente a los principios que orientan las nulidades, esto es, taxatividad, instrumentalidad de las formas, trascendencia, protección, convalidación, residualidad y acreditación.

Igualmente, como se conoce el remedio extremo de la de la nulidad es excepcional y solo procede cuando, además de gravísimos, los errores atribuibles a la defensa tienen tal entidad que la única forma de subsanarse es retrotrayendo la actuación, porque esa corrección conduciría ineludiblemente a variar la situación del procesado.

En el presente caso, si bien el señor defensor puso de presente la no solicitud probatoria en favor del acusado, por parte de la defensora anterior, al igual que la ausencia de una investigación ordenada por ella para obtener elementos materiales probatorios, no logra señalar si esa deficiencia se presentó por desidia, impericia o cualquier otra situación imputable al profesional del derecho que tenía a cargo la representación del procesado. Es necesario advertir, que es el señor Rodrigo Cano Salazar la primera persona llamada a señalar a su defensor cuáles son los medios de conocimiento que tiene a su alcance para abordar su defensa y no puede esperarse que simplemente el señor defensor acuda a órdenes de trabajo para investigadores sin ningún norte u objetivo.

Ahora, el nuevo defensor se queja de la ausencia de material para llevar al juicio, pero tampoco atina a indicar cuáles elementos materiales probatorios, evidencia física o actuaciones para conseguirlos se hacen necesarios y eran evidentes desde el inicio de la investigación. Simplemente deprecia por la nulidad para tener tiempo de replantear la defensa y elaborar una nueva teoría del caso que no tiene clara.

Así las cosas, le asistió razón al A quo cuando señaló que ni siquiera la deficiencia o irregularidad ha sido acreditada, uno de los principios que rigen la solicitud de nulidad y los argumentos del defensor se han

quedado en una simple queja por la falta de elementos probatorios en favor de su asistido.

La no solicitud probatoria por sí sola no es una irregularidad que alcance a violentar las garantías fundamentales del procesado, pues es claro que la defensa no está obligada a hacer solicitud probatoria alguna y tampoco a revelar su teoría del caso.

Frente al tema, la Honorable Corte Suprema de Justicia en decisión del 27 de enero de 2021, M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, Radicado 56864, ha razonado de la siguiente forma:

“Según el censor, la sentencia vulneró el derecho de defensa porque (...) no contó con defensa técnica idónea puesto que el abogado contratado no desplegó ninguna actividad probatoria orientada a desvirtuar la acusación.

A pesar de las críticas del demandante a la labor de su antecesor, la Sala encuentra que no acreditó la afectación de la estructura del debido proceso por afectación sustancial del derecho de defensa. Aún más, ni siquiera confrontó los actos presuntamente anómalos con los principios de convalidación, trascendencia, residualidad y taxatividad, entre otros, que rigen las nulidades, situación que impone inadmitir la demanda.

La jurisprudencia tiene establecido que no por disentir de la estrategia defensiva utilizada por quien asumió el encargo en el curso del proceso, o haber sido adversos los resultados del juicio, puede afirmarse que se ha violado el derecho a una asistencia calificada por inidoneidad de la misma, pues el ejercicio de la actividad defensiva es de medio, no de resultado, y porque el defensor, en la tarea de hacer efectiva esta asistencia, goza de autonomía y libertad en la selección de la táctica a adoptar, entre las múltiples alternativas posibles de ser planteadas en el curso de un juicio (CSJ AP 7/3/12, rad. 37247).

Además, la ley no le impone al abogado derroteros a seguir en el desarrollo de la gestión encomendada, ni le fija direccionamientos de ninguna índole y no existen reglas

preestablecidas por la ciencia del derecho que indiquen que frente a una determinada situación deba actuarse de una específica manera, o plantearse unas concretas tesis defensivas.

Siendo ello así, no hay lugar a la admisión del reproche por cuanto el litigante que precedió al demandante elaboró una estrategia defensiva y formuló una teoría del caso que presentó en el juicio oral, sólo que ante la fortaleza probatoria de la acusación no tuvo acogida entre los juzgadores de instancia. El procesado, en otras palabras, no careció de defensa técnica porque su abogado asistió a todas las diligencias, intervino en ellas, contrainterrogó a los testigos de cargo en el juicio oral y presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

De esta manera, las críticas del censor no son suficientes para demostrar la ineptitud de la gestión del defensor y, mucho menos, para probar la afectación del derecho fundamental de defensa, en tanto no demostró, como debía hacerlo, que existían posibilidades reales de lograr un resultado distinto al obtenido y favorable al procesado, de haberse contado con una defensa diferente. Los cuestionamientos, por tanto, sólo develan su discrepancia con el actuar de su predecesor, pero no la falta de idoneidad de la abogada.

El señor defensor ni siquiera atina a señalar cuál sería la estrategia que permitiría obtener un resultado distinto al que, sin haberse debatido la prueba en el juicio oral, avizora y tampoco que su antecesor erró de gravedad, porque tenía a sus manos los elementos necesarios para abordar su trabajo y no lo hizo por simple desidia.

Así las cosas, la solicitud de nulidad no procede y la decisión de primera instancia debe confirmarse.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión

Penal, **CONFIRMA** el auto de origen, fecha y naturaleza ya mencionados.

Esta providencia se considera notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE¹,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

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

Firmado Por:

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
MAGISTRADO
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**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA
MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 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:

**8be92c1f190d0dea43d34d57547f30aed292508e3e94ca13191dc1a
d60b9d158**

Documento generado en 06/05/2021 03:21:41 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL



M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

RADICADO: 050016000206201333050
INTERNO: 2021-0360-2
DELITO: FRAUDE PROCESAL, OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO
ACUSADO: LUIS OVIDIO MACHADO QUINTERO
DECISIÓN: REVOCA Y DECRETA NULIDAD

Medellín, catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 041

1. ASUNTO

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado LUIS OVIDIO MACHADO QUINTERO, contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2020 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó con funciones de Conocimiento, a través de la cual, luego de un juicio oral, lo condenó como coautor de las conductas punibles de fraude

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

procesal, obtención de documento público falso y falsedad en documento privado.

Al estudio de este proceso se le dió prelación ante la eventualidad de una prescripción en algunos de los delitos acusados, avizorada por el magistrado sustanciador y se encontró que se produjeron incluso con anterioridad a la emisión del fallo de primera instancia, como más adelante se demostrará.

Así las cosas, procede a declararse extinguida la acción penal por prescripción del proceso en dos de los tres delitos acusados, conforme los motivos que pasaran a explicarse y con base en los siguientes:

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

El aspecto fáctico de este caso se contrae a los siguientes hechos, relacionados por el fallador de primer grado en su decisión, así:

“Los hechos jurídicamente relevantes, fueron denunciados el 25 de junio de 2013 por el señor ROBERT DE JESÚS MORALES ROMÁN, quien relató que entre el abogado JAVIER GAVIRIA y el señor OVIDIO MACHADO, habían elaborado un documento donde él y su señora madre MARIA CELINA ROMÁN le daban poder al abogado JAVIER GAVIRIA para que en su nombre y

representación y como propietarios de un bien inmueble ubicado en la zona rural del municipio de Anorí, obrara en todo lo relacionado para rescindir la escritura pública nro. 32 del 08 de abril otorgada en la Notaria de Única de Anorí, así mismo para que firmara la escritura pública, la aclarara si había lugar y en general para que en sus nombre y representación obrara en todo lo relacionado al bien inmueble con matrícula inmobiliaria 003-0009096. Expresando igualmente el denunciante que las firmas de su señora madre y las de él, no las habían elaborado ellos y que las mismas se las habían falsificado. Con dicho poder se realizó se realizó la resolución del contrato de venta del inmueble antes descrito en la Notaria 16 de Medellín el día 24 de septiembre de 2010, toda vez que el mismo le había sido comprado por las víctimas al señor LUIS OVIDIO MACHADO tiempo atrás, modo de adquisición que fue registrado en la oficina de Instrumentos Públicos de Amalfi el día 14 de diciembre de 2010.

En efecto al poder que alude el denunciante, fue objeto de estudio documentológico y con unas muestras de grafías tomadas a éste y a su madre, se determinó por técnico en documentología que no existía uniprocedencia entre las grafías tomadas al denunciante y la señora MARIA CELINA ROMÁN y las plasmadas en el poder plurimencionado”.

En audiencia realizada el 24 de mayo de 2016 ante el Juzgado Catorce Penal Municipal de Medellín, con funciones de control de garantías se formuló imputación en contra de los señores JAVIER DARÍO GAVIRIA PUERTA y LUIS OVIDIO MACHADO QUINTERO, por los delitos de OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO, FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO y FRAUDE PROCESAL.

Radicado el escrito de acusación el 8 de julio de 2016 y como Javier Darío Gaviria Puerta suscribió preacuerdo con la Fiscalía, se dispuso la ruptura de la unidad procesal, siguiendo la actuación únicamente contra LUIS OVIDIO MACHADO QUINTERO. La audiencia de acusación se realizó el 3 de marzo de 2017, en la cual la Fiscalía le imputó los mismos delitos.

La audiencia preparatoria, luego de varios aplazamientos a solicitud de la defensa, se pudo celebrar el día 2 de octubre de 2017.

La fase del juicio oral dio inicio el 27 de febrero de 2018, no obstante, verse interrumpida por innumerables solicitudes de suspensión por parte de la defensa, a las cuales ha accedido el despacho.

Continuando con el debate probatorio, la judicatura fijó fecha para el día 11 de marzo de 2020, diligencia a la cual no asistió el acusado ni la defensa, asistiendo uno de los testigos de la defensa, por lo que el juez consideró que al no

estar presente el señor defensor para evacuar el interrogatorio de su testigo, declaró clausurado el debate probatorio y continuó el transcurso de la audiencia para que se prosiguiera con los alegatos de conclusión, concediéndole la palabra a la delegada de la fiscalía para que presentara sus alegatos, quien a su turno manifestó al señor Juez que en vista de que fue nombrada recientemente como fiscal en este proceso, requería de tiempo para estudiarlo, por lo que solicitó el aplazamiento de esta diligencia, con el objeto de estudiar el proceso y poder presentar sus alegatos de conclusión, petición a la cual accedió el despacho, fijando como nueva fecha para la audiencia de alegatos y sentido de fallo para el día 7 de julio de 2020.

En la fecha pactada, se instaló la audiencia de alegatos y sentido de fallo, en la cual el togado de la defensa solicitó el decreto de la nulidad de la actuación por violación a las garantías fundamentales, atención que no compartió la agencia judicial, interponiéndose el recurso de apelación, mismo que fuera resuelto por esta Sala el día 28 de septiembre, decretándose la nulidad de lo actuado.

Finalmente, subsanado el yerro, la lectura de la sentencia se efectúa el día 18 de diciembre de 2020. La defensa del condenado interpone el recurso de alzada contra dicha providencia, correspondiendo a esta Sala de Decisión Penal desatar la respectiva apelación.

4. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

El abogado Edward Ricardo Valencia Cano, defensor en confianza del procesado comenzó su sustentación consignando criterios afines a la vulneración de la constitución y la ley, que deben ser la guía en la asunción de las decisiones judiciales, para enseguida advertir que para este asunto la presunción de inocencia que ampara a su defendido se encuentra incólume.

Pasó luego a realizar un resumen de lo expuesto por el señor Juez de primera instancia en su fallo, que incluye el relato de los hechos (que los reiteró), una relación de las pruebas aducidas al juicio (de los que resumió su contenido), para descender a los *“Análisis de los problemas jurídicos en concreto”*, en cuyo escenario de entrada cuestionó haberse adelantado *basado en indebida valoración probatoria* porque a la Judicatura le fue llevado por la Fiscalía unas pruebas que *no resultaban conducentes para emitir un juicio de condena, basada solo en el testimonio del señor Robert de Jesús Morales Román.*

En el detalle censuró la errada valoración probatoria realizada por el a-quo para emitir bajo indicio de responsabilidad, el estándar de prueba más allá de toda razonable que en la presente causa no se logró, primero porque su defendido no participo de las conductas que se le endilga, y segundo, porque los EMP no dan cuenta de su responsabilidad, por lo que no se cumple para el caso con el denominado tipo objetivo en las conductas imputadas, se sigue de ahí que tampoco se satisface con el requisito del tipo subjetivo.

Traslitera las preguntas que en sede de concontrainterrogatorio le realizó a la supuesta víctima, para luego concluir que *“un testimonio inverosímil, tergiversado y cargado de duda no puede constituir un elemento fundamental para una condena de tal magnitud”*.

En lo sucesivo el apelante se ocupó de referirse de *la prueba de cargo*, contrastando los dichos de los señores Gilberto Yépez – registrador de la oficina de instrumentos públicos, Enedi Peláez – Notaria encargada del municipio de Anorí, Gladis Elena Torres Brand – Notaria del municipio de Anorí, finiquitando con que el actuar ilícito lo desplegó el profesional en derecho Javier Darío Gaviria Puerta, persona que fue contratada por el señor Luis Ovidio para que diera trámite a un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, y no falsificara unos documentos, como deslealmente lo hizo, frente a lo cual ya resultó condenado por preacuerdo realizado con la Fiscalía General de la Nación.

Critica al juez al amparar su decisión en una falsa motivación – con abundante jurisprudencia – pues en su sentir faltó análisis por parte del fallador singular de lo alegado por la defensa en juicio. Señala que el funcionario desconoció el requisito relativo al contenido de las sentencias, ya que el fallo apelado se encuentra huérfano de fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, para lo cual trae a colación las sentencias T- 214 de 2012, SP2944 de 2020 y T458 de 2007; en este no se indican los motivos por los cuales se acepta o no el contenido

de las pruebas debatidas en juicio. En consecuencia, solicita que se declare la nulidad desde la emisión de sentido de fallo por violación de garantías fundamentales, art. 457 del C.P.P.

Así, luego de efectuar incisivas críticas, muy insistentes por cierto, a la manera como el juez fallador acogió la multicitada probanza arguyendo violación de derechos y garantías fundamentales, para cuyo propósito se valió de distintos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios, el apelante ocupó su atención, muy brevemente, a referirse a la *“prevalencia de la presunción de inocencia”*, la que en el sentir tanto del delegado fiscal como del juzgador fue derruida en este proceso, persuasión que no es la que corresponde, fundamentalmente debido a que *“El Honorable Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó olvidó flagrantemente dentro de audiencia de juicio oral, específicamente en la práctica y valoración probatoria, las garantías y la obligación de imparcialidad que se espera de todo respetado Juez, acudiendo a una posición restrictiva de garantías y prerrogativas desarrolladas tanto en la constitución, en la ley y fuertemente en la jurisprudencia, ahora bien deslindar su decisión de los principios, la doctrina, la jurisprudencia, el bloque de constitucionalidad, y de la ley amerita que la decisión del respetado Juez Promiscuo del Circuito de Yolombo sea pormenorizada con el fin de exigir una sentencia conforme lo exige el derecho”*.

Con esas consideraciones pidió del Tribunal la revocatoria de la sentencia impugnada, para que en su

reemplazo se dicte una de carácter absolutorio. Como petición subsidiaria, solicita decretar la nulidad de lo actuado desde las audiencias de juicio oral, por la inadecuada valoración probatoria.

Por su parte, la defensa de la víctima, en su calidad de no recurrente, luego de relacionar la prueba testimonial, documental, y pericial arribada al plenario, ultima que logró demostrarse la responsabilidad penal del señor Luis Ovidio Machado Quintero.

Recrimina por parte del fallador de primer grado, que a pesar de solicitarse en diligencia de alegaciones finales la cancelación de los registros fraudulento de la escritura pública mediante la cual falsamente se reconoció que el acusado era el propietario del lote matriculado con el numero 003009096, no se pronunció frente a dicha solicitud.

Asevera que la declaración rendida por el señor Luis Ovidio al interior del proceso disciplinario que se le siguió y por el cual resultó condenado el abogado Javier Darío Gaviria, es disiente para estructurar los elementos objetivos y subjetivos de las conductas sujeto de reproche.

Apunta que el recurso de alzada es tergiversado con la intencionalidad de cimbrar el testimonio de su poderdante, señor Robert de Jesús Morales, alterando con ello, la realidad procesal, para lo cual, lo reproduce en su totalidad.

Así las cosas, solicita se valore íntegramente el testimonio del señor Robert de Jesús Morales, se confirme parcialmente la decisión de primer grado y además se ordene la cancelación de la anotación en la oficina de registros e instrumentos públicos de Amalfi, donde se registró falsamente que el señor Luis Ovidio Machado Quintero era el legítimo dueño del lote matriculado con el Nro. 00.009.096.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura es competente para desatar el recurso de alzada, por lo que procederá al examen del mismo.

5.2. Problema jurídico

La apelación invita a la Sala a ocuparse de examinar si con la prueba legalmente practicada en el juicio oral pudo la Fiscalía desvirtuar la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara al ciudadano Luis Ovidio Machado Quintero, y en consecuencia determinar si el Juez de conocimiento emitió decisión jurídicamente correcta al condenar con las garantías propias de cada juicio, como lo hizo al acusado por los delitos de Fraude procesal, obtención de documento público falso y falsedad en documento privado por

el cual fue convocado a responder en juicio; pero ello solamente devendrá jurídicamente posible si se establece que aún no ha operado en este asunto la prescripción de la acción penal, tema que será analizado primariamente.

En el evento que el estudio que se haga determine que efectivamente el susodicho fenómeno prescriptivo ha sucedido, además del texto del recurso se observa que la Defensa de Luis Ovidio Machado Quintero presenta dos situaciones procesales que deben definirse por separado, nulidad y valoración probatoria; por virtud del principio de prevalencia – una vez examinado el fenómeno de la prescripción de la acción penal- Por orden metodológico se resolverán, a modo de segundo problema jurídico, si en el proceso de aducción probatoria se ha incurrido en quebrantamiento de normas de rango fundamental o legal que impliquen exclusión de los elementos probatorios señalados.

Si bien la sustentación no es prolija, su contenido sí entra en tensión dialéctica con el fallo impugnado, tanto en lo que respecta a los reparos de valoración probatoria como en lo referente a la nulidad propuesta.

De superarse el análisis anterior, se procederá a valorar los medios probatorios debidamente incorporados al proceso penal para determinar si existen sustentos que permitan confirmar o, por el contrario, su poder suasorio no permite edificar una sentencia condenatoria imponiéndose la obligación de emitir una decisión absoluta.

Estudiemos, entonces:

La prescripción de la acción penal

La prescripción de la acción penal se alza como una figura perteneciente al derecho sustancial que despoja, en materia penal, al Estado de la facultad punitiva y de contera le priva a los jueces de la posibilidad de abordar el examen procesal con miras a asumir decisiones en un asunto, que se erige como una especie de sanción que opera con fundamento en la inactividad judicial. El paso del tiempo sin que se asuman decisiones de fondo en un proceso, entonces, es la característica que sustenta la existencia del referido instituto, en tanto que *“a los ojos del grupo social una sanción tardía tiene más sabor de venganza que de justicia”*.²

Como no podía ser de otra manera, la prescripción está cuidadosamente regulada por la ley, no solamente en cuanto concierne a la definición del tiempo transcurrido para que opere, sino también respecto al momento en que debe comenzar la contabilización del mismo, cuándo operan las interrupciones en su conteo y las posibilidades de su renuncia por parte del beneficiario con su ocurrencia. Importante es mencionar que comoquiera se trata de un fenómeno esencialmente objetivo y que su naturaleza hunde raíces en el interés público, el juez debe declararla aun sin solicitud expresa.

² CSJ SP, sentencia del 22 de junio de 1957

Así, el artículo 82 del Código Penal distingue, entre otras, a la prescripción como una causal de extinción de la acción penal, entre tanto que el 83 *ibídem* prevé que la misma “prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20) (...)”.

El artículo 84 determina el momento del inicio de la contabilización de ese término, indicando que, para lo que es de interés para este asunto, en las conductas de ejecución instantánea “la prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación”.³ De su lado, el canon 86 *ejusdem* regula el tema de la interrupción del término prescriptivo de la acción, enseñando que “la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de imputación”, y que “producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a los cinco (5) años, ni superior a diez (10)”.

Sin embargo, el artículo 292 de la Ley 906 de 2004 en su último inciso establece que “producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años”. Dígase al paso que, ante la evidente contradicción de la norma acabada de reproducir, con el texto del artículo 86

³ En CSJ SP, 13 jul. 2018, radicado 49040, se enseña que el delito de fraude al sufragante es de ejecución instantánea.

Sustancial, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal determinó que debía preferirse la aplicación de la disposición adjetiva.⁴

Con ese necesario preámbulo, pasemos a ver lo sucedido en el presente asunto:

El 23 de mayo de 2016 un delegado de la Fiscalía General de la Nación ante el Juzgado Catorce Penal Municipal con función de control de garantías de la ciudad de Medellín, imputó al señor Luis Ovidio Machado Quintero la comisión como coautor de los delitos que a continuación se discriminan, tal como se hiciera en dicha audiencia:

Obtención de documento público falso, artículo 288 C.P., con una pena que va entre 3 a 6 años, por la realización de la escritura pública N° 3727 del 24 de septiembre del año 2010.

Falsedad en documento privado, artículo 289 C.P. con pena oscilante entre 1 a 6 años, en razón al poder presentado para realizar la escritura pública N° 3727 del 24 de septiembre del año 2010.

Fraude procesal, artículo 453 C.P. con una pena que fluctúa de 6 a 12 años, por la inscripción de la escritura pública N° 3727 en la oficina de registro de instrumentos públicos el día 14 de diciembre de 2010.

⁴ CSJ SP, 19 oct. 2016, rad. 48053

Las anteriores conductas con la circunstancia de mayor punibilidad descrita en el numeral 58 N° 10, esto es, haber obrado en coparticipación criminal.

Bajo el recuento normativo, y analizando el sub iudice se tiene que los fácticos que originaron la imputación datan entre el 24 de septiembre y el 14 de diciembre de 2010, cuando Luis Ovidio Machado Quintero presuntamente, falsificó en compañía de su abogado Javier Gaviria – Condenado en virtud de un preacuerdo allegado con la FGN- poder general y escritura pública con el fin de hacerse propietario de la totalidad del predio La Zabala ubicado en el municipio de Anorí.

Según lo explicado *supra* el término de prescripción de la acción penal para los delitos que en esta actuación se juzgan van desde los 16 meses hasta los 12 años, acusaciones que han de reducirse a la mitad por haberse adelantado en contra del encartado audiencia de formulación de imputación. Veamos cada delito en particular:

La conducta punible denominada obtención de documento público falso (art. 288), establece:

“El que para obtener documento público que pueda servir de prueba, induzca en error a un servidor público, en ejercicio de sus funciones, haciéndole consignar una manifestación falsa o callar total o parcialmente la verdad,

incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses".

El 23 de mayo de 2016 la Fiscalía formuló imputación en contra del procesado, como presunto coautor del anterior punible que va de 48 a 108 meses de prisión.

De este modo, a partir del contenido de la normatividad y jurisprudencia evocadas tenemos que el término máximo de prescripción de la acción penal para el delito de obtención de documento público falso es de 9 años, parámetro que atendiendo lo dispuesto en el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal deberá reducirse a la mitad, pues en el presente caso ya se celebró audiencia de formulación de imputación.

En ese orden, si el 23 de mayo de 2016 se interrumpió el término de prescripción, contabilizándose un nuevo término equivalente a la mitad del máximo de la pena fijada para el punible imputado, éste sería de 54 meses; acorde con el inciso 2º del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, prevé que el término de prescripción, una vez se produce la imputación, no podrá ser inferior a 3 años, parámetro en el que se encuadra la presente situación.

Así las cosas, es posible concluir que el fenómeno de la prescripción se verificó a partir del **23 de noviembre de 2020**, esto es, antes de que el proceso arribara a esta sede e incluso,

antes de la emisión de la sentencia de primer grado, si en cuenta se tiene que esta tuvo lugar el 18 de diciembre de 2020.

En lo concerniente al delito de falsedad en documento privado (art. 289), enseña:

“El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses”.

El anterior análisis, se valora para esta misma conducta típica, por lo que si el 23 de mayo de 2016 se interrumpió el término de prescripción, contabilizándose un nuevo término equivalente a la mitad del máximo de la pena fijada para el punible imputado, éste sería de 54 meses; acorde con el inciso 2º del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, prevé que el término de prescripción, una vez se produce la imputación, no podrá ser inferior a 3 años, parámetro en el que se encuadra la presente situación.

Como dicho acto judicial de imputación tuvo ocurrencia el 23 de mayo de 2016, no cabe ninguna incertidumbre de que la acción penal fue arropada por el fenómeno de la prescripción el día **23 de noviembre de 2020**, es decir antes de la fecha en que fue proferida sentencia condenatoria en el Juzgado de conocimiento, que como se sabe se dictó el 18 de diciembre de 2020.

Ahora bien, el punible de fraude procesal (art. 453), reza:

“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”.

Sin un mayor análisis frente a este tipo penal, se advierte que no procede el fenómeno de la prescripción.

Por ser oportuno, traemos a colación algunos precedentes de la jurisprudencia que con toda la claridad necesaria establecen que no hay lugar a referirse judicialmente y en forma preferencial sobre la valoración del acopio probatorio, cuando la prescripción de la acción penal ha ocurrido con anterioridad a que la segunda instancia se pronunciara. Notemos:

En el radicado 48384 del 5 de junio de 2019, se plasmó con toda contundencia que:

*“Teniendo el tiempo transcurrido desde cuando se celebró la audiencia de formulación de imputación en este asunto, **resulta incontrastable que la prescripción de la acción penal respecto del delito de***

fraude procesal por el que se le llamó a juicio al acusado, sobrevino con anterioridad a la sentencia de segunda instancia, de manera que al producirse tal decisión el Estado había perdido su potestad sancionatoria. Siendo así, ante el decaimiento de esa facultad, conforme lo normado por los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000 y 292 de la Ley 906 de 2004, el Tribunal debió declarar la prescripción y la consecuente cesación de procedimiento, una vez verificado el acaecimiento de dicho fenómeno extintivo”. (Resaltada fuera del texto).

En esa oportunidad la Corte enfatizó en las consecuencias jurídicas devenidas de la aparición del fenómeno de la prescripción penal, de tal manera que su declaración judicial se impone, aun para eventos en los que se aviene posible una persuasión acerca de la absolución del procesado, así:

*“Teniendo en cuenta que la prescripción corresponde a una institución de orden público, por virtud de la cual, **debido al simple transcurso del tiempo señalado en la ley, el Estado pierde su capacidad de investigación y juzgamiento, de suerte tal que una vez logrado o superado el lapso previsto para el legislador para el efecto, no hay opción distinta para la judicatura que decretar la prescripción, pues actuar en contravía del respectivo mandato, esto es, trascendiendo el límite cronológico máximo, implica desconocer las formas***

propias del juicio, sin que sea oponible para eludir el referido pronunciamiento, que decisiones próximas a tomar puedan favorecer al procesado”. (Lo Destacado fuera del texto)

Para concluir diciendo que:

*“En eventos tales, se ha dicho, **ni siquiera la presunción de inocencia como garantía fundamental podría invocarse para justificar que debe emitirse la providencia liberatoria de responsabilidad (por ejemplo, por preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o aún sentencia absolutoria), por cuanto para proferirla se exige como requisito sine qua non que el Estado, a través del respectivo funcionario, detente capacidad para adelantar una actuación penal, la cual desaparece ipso iure por virtud de extinguirse la acción penal, entendida ésta como el derecho-deber del Estado de investigar, juzgar o sancionar a una persona a quien se le imputa la comisión de una conducta definida como punible”.** (Lo Destacado fuera del texto).*

En la aludida oportunidad la Corte Suprema de Justicia casó oficiosamente la sentencia que en sede de casación revisaba, declaró prescrita la acción penal y cesó por ello el procedimiento. Idéntica decisión asumió la Corporación dentro del proceso radicado con el número 53940 del 21 de noviembre de 2018, sentenciando que:

“En esas condiciones, resulta necesario reiterar que la sentencia objeto de impugnación quebrantó el debido proceso, por haberse dictado a pesar de encontrarse prescrita la acción penal, sin que el fundamento de la misma haya sido la preeminencia o preferencia de la absolución; de donde se sigue la necesidad de que la Corte intervenga de oficio para casar el fallo”. (Destacado fuera del texto).

Se aviene entonces, que el criterio decantado por el máximo tribunal Colegiado acerca de la improseguibilidad de la acción penal en esta sede, dependiendo del momento procesal en el cual se estructura la prescripción y dependiendo de si el tema es o no propuesto en la demanda, a saber:

1. *Cuando la prescripción opera después de la sentencia de segunda instancia, se debe decretar directamente y cesar procedimiento con independencia del contenido de la demanda (se prescinde del juicio de admisibilidad), por haberse dictado el fallo en forma válida, en cuanto se hallaba vigente la facultad sancionadora del Estado.*

2. *Cuando la prescripción ocurre antes de la sentencia de segunda instancia, es necesario distinguir dos hipótesis:*

a) *Si el error ha sido planteado en la demanda, se debe admitir el libelo y definir el cargo mediante fallo*

de casación, con prescindencia de los restantes ataques si han sido planteados.

b) Si el recurrente no formuló el reproche, le corresponde a la Corte analizar la ocurrencia del fenómeno extintivo, casar de oficio para anular el fallo y, como consecuencia de ello, inadmitir la demanda por ausencia de objeto, sin que resulte, entonces, procedente, por innecesario y en virtud del principio de economía procesal, agotar el juicio de admisibilidad de los cargos contenidos en el libelo. Desde luego, añádase ahora, en caso de haberse admitido la demanda, no habrá lugar a emitir pronunciamiento sobre los cargos allí formulados.

3. Cuando la prescripción se produce con ocasión del fallo de casación (tal situación puede presentarse, por ejemplo, si la Corte varía la calificación jurídica para degradar la imputación): En ese caso, la decisión de la Sala dependerá del momento en el cual haya operado la prescripción. Si ocurrió antes de la sentencia de segunda instancia, deberá casarla. Si ocurrió después, decretará directamente la prescripción y cesará, en consecuencia, el procedimiento^{5.6} (Subrayas fuera de texto)

⁵ “⁵ Cfr. Auto del 21 de agosto de 2013, radicación 40587.”

⁶ CSJ SP, sentencia del 2 de diciembre de 2020. Rad. 57248

Y en decisión reciente del 14 de octubre de 2020, radicado 53380 apuntaló:

Formulada la imputación el 9 de septiembre de 2015 la acción penal prescribió el 9 de septiembre de 2018, fecha para la cual no había sido proferido el fallo de segunda instancia (emitido el 12 del citado mes y año).

En este caso, el Tribunal estaba impedido para dictar la sentencia, bajo el entendido de que la conducta por la cual procedía la declaratoria de responsabilidad penal se adecuaba al tipo penal de lesiones personales.

En estas precisas condiciones, la Sala casa oficiosamente la sentencia impugnada y, en su lugar, la declara nula por haber sido dictada cuando la acción penal por el delito de lesiones personales en GFD había prescrito (Negrillas propias)

Ahora, en vista de que antes de la emisión de la sentencia de primera instancia ya se había presentado la causal de improseguibilidad de la acción penal, conforme lo ha considerado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁷, habrá que revocarse lo actuado frente a los delitos prescritos. Lo anterior por cuanto el funcionario no tenía competencia para emitir pronunciamiento

⁷ 4 CSJ SP SP-4867-2020 y SP-3888 - 2020

ante la configuración de una causal objetiva extintiva de la facultad estatal para investigar y juzgar las conductas punibles extintas.

La nulidad por violación a garantías fundamentales

La apelación, según la teoría general del proceso, está gobernada por el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, según el cual, la segunda instancia judicial únicamente puede pronunciarse sobre los temas que el apelante le ponga de presente, y por fuerza, también en torno a los aspectos que tengan inescindible relación respecto al objeto de alzada⁸, **empero, si observa que hay afectación a derechos y garantías fundamentales, para efectos de su respeto amen que son legitimadores de la actividad penal del Estado, el ad quem está habilitado para pronunciarse oficiosamente sobre ello, aunque no sea objeto de apelación⁹.**

Dicho lo anterior, es del caso precisar que en este evento no se decidirá de fondo el recurso de apelación, toda vez que se está ante una causal de nulidad que afecta el debido proceso conforme a lo dispuesto en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), es decir, dada la vulneración de garantías fundamentales por violación al derecho de defensa y contradicción.

Resulta pertinente iniciar por indicar que es innegable que la garantía del debido proceso aplicable a toda

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP4886-2016, radicación No. 45223 del 20 de abril de 2016.

⁹ *Ibíd*em

clase de actuaciones, le asegura al conglomerado la posibilidad de acceder a una recta y cumplida administración de justicia, tornándose ello de obligatorio cumplimiento para las autoridades que habrán de resolver los diferentes asuntos que se someten a su resolución. De este derecho ha dicho la Corte Constitucional:

“El derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 29 de la Carta Política, comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales...” (Sentencia T-416 de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Ahora, la exigencia de una adecuada motivación de las decisiones judiciales se erige como desarrollo del principio del debido proceso, en el sentido que las “decisiones judiciales deben estar caracterizadas por la claridad, su concordancia con lo probado e imputado en el pliego de cargos, la armonía con los preceptos constitucionales y legales, fuente de respuesta a las inquietudes jurídicas del procesado, su defensor y demás sujetos procesales”. Y es que dada la naturaleza de las sentencias penales, estas conllevan un juicio sobre los hechos y sobre el derecho, de ahí que tal

garantía o principio de la motivación de los fallos se enaltezca con el debido proceso en sus aristas de defensa y contradicción.

Siguiendo este orden de ideas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre esta garantía ius fundamental, con expresa consagración en el artículo 163 de la Carta Superior, lo siguiente:

“La adecuada motivación de las decisiones judiciales era un postulado contenido en el artículo 163 de la Constitución de 1886, no obstante, aunque tal norma no aparece en la Carta Política de 1991, de manera pacífica se ha reconocido que dicha exigencia se erige en sustento esencial del derecho fundamental a un debido proceso, dado que comporta una garantía contra la arbitrariedad y el despotismo de los funcionarios, a la vez que se erige en instrumento de seguridad al momento de ejercitar el derecho de impugnación de las providencias por parte de los sujetos procesales, en oposición al sistema de íntima convicción, de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador, y no se requiere que motive sus decisiones, sistema propio de los jurados de conciencia. El imperativo de motivar las decisiones judiciales no se cumple, sin más, con la simple y llana expresión de lo decidido por el funcionario judicial, en cuanto es preciso que manifieste en forma clara, expresa,

indudable y no anfibológica su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto, pues no de otra manera se garantizan los derechos de los sujetos procesales, amén de que se hace efectivo el principio de imperio de la ley, esto es, de sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico.”¹⁰

Queda claro que sin la debida motivación, la sentencia penal carece de su condición de legitimidad y validez, y de contera, se insiste, se resquebraja el derecho de defensa y las reales posibilidades de contradicción e impugnación, y así lo ha bordeado el alto tribunal de Cierre de la justicia ordinaria en sus decisiones, cuando ha postulado, así:

“..En punto de la garantía de motivación de las decisiones, y con ella del debido proceso, el numeral 4º del artículo 162 de la Ley 906 de 2004 señala los requisitos que deben contener los autos y sentencias, así: “Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”, de donde se concluye que si las providencias carecen de motivación, o ésta es incompleta, ambigua, equívoca o soportada en supuestos falsos, no sólo quebrantan el derecho de los intervinientes a conocer sin ambages el sentido de la decisión, sino que también imposibilitan su controversia

¹⁰ CSJ, SP. Sentencia del 5 de diciembre del 2007, radicado 28.432, M.P. María del Rosario González.

a través de los medios de impugnación, con lo que, sin duda alguna, se lesiona el derecho al debido proceso, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 457 del citado estatuto procesal penal constituye causal de invalidez de la actuación viciada.”¹¹

Se tiene entonces que el artículo 162 del C. Procedimental Penal prevé dentro de los requisitos estructurales, o requisitos comunes y mínimos de las sentencias penales, la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral. No en vano, el deber de motivar las providencias corresponde al funcionario que las profiere, pero también compete a las autoridades judiciales que intervengan directamente en el trámite verificar que, en efecto, la motivación, como condición de legitimidad y validez de tales decisiones se encuentre satisfecha, pues de lo contrario, se impone adoptar los correctivos pertinentes.

Es decir, la sentencia como manifestación jurídica, es la voluntad plasmada de la solución de una causa en su fondo mismo y presupone, igualmente, el agotamiento de un proceso¹². Y es que: “Si la sentencia es la culminación normal del proceso penal, debe exigirse total dialéctica, componiendo y descomponiendo las razones jurídicas, argumentando y contra argumentando las posturas jurídicas que se presenten, tomando y excluyendo los contenidos probatorios que redunden en la

¹¹ CSJ, SP. Sentencia del 16 de abril de 2015, radicado 43.263, M.P. María del Rosario González.

¹² QUINTERO Beatriz y PRIETO Eugenio. Teoría General de Derecho Procesal: Los actos jurisdiccionales. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2008, p. 578

certeza de la decisión, yendo al mundo supremo de la norma, retrocediendo hasta la realidad vivida, estableciendo categorías lógicas, aunque dotadas de realismo, en fin, presentando un discurso claro y convincente, lógico, y valorativo, para que el sujeto pasivo del jus puniendi tenga certeza de los motivos de su juzgamiento.. "...Teniendo en cuenta dicha premisa, debe recordarse que a la fijación del aspecto fáctico se llega a través de la elaboración de juicios de validez y de apreciación de los medios de convicción, orientados estos últimos por las normas de la experiencia, de la ciencia o de la lógica, o de las reglas que les asignan o niegan un determinado valor. El mandato constitucional impone que la fundamentación de la sentencia debe comprender el correspondiente juicio sobre los elementos probatorios y que el mismo sea expreso y asertivo y no hipotético, toda vez que si el fallo no es explícito o determinante sino que se manifiesta de manera imprecisa, remisa o contradictoria, o se limita a enunciar las pruebas, omitiendo su debida evaluación y discusión y, por ende, el debido mérito persuasivo o conclusivo, necesariamente el acto jurisdiccional es defectuoso en cuanto no es posible su contradicción por parte de los sujetos procesales."¹³

Las reflexiones doctrinales traídas a colación en párrafos precedentes nos enseñan que se requiere que el fallo contenga un mínimo de motivación, y que este no puede ser insuficiente, anfibológico, contradictorio, confuso u oscuro. Para

¹³ NOVÓA VELÁSQUEZ, Néstor Armando. Nulidades en el Procedimiento Penal Actos procesales y Acto Prueba, Sistemas Mixto Inquisitivo y Mixto Acusatorio. Tomo II. Ed. Biblioteca Jurídica DIKE. Quinta Ed. 2011. Pág. 1381, 1382.

reclamar su condición de validez y acierto, se requiere que el funcionario realice el análisis probatorio que dé sustento al fallo, dando sus razones de hecho y de derecho para estimar o desestimar las probanzas debatidas en juicio. De esta manera se obtienen fallos justos y se pone límites a la arbitrariedad, la obstinación o la voluntad con que algunos servidores pueden actuar; convirtiéndose así en instrumento para erradicar este tipo de comportamientos que repudian a una correcta administración de justicia.

De hecho, el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, siendo el deber de motivar lo que exige al juez una descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido. Al respecto, consonante con ese ideal de exaltación de la administración de justicia, la doctrina ha expresado, que motivar hace referencia a:

...la indicación de los móviles psicológicos de una decisión, y apuntaba, además, que, si las reflexiones cartesianas se usaran como espejo para construir un esquema de la motivación judicial, supondrían un paso injustificado de lo subjetivo («las mismas ideas con las que estoy convencido de haber llegado a un conocimiento cierto y evidente de la verdad») a lo objetivo («persuadir a los demás»)¹⁴.

¹⁴ ARAMBURO, Maximiliano A. "Sobre la relación entre la motivación de las sentencias y el precedente judicial. Aportaciones a un debate" Responsabilidad Civil, Derecho de seguros y Filosofía del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo . Colombia, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, 2011, p. 1419

La obligación de motivación impuesta a los jueces de justificar sus decisiones es considerada como una “garantía instrumental de las garantías estructurales de la jurisdicción”¹⁵, como lo establece el tratadista Ignacio Colomer:

... en la actualidad la exigencia de justificación de la decisión jurisdiccional es un principio constitucional común en los países de nuestro entorno, ya que, tras el paso del Antiguo Régimen al Estado liberal, y posteriormente al Estado democrático de derecho, la obligación de motivar las decisiones judiciales se ha convertido en uno de los pilares esenciales de una jurisdicción democrática. (...) y así la motivación se configura como una característica ineludible de la jurisdicción o, más en concreto, del resultado de la actividad jurisdiccional (las sentencias), siendo de esta manera una garantía de la responsabilidad, independencia y sumisión a la ley predicables de todo juez o magistrado.¹⁶

Con todo, sobre las sentencias carentes de toda motivación devienen consecuencias jurídicas diferentes a la que soportan los fallos en las que aquella es defectuosa. Así lo tienen decantado las altas cortes, bajo la siguiente consideración: “En este escenario, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la irregularidad procesal en estos casos

¹⁵ Ignacio Colomer al hablar del reconocimiento constitucional de la obligación de motivar, establece “al tratar de la concepción democrática de la jurisdicción no se debe perder de vista que la obligación de justificar la decisión judicial es una garantía instrumental de las garantías estructurales de la jurisdicción, es decir de la responsabilidad, independencia y sumisión a la ley predicables de todo juez o magistrado.

¹⁶ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2003, p. 72-73

ocurre cuando existe una falta absoluta de motivación, pues según lo han enseñado concorde y unánimemente doctrina y jurisprudencia, para que sea posible hablar de falta de motivación de la sentencia como vicio invalidativo del proceso, se requiere que aquella sea total o radical. Por mejor decirlo, es posible que en un caso dado a los razonamientos del juzgador les quepa el calificativo de escasos o incompletos, sin que por tal razón sea dable concluir que la sentencia adolece de carencia de fundamentación."¹⁷

La ausencia entonces de un mínimo de motivación que le confiera validez y legitimación a la sentencia penal, en tanto vulneración del debido proceso que debe surtirse al interior del enjuiciamiento criminal de corte acusatorio, y dentro de las modernas sociedades democráticas, resquebraja toda la estructura del contradictorio, las posibilidades de impugnar los fundamentos de la decisión a través del uso de los recursos de ley; no se trata entonces de un simple reproche por la inconformidad de la valoración probatoria realizada en la sentencia, ni del descontento por estimar equivocados los argumentos expuestos por el fallador, tampoco que se pretenda que estos se presenten de cierta manera.

Acorde con el raciocinio trazado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás tiene depurado el asunto:

¹⁷ CSJ Sentencia No. 2004-729-01 del 29 de Agosto de 2008. Bogotá D.C M.P. Edgardo Villamil Portilla.

“Es, pues, imperioso que la sentencia contenga una debida fundamentación como presupuesto causal justificador de la decisión que mediante ella se adopta, en el entendido de que dicho fundamento se erige como la razón de ser de la conclusión judicial que es el resultado final de un proceso. De modo tal que obviar absolutamente la expresión de los motivos conducentes a ese teleológico propósito avoca la decisión a defectos sustanciales que permiten entenderla dictada en contrariedad con los mandatos de ley”¹⁸

En el caso puesto de presente es incuestionable, y con toda nitidez avista, tal como se ha verificado una vez estudiado el proveído atacado por la defensa letrada del sentenciado, la falta de expresión de los motivos en que se funda el fallador de primera instancia para arribar a la conclusión condenatoria en contra de Luis Ovidio Machado Quintero, salvo el transcribir la prueba testimonial de cargo y de descargo debatida en juicio, algunas referencias genéricas probatorias y conclusiones genéricas a las que finalmente arriba el funcionario.

De esta manera, la Corporación lamenta que la valoración y análisis realizado por el juez de instancia frente a la prueba debatida en juicio oral por espacio de cuatro años, se reduzca a simples premisas sucintas en algunas cuantas líneas, y que valga decir, no confrontan la prueba arrojada, en tanto

¹⁸ CSJ, SP. Sentencia del 10 de noviembre del 2004, radicado 19.055, MM.PP. Alfredo Gómez Quintero, Édgar Lombana Trujillo y Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

que el ejercicio de la función judicial, institucionalizada para los efectos de la aplicación y resolución de controversias jurídicas, demanda, por antonomasia, la formulación de razones jurídicas con los cuales se expongan los fundamentos que motivaron la toma de una decisión en determinado sentido.

Para mayor ilustración se condensaran los apartes del laudo que se impugna, donde el fallador de primer grado concentró su motivación a efectos de declarar responsable al procesado Machado Quintero:

“Como se puede apreciar con el testimonio del coofendido Robert de Jesús Morales Román, se reúnen a cabalidad los requisitos del artículo 381 C.P.P., para proferir contra el acusado sentencia condenatoria.

“Este funcionario judicial comparte lo expuesto por la fiscal delegada en su alegato final y no por el defensor. Son tres delitos por lo que se le acusó al señor Machado Quintero, por la fiscalía y que se probaron en su existencia y que el acusado es el coautor, los delitos son:

Obtención de documento público falso, artículo 288CP

Falsedad en documento privado, artículo 289 CP

Fraude procesal artículo 453 C.P.

El defensor en su alegato dice en cuanto al delito tipificado en el artículo 288 C.P. de acuerdo con la declaración, de acuerdo con la declaración del notario

16 del circulo notarial de Medellín, la escritura pública N° 3727 de fecha 24 de septiembre de 2010, es legal, goza de presunción de legalidad y que las firmas del acusado y de los ofendidos no son falsas, porque si tiene un poder autenticado de la notaria de Anorí, no se sabe si las firmas que allí son falsas.

Este planteamiento no es de recibo, pues ante el reclamo del señor Robert de Jesús Morales Román a Ovidio Machado, por la finca la Zabala, le confiesa que se logró porque contrató a un abogado al que le pagó \$10.000.000 y este le garantizó la escritura.

El defensor en cuanto al delito tipificado en el artículo 289 del C.P., expone que el dictamen grafológico y documentologo, no son los mismos de los ofendido, la fiscalía no cotejo las firmas con Robert de Jesús y María Celina, estamos frente a una falsedad personal y no material, la fiscalía no probó quien firmo el poder en la notaria única de Anorí.

Este planteamiento no se comparte por el estrado, es que se ha dicho hasta la saciedad que el acusado le confesó al señor Robert de Jesús que contrató los servicios de un abogado y le garantizó la escritura y así fue y logró el acusado vender la finca a EPM.

Ha este despacho le queda claro y se tiene prueba que las conductas realizadas por Luis Ovidio Machado

Quintero, es el de coautor con el condenado por estos mismos hechos, el abogado Javier Darío Gaviria Puerta; el señor Luis Ovidio Machado, contrató al abogado Gaviria Puerta, para conseguir que las 50 hectáreas de la finca la Zabala, volvieran a ser parte de su finca y vendérsela a EPM, y el abogado Gaviria Puerta lo cumplió, falsificando un documento donde le daban poder amplio y suficiente las víctimas Robert de Jesús Morales y su mamá Celina Román, para que obrara en todo lo relacionado al inmueble M.I. 003-0009096 y con este poder se elaboró la escritura pública 3727 del 24 de septiembre de 2010, quedando como vendedores de dicho inmueble al declarar la rescisión del contrato de compraventa la escritura pública nro. 32 del 8 de abril de 1995 y nuevo propietario Luis Ovidio Machado Quintero, quien había vendido mediante escritura pública nro. 32 de fecha 8 de abril de 1995.

El mencionado poder fue realizado el 26 de agosto de 2010 en la Notaría Única de Anorí, en el cual falsificaron la firma de los señores Robert de Jesús Morales y su mamá Maria Celina Román, donde le daban poder para:

Rescindir la escritura Nro 32 del 8 de abril de 1995.

Firmar la nueva escritura

El 14 de diciembre de 2010, se registró la escritura pública en la oficina de registro e instrumentos públicos de Amalfi.

Qué motivo al señor Luis Ovidio Machado Quintero a contratar los servicios del abogado Javier Darío Gaviria, para cometer los punibles? Javier Darío Gaviria fue condenado por este funcionario judicial a razón de los hechos objeto de la investigación, es que el señor Luis Ovidio Machado Quintero, recibió de EPM al venderle la totalidad de su predio, el cual había desglosado en 50 hectáreas que había vendido en el año de 1995 por escritura pública nro. 32 del 8 de abril a Robert de Jesús y a su mamá María Celina Román, la escritura nro 165 del 1 de abril de 2011, por valor de mil quinientos cinco millones de pesos (1.505.000.000), avalúo realizado el 23 de junio de 2010, dicho valor fue pagado en dos tandas, la primera el 2 de agosto de 2010 cuando se perfeccionó la compraventa y el otro contado con la escritura 165. De ahí se puede concluir el dolo con el que actuó con su coautor, pues para cumplirle a EPM, tenía que recuperar las 50 hectáreas que había desglosado del predio mayor de nombre La Sultana y sabía que Robert de Jesús Morales, no frecuentaba la zona y con pocas probabilidades de que volviera, como apareció, le ofreció \$5.000.000 y un terreno por el mismo paraje; el acusado sabía que en la escritura pública nro 32 del 8 de abril de 1995 quedó consignado que a la firma de la misma, había recibido \$1.800.000 por venderle a Robert de Jesús y a Celina Román esas 50 hectáreas desglosadas de 448 hectáreas de su propiedad, por eso falsificaron el poder y la firma de los

propietarios, que autorizaba al abogado Javier Darío Gaviria Puerta, para rescindir la escritura nro. 32 del 8 de abril de 1995 y por escritura nro 2737 del 24 de septiembre de 2010, quedaba el acusado como propietario único de la Sultana”.

Con base en lo reproducido, para la Corporación es palmario el abreviado análisis o ejercicio integrador realizado por el juez de primera instancia, con la prueba en conjunto, pues no se trata de reconvenir la deficiente fundamentación apreciada, sino además, que el fallo carece de tal análisis del material de conocimiento asociado a la nula justificación específica de todas las cuestiones de hecho y de derecho que constituyeron el objeto de la controversia, condición que se erige como idónea para hacer posible el control sobre las razones que sustentan la validez y aceptabilidad racional de la decisión emitida.

Colofón de lo hasta este punto analizado, debe indicar la Sala que le asiste la razón al apelante cuando alega la vulneración de garantías fundamentales derivadas de la falta de motivación de la sentencia apelada, pues lo expuesto en el acápite de pruebas y valoración probatoria, así como en la parte que corresponde a las consideraciones, no son, ni pueden ser consideradas, motivaciones suficientes para sustentar una decisión de tanta trascendencia como lo es una sentencia judicial, pues es obligación de los funcionarios producir fallos que permitan estimarlos como pronunciamientos eficaces y válidos, en los cuales sea dable precisar lo que ha sido objeto

de análisis, valoración y la evaluación realizada, y la trascendencia y efecto que debe asignársele a fin de que los sujetos procesales determinen si tienen interés en recurrirlos, y los puntos sobre los cuales gravitará su disenso.

De esta manera, el deber de motivar las decisiones judiciales, en cuanto muestra la manera de ejercer la autoridad, hace visible la decisión y se erige en un componente esencial del debido proceso, pues en el Estado Social de Derecho a todo poder creado le corresponde un control como su correlato necesario, en lo cual va envuelta la legitimidad del sistema jurídico.

Al compás de lo analizado, la motivación judicial deberá justificar la racionalidad jurídica de la decisión, misma que tiene relación con que la decisión pueda identificarse con la legitimidad de la opción, es decir, exige una solución jurídicamente aceptable, admisión que en el presente caso brilla por su ausencia.

Ahora bien, es necesario aclarar que entre los principios que orientan la declaratoria de nulidades opera el principio de taxatividad, artículo 458 de la ley 906/04, según el cual solo podrán decretarse las consagradas expresamente en la ley. Con atino señala la doctrina que este principio:

“Corresponde a una de las manifestaciones del principio de legalidad en materia de nulidades, no se pueden declarar aquellas que no aparezcan

expresamente indicadas por la ley penal adjetiva. No hay nulidad sin ley previa. No hay nulidad sin texto legal expreso.”

En cuanto a las causales de nulidad, el canon 457 ibídem consagra: “Es causal de nulidad la violación de derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales...” Por su parte el artículo 308 del referido Estatuto Procedimental, contempla que las nulidades podrán invocarse en cualquier estado de la actuación procesal.

Así las cosas, es deber de esta Sala procurar la corrección del yerro advertido, para lo cual fuerza decretar la nulidad de la actuación desde la audiencia de lectura de fallo, ordenando la devolución del expediente al juzgado de origen para que el a quo dicte nuevamente el proveído de acuerdo a las consideraciones hechas en esta sede, esto es con observancia absoluta del debido proceso. La nulidad de la actuación se decreta entonces desde la audiencia celebrada el 18 de diciembre de 2020, data en la que el Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó, Antioquia leyó el fallo apelado por la defensa.

Vale advertir que la decisión que adopta en esta sede la Corporación en nada afecta el sentido de fallo condenatorio dictado por el juez singular, por lo que procesado debe continuar detenido por cuenta de este proceso.

Finalmente, se requiere al funcionario judicial para que se pronuncie sobre las peticiones que las partes le realizan en sede de alegatos, concretamente, la solicitud de cancelación de los registros fraudulentos realizada por el representante de la víctima.

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

6. RESUELVE:

PRIMERO. Revocar la decisión de primer grado, y en su lugar, declarar la prescripción de la acción penal frente a los delitos de Obtención de documento público falso y falsedad en documento privado en favor del señor Luis Ovidio Machado Quintero, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado desde la audiencia de lectura de fallo, inclusive, por lo que el doctor José Foción Soto Buriticá, en su calidad de Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó con funciones de Conocimiento, deberá dictar nuevamente el proveído de primera instancia con estricta sujeción al debido proceso, tal como se analizó en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Se ORDENA que el procesado debe continuar detenido por cuenta de este proceso, según lo analizado en el acápite de las consideraciones.

CUARTO: La presente decisión se notifica en estrados y se anuncia que en contra de ella no procede recurso alguno.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**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**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA
MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 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:
**c04c744b7868eb35b8ff071edb6b1f1b60b61de5764dad5b84227b
b9152ee232**

Documento generado en 14/05/2021 11:18:51 AM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2021-0706-3
Accionante	Adolfo León Giraldo Ceballos
Accionado	Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Aseguramiento de Antioquia
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Improcedente

Medellín, catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada mediante Acta N° 096 de la fecha

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por **Adolfo León Giraldo Ceballos**, mediante agente oficioso, en contra del **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** y su **Centro de Servicios Administrativos**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y administración de justicia.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Indicó el petente¹ que, se encuentra privado de la libertad, cumpliendo con la pena impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Envigado, tras hallarlo penalmente responsable del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, sanción que es vigilada por el **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, bajo el radicado interno 2020-A2-1406.

¹ Folio 2, expediente digital de tutela.

El promotor aseveró que, el 25 de enero hogaño, luego de considerar cumplido el requisito objetivo, elevó solicitud de libertad condicional ante el juzgado ejecutor, pretensión que fue negada mediante proveído de 3 de marzo de los corrientes.

Relató que, inconforme con la decisión adoptada por el juzgado demandado, interpuso recurso de alzada, empero, aseguró que, a la fecha de radicación de la acción de tutela, y a pesar de que el Juzgado Promiscuo de Familia de Yarumal, al decidir una acción constitucional de Habeas Corpus *ordenó a los accionados dar curso al trámite de apelación*, el juzgado ejecutor, no ha remitido al Juzgado de Conocimiento la impugnación propuesta.

Consecuencia de lo anterior, el petente considera que se están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, en consecuencia, depreca su protección y se ordené a las entidades accionadas remitan de inmediato el expediente al Juzgado Penal del Circuito de Envigado para que desate el recurso de alzada propuesto contra el auto interlocutorio que negó la libertad condicional.

TRÁMITE

Mediante auto de 6 de mayo de 2021, se dispuso asumir la demanda, ordenándose la notificación de las accionadas, así mismo, se denegó la medida provisional solicitada, ya que la misma, tenía por objeto resolver el fondo del asunto ventilado al interior del trámite constitucional, adicionalmente, no se avizoró la necesidad y urgencia de decretarla, pues el agotamiento del término de la acción de tutela no representaba un riesgo manifiesto a los derechos fundamentales alegados por el actor.

RESPUESTAS

El 7 de mayo del año en curso², la titular del **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, informó que, el petente fue condenado a la pena de prisión de 50 meses, luego de ser hallado penalmente responsable de los reatos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en concurso heterogéneo con destinación ilícita de inmuebles, dentro del proceso con radicado CUI 2052666000204201800030, adelantado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Envigado.

² Folios 34 a 36, ibídem.

Expuso que, mediante auto interlocutorio adiado el 3 de marzo de 2021, negó por segunda vez la solicitud de libertad condicional deprecada por el promotor, y solo hasta la fecha -7 de mayo de los corrientes-, el **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, pasó al despacho accionado el expediente para que se pronunciara sobre el recurso de apelación propuesto por el gestor, contra el proveído en cita; seguidamente, mediante auto de sustanciación No. 867 adiado el 7 de mayo de la presente anualidad, el juzgado accionado ordenó la remisión del expediente para que el juzgado de conocimiento resuelva la alzada impetrada por el gestor.

En ese sentido, solicita que, de prosperar las pretensiones de la tutela, la orden a cumplir este direccionada a la dependencia administrativa de los juzgados ejecutores, pues fue la entidad que retrasó el trámite del recurso vertical interpuesto por el petente.

De otro lado, el **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, a pesar de haber sido debidamente notificado del trámite tutelar³, no allegó respuesta ante el requerimiento realizado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la República, la protección inmediata, en cualquier tiempo y lugar, de sus derechos fundamentales, cuando considere que han sido violados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública siempre que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable. En un Estado social de derecho la protección de tales garantías debe ser real y material, a ello apunta la tutela.

³ Folio 29, ibídem.

2. Problema jurídico

En esta oportunidad, corresponde a la Sala determinar si en la presente acción constitucional se cumplen los requisitos de procedencia. En caso de que así sea, posteriormente, se deberá establecer si en el caso en revisión, el extremo pasivo, vulneró los derechos fundamentales invocados por la parte actora del libelo.

3. Análisis de procedencia de la acción de tutela

En el caso concreto, Juan Mario Tobón Villa, se anunció como agente oficioso de **Adolfo León Giraldo Ceballos**, para reclamar la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, en consecuencia, resulta menester realizar un examen de esta figura a fin de establecer la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, verificando si efectivamente se estructura en debida forma la legitimidad en la causa por activa.

La agencia oficiosa, en materia de acciones de tutela, esta contemplada en el artículo 10 del Decreto 2591 de 199, el cual señala:

Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se puede 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.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

Entonces, de su lectura, se puede comprender que, solamente se encuentra legitimada para impetrar el amparo constitucional, la persona vulnerada o amenazada en sus garantías fundamentales, de manera directa o por intermedio de un representante, ya sea judicial o un agente oficioso, en el primero de estos casos, debe acreditar (i) ser abogado en ejercicio y (ii) la existencia de poder especial.

De otro lado, cuando se actúa como agente oficioso, es necesario, (i) expresar esa especial circunstancia en el libelo de la demanda y (ii) demostrar la particular situación de indefensión del titular del derecho cuya tutela se pretende.

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

*El artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela puede ser ejercida directamente por el titular del derecho fundamental vulnerado o amenazado, o por intermedio de apoderado, es decir, que para que una persona diversa al titular de los derechos fundamentales que se estiman conculcados se encuentre legitimada para interponer esta acción se requiere que esté debidamente habilitada por la ley, como cuando el padre representa los intereses de sus hijos menores; o que le haya sido otorgado poder especial para ello, siempre que ostente la calidad de abogado inscrito; o bien, que actúe como agente oficioso, **siempre y cuando demuestre, siquiera sumariamente, la limitante física o psíquica que le impide actuar al titular directamente o a través de su representante.**⁴ (negrilla original del texto)*

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, con ocasión a la actual y compleja situación que afronta el país a raíz de la pandemia derivada del Covid19, los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y constitucional, han dispuesto que de manera excepcionalísima, puedan ser flexibilizados los requisitos para la interposición de acciones de tutela, empero, en el caso bajo examen, la Sala no avizora alguna situación especial que amerite ajustar los criterios mínimos para que **Adolfo León Giraldo Ceballos** solicite de manera directa, la protección de sus derechos fundamentales.

Obsérvese que en el caso bajo estudio, el argumento principal de quien se anunció como agente oficioso, para invocar el amparo constitucional, se concreta en la demora del juzgado executor en remitir el expediente en apelación, dada la impugnación propuesta contra el auto interlocutorio que negó su petición de libertad condicional, con lo que se obtiene certeza que, la legitimación para ejercer la acción de tutela únicamente recae sobre el condenado, quien, como ya se estableció, puede hacerlo directamente o mediante un representante, sea judicial o como agente oficioso.

No obstante, quien actuó haciendo alusión a esta calidad, omitió indicar las circunstancias relevantes que justificaran la imposibilidad de que **Giraldo Ceballos**, activara el mecanismo constitucional personalmente, pues se limitó a expresar que éste se encontraba recluido en un establecimiento carcelario y que la falta de remisión del expediente al juzgado de segunda instancia violentaba sus derechos fundamentales, sin argüir, cuál era la causa que incapacitaba al sentenciado, física o jurídicamente, para hacer valer sus derechos directamente.

Por lo tanto, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales sobre la materia, la Sala determina que en el *sub examine*, Juan Mario Tobón Villa, no está legitimado para invocar en causa ajena la protección de los derechos presuntamente conculcados a

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No. 2, Decisión STP3506-2021, Radicado No. 114910 de 23 de febrero de 2021.

Adolfo León Giraldo Ceballos, toda vez que no hay prueba siquiera sumaria de que este no pueda valerse por sí mismo para delegar esa misión en su persona.

Reforzando el argumento, la Sala de Casación Penal, en un caso similar aseguró:

Se suma a lo anterior que, tal y como también ha sido el criterio del Alto Tribunal, para que una persona pueda ser representada mediante la figura de la agencia oficiosa, se requiere que “est[é] en imposibilidad de promover por sí mismo la acción constitucional” (T-1012 de 1999), no siendo esa la situación de aquellas personas privadas de la libertad, como igualmente lo ha aclarado la misma Corporación al señalar que: “Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección” (Sentencia T-900 de 2005).

De hecho, la experiencia diaria da cuenta de gran cantidad de demandas interpuestas directamente por personas reclusas en centros carcelarios, que para el efecto acuden a la intermediación de las Oficinas Jurídicas o a los entes administrativos propios de cada penitenciaría, circunstancia que en el caso bajo estudio también descarta la legitimación de la demandante en favor de su hermano.

En consecuencia, aun cuando en este caso la persona presuntamente afectada en sus derechos fundamentales, esto es LUIS ALBERTO BERRÍO OSPINA, se encuentra recluso en el COIBA de Ibagué, tal situación no es argumento suficiente para justificar la intervención a su nombre, por quien afirmó ser su familiar.⁵

Ahora bien, de los documentos anexos a la demanda de tutela, se advierte que quien se anunció expresamente como agente oficioso, no solo es abogado en ejercicio, sino que, funge como apoderado judicial del sentenciado en los trámites adelantados ante el juzgado executor, hecho que sorprende a la Sala, pues debe ser conocedor de la necesidad de presentar poder especial para adelantar el trámite de tutela, y al no contar con este, decidió proclamarse agente oficioso, empero, erró al no probar siquiera sumariamente las condiciones necesarias expuestas con suficiencia en este previsto para ostentar dicha calidad.

Finalmente, de la respuesta ofrecida por el juzgado accionado dentro del trámite tutelar, y consultado el sistema de consulta web los Juzgados de Ejecución de Penas⁶, se obtiene conocimiento que durante el adelantamiento de la acción constitucional, el **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** y el **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Ejecutores**, concedieron el recurso de apelación que se encontraba en mora y remitieron el expediente al juzgado cognoscente para desatar el recurso de apelación interpuesto

⁵ Ibídem.

ACTUACIONES DEL PROCESO			
FECHA	TOMO ACTUACION	ASISTENCIA	ESTADO DEL PROCESO
01/09/21	Recepción Inicial	SE REMITE POR SEGUNDA OPORTUNIDAD ORIENTE // NOTIFICACIÓN AUTO ADMITE ACCIÓN DE TUTELA Y NEGATIVA PROFESIONAL, (Fase 1, almacenado en archivo digital)	
07/09/21	Ratificación recibida de oficio	Habiendo oficio N° 452 se dio traslado al Tribunal Superior de Antioquia en motivo de la acción de tutela 252-0199-3 resuelto por ADOLFO LEÓN GIRALDO CEBALLOS, DGC	
07/09/21	Comunicación	EN LA FECHA SE REMITE PROCESO AL JUZGADO PENAL DEL CRIMINO DE SERVICIO A FIN DE QUE SE REANDE EL RECURSO DE APELACIÓN LLENDO	
07/09/21	Ratificación recibida de oficio	Habiendo oficio 467 se otorga el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el actor ADOLFO LEÓN GIRALDO CEBALLOS contra la decisión interlocutoria N° 401 del 03/03/2021 por medio de la cual se negó la libertad condicional, DGC	
08/09/21	Recepción Inicial	FASA A DESPACHO PARA REANDE RECURSO DE APELACIÓN POR EL SENTENCIADO ADOLFO LEÓN GIRALDO CEBALLOS, (Fase 1, almacenado en archivo digital)	

contra la decisión que negó la libertad condicional del penado, en consecuencia, se habría configurado, en el *sub judice*, el fenómeno jurídico del hecho superado, por lo que en tal virtud, cualquier pronunciamiento del juez constitucional en este momento carecería de objeto, al desaparecer la razón de ser del instituto.

Consecuencia de todo lo enunciado, ante la completa ausencia de legitimidad en la causa por activa, no hay otro camino que declarar la improcedencia del presente trámite constitucional.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia pretendido por Juan Mario Tobón Villa, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.695.657, de conformidad a lo expuesto en esta sentencia.

SEGUNDO: INFORMAR que contra esta providencia procede su impugnación, dentro del término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de la misma. Si no fuere impugnado, **ENVIAR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

GUERTHY ACEVEDO ROMERO

MAGISTRADA

MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-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: **b2ccd8e8a7737cce8b10c07064b3801c8e33184d8469c4a9867fe5413b4daea6**

Documento generado en 14/05/2021 12:19:16 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto decreta nulidad preparatoria
Decisión	Revoca

Medellín, catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado mediante Acta No. 095 de la fecha.

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por el defensor de **Andys David Allin García**, contra el auto proferido el 4 de febrero de 2021, en audiencia preparatoria, por medio del cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, decretó la nulidad de ese acto procesal.

HECHOS

Según la acusación, el 20 de agosto de 2019, a la altura de la avenida “*Las Margaritas*”, en la calle 95, del municipio de Apartadó, fue capturado en flagrancia el señor **Andys David Allin García**, cuando huía

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

con otras dos personas en una motocicleta, haciendo caso omiso a los llamados del tránsito municipal, reaccionando agresivamente y golpeando los agentes de policía, quedando lesionado Jhair Stith Rio Mosquera.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Las audiencias preliminares¹ de legalización de captura y formulación de imputación por el cargo de Violencia contra servidor público, tuvieron lugar el 21 de agosto de 2019, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Apartadó, Antioquia.

El escrito de acusación se radicó el 20 de noviembre de 2019², ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia. Sin embargo, en audiencia de 18 de diciembre de 2019³, el Juez procedió a *“improbar o anular el escrito de acusación de conformidad con el artículo 337, numeral segundo de la Ley 906 de 2004” (sic)*, puesto que no tiene una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible, y en la modificación hecha por el ente de acusación, se procedió a leer el informe de captura en flagrancia, dónde consta hechos nuevos que no están incluidos en la acusación, incluso, con una participación de un tercero, con respecto de quien no se hizo imputación, sin que este clara la participación concreta del procesado **Andys David Allin García**, y las personas que figuran como víctima.

En ese orden, procedió el juez a anular el pliego de cargos y restableció los términos para que la fiscalía presentara de nuevo el escrito, con las correcciones necesarias, ajustándose a los requisitos

¹ Pdf “01-GARANTIAS”

² Pdf “02 – ESCRITO DE ACUSACIÓN 1”

³ Sesión de 18 de diciembre de 2019, récord 22 minutos y 47 segundos

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

formales del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal, atinente a la elaboración de escritos de acusación, sin citar algún radicado en particular.

El 25 de febrero de 2020, nuevamente la fiscalía radica el escrito de acusación ante el juzgado del circuito⁴, razón por la que el 29 de mayo de 2020⁵, se formula oralmente y se adiciona⁶ en el sentido de que se trata de un concurso homogéneo del delito contemplado en artículo 429 del Código Penal.

La preparatoria se desarrolló el 6 de octubre de 2020⁷, y sin reparos sobre el descubrimiento probatorio, la fiscalía y defensa enunciaron las solicitudes probatorias, efectuaron estipulaciones sobre la plena identidad del imputado, carencia de antecedentes penales y arraigo, e hicieron referencia a la pertinencia, conducencia y utilidad de ellas.

Dado que la defensa advirtió que la fiscalía hizo una postulación con base en el escrito de acusación radicado el 20 de noviembre de 2019, que fue anulado con posterioridad en audiencia de 18 de diciembre de esa anualidad, pues los testigos relacionados, y sobre los cuales explicitó pertinencia, no correspondían a los señalados en el nuevo escrito de acusación presentado el 25 de febrero de 2020, manifestó oponerse al decreto de los medios de conocimiento del ente de investigación.

La fiscalía⁸, aludió haber tenido comunicación directa y constante con la defensa, y que el impase se hubiese podido solucionar a tiempo, si

⁴ Pdf "06 – ESCRITO DE ACUSACIÓN 2"

⁵ Pdf "09 –ACTA ACUSACIÓN 29-05-2020"

⁶ Record 15 minutos y 09 segundos.

⁷ Pdf "15 –ACTA PREPARATORIA PARTE 01 06-10-2020"

⁸ Récord: 25 minutos y 30 segundos

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

existiera lealtad procesal, pues la carpeta que tiene en su casa, en virtud del teletrabajo, no tiene el otro escrito de acusación del 25 de febrero de 2020, sino el anterior que fue objeto de anulación y que por error pasó a enunciar y postular en audiencia preparatoria, por lo que cree que el escrito con el cual se formuló acusación el 29 de febrero de 2020, debe estar en su oficina.

Con el fin de adoptar la decisión correspondiente, el Juez aplaza la diligencia preparatoria para fecha posterior, por no contar con los soportes (carpeta física ni digital) para decidir.

En sesión de 4 de febrero de 2021⁹, resolvió la primera instancia decretar la nulidad de la audiencia preparatoria, decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de apelación.

2. El juez de primera instancia¹⁰, resolvió decretar la nulidad desde la audiencia preparatoria, tras corroborar que en efecto la fiscal se equivocó, e hizo la solicitud probatoria con el escrito de acusación anulado el 18 de diciembre 2019, por lo que los medios de prueba no serían pertinentes al tema probatorio que se discutirá en el juicio oral y público.

Afirma que, por causa desconocida, y por razones que no explicó la delegada de la Fiscalía, no se empleó el segundo escrito de acusación para edificar su postulación probatoria, error que tiene trascendencia en el debido proceso, y no puede dar lugar a la impunidad, por lo que decide decretar la nulidad desde la preparatoria.

⁹ Pdf "21 – ACTA AUD. PREPARATORIA PARTE 2 04-02-2021"

¹⁰ sesión de 4 de febrero de 2021, Récord: 4 minutos y 3 segundos

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

Concluye que: *“... la audiencia preparatoria debe volver a surtirse, motivación por el cual debe declararse su invalidez, toda vez que es patente la manifestación de voluntad viciada de la señora fiscal por ese error, que el despacho constata que es ostensible ..”*

3. Inconforme con la decisión, la defensa interpone el recurso de apelación¹¹, porque el actual sistema acusatorio obliga a la parte procesal a efectuar las solicitudes probatorias ajustada a la norma, siendo un *“hecho notorio” (sic)* que el escrito de acusación presentado el 20 de noviembre de 2019, *“...fue decretado ilegal.. se decretó la nulidad”*, luego, la señora fiscal, debía ceñirse al otro pliego de cargos avalado por la judicatura.

Señala que en el sistema penal acusatorio hay etapas preclusivas, y no se puede retrotraer las actuaciones, pues ya se presentó acusación con ese escrito.

Sostiene que es inocuo decretar una nulidad, *“...a algo lo que conlleva es la preclusión” (sic)*, porque de acceder a la nulidad de la audiencia preparatoria, la Fiscalía tendría que solicitar los elementos materiales probatorios y evidencia física del escrito de acusación que presentó el 24 de febrero de 2020, y resulta que, esos medios de prueba no tienen nada que ver con los hechos jurídicamente relevantes.

Solicita se revoque la decisión adoptada en primera instancia, y en su lugar, se surta la etapa en el sentido de *“... excluir (sic) todos esos elementos materiales y evidencia física, que hizo alusión la señora fiscal en la audiencia preparatoria, por no tener una conducencia, pertinencia, ni utilidad en el juicio oral”*

¹¹ Récord: 10 minutos y 8 segundos

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

4. La fiscalía, en calidad de no recurrente¹², deprecia sean tenidos en cuenta los fundamentos utilizados por el Juez *a quo*, toda vez que esos elementos materiales de prueba que se propusieron en el primer escrito, fueron utilizados en su mayoría en el segundo pliego de cargos, y al momento de la preparatoria, explicando que la nulidad propiciada en la acusación, se debió al narrar de los hechos jurídicamente relevantes, más no derivado de los elementos materiales probatorios.

Reconoce que hubo un error por su parte, y sin excusarse en el momento coyuntural derivado de la pandemia por el COVID 19, explicó que con la traída y llevada de carpetas, debió caer en cuenta del yerro, no obstante, a la defensa se le descubrieron los medios de conocimiento, así como lo reconoció en la audiencia, por lo tanto, “*deja en el mundo jurídico, la aplicación de la justicia real...* ”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con el artículo 34, numeral 1, de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para desatar la alzada, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos por el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible a ellos.

Aunque la alzada presentada por la defensa, bordea los límites de la indebida sustentación, cuestión que daría mérito a denegar a esta instancia el recurso interpuesto, se tiene que mínimamente adujo, aunque sin mayor rigor dialéctico frente a la decisión de la Juez *a quo*, que se

¹² Record 13 minutos y 40 segundos

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

hallaba en desacuerdo con lo resuelto e indicó cuál era su interés para oponerse al ingreso de los medios de prueba solicitados por la Fiscalía, al pretender la exclusión de las pruebas anunciadas por la fiscalía con el fin de lograr una preclusión en favor del acusado.

2. De la nulidad

La Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos ha destacado el carácter de *última ratio* propio del instituto de las nulidades, ya que la aplicación de este medio correctivo de la actuación procesal, debe estar orientado a subsanar irregularidades sustanciales percibidas en el proceso penal que afectan de manera directa el derecho de defensa, el debido proceso, o la competencia, conforme a los artículos 455, 456 y 457 del Código Procesal Penal vigente, siendo ése el único mecanismo ostensible que pueda invocarse para tales fines.

Asimismo, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 458 *ibídem*, no podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las estrictamente señaladas en la ley (principio de taxatividad).

Por lo tanto, se debe demostrar no sólo la ocurrencia de alguna irregularidad sustancial, sino, además, la afectación real y cierta de las garantías de los sujetos procesales, o la trasgresión grosera de las bases fundamentales del proceso (principio de trascendencia).

Como con las nulidades se corrigen aspectos sustanciales, en relación directa con el agravio producido frente a las garantías fundamentales como el debido proceso, principios como el de protección,

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

trascendencia e instrumentalidad, deben ser atendidos en casos que pretende nulitarse el proceso, frente a irregularidades en el trámite procesal.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar esos criterios por los cuales se hace viable decretar una nulidad procesal. Por ejemplo, en sentencia del proceso con radicado 33255 de 30 de junio de 2010 indicó:

*“...Del mismo modo, la principalística que gobierna las nulidades en el proceso penal, en síntesis, impone a quien propone una nulidad, además de la referencia a la causal específica (principio de taxatividad), **el deber de argumentar de manera clara y precisa en dónde se origina el defecto de actividad y si éste no satisfizo la finalidad para la que estaba previsto (principio de instrumentalidad de las formas)**, demostrar si el vicio afectó las garantías o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (principio de trascendencia), acreditar que el sujeto procesal no haya coadyuvado con su conducta a la configuración del acto irregular (principio de protección) o lo haya convalidado con su consentimiento (principio de convalidación), siempre que se observen las garantías fundamentales. Frente al principio de trascendencia la Sala ha dicho que:*

*significa que **no hay nulidad sin perjuicio y sin la probabilidad del correlativo beneficio para el nulidicente**. Más allá del otrora carácter puramente formalista del derecho, **para que exista nulidad se requiere la producción de daño a una parte o sujeto procesal**. Se exige, así, de un lado, la causación de agravio con la actuación; y, del otro, la posibilidad de éxito a que pueda conducir la declaración de nulidad. Dicho de otra forma, **se debe demostrar que el vicio procesal ha creado un perjuicio** y que la sanción de nulidad generará una ventaja¹³...”*

Por lo tanto, como consecuencia obligada, debe demostrarse con claridad y precisión, el agravio para las garantías sustanciales, pues resulta insuficiente una mención genérica de aspectos fáctico – procesales indemostrados, ni la vaga y etérea evocación de conculcación de derechos fundamentales con argumentos de autoridad que no se expliciten, o una balbuceante, somera, e indeterminada mención de ellos.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *sentencia* 26 de noviembre de 2003, radicado 11135.

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

4. Del caso en concreto

De lo que reposa en el registro auditivo de la audiencia preparatoria celebrada el 6 de octubre de 2020¹⁴, se tiene que al no encontrarse reparos sobre el descubrimiento probatorio¹⁵, y sin contar la defensa con elementos materiales de prueba y evidencia física para descubrir al ente de acusación, la fiscalía y defensa enunciaron las solicitudes probatorias¹⁶, presentaron estipulaciones sobre la plena identidad, constancia de buen trato, la carencia de antecedentes penales y el arraigo del imputado¹⁷, e hicieron las solicitudes probatorias la fiscalía¹⁸, y luego la defensa¹⁹, argumentando pertinencia, conducencia y utilidad de ellas.

Así, finalizada la intervención del apoderado de **Andys David Allin García**, y ante la pregunta sobre causales de exclusión, rechazo, e inadmisibilidad de la solicitud probatoria de la fiscalía²⁰, la defensa indica²¹ que la delegada fiscal hizo la solicitud probatoria con base en el escrito de acusación que fue radicado el 20 de noviembre de 2019, y anulado en audiencia de 18 de diciembre de 2019, pues los testigos relacionados, y sobre los cuales hizo el examen de pertinencia, no corresponden a los señalados en el avalado escrito de acusación de 25 de febrero de 2020, por lo que se opone al decreto de los medios de conocimiento del ente de investigación.

Dado que el juez director de la audiencia no contaba en ese momento con la carpeta física ni digital para decidir de fondo sobre la

¹⁴ Pdf "15 –ACTA PREPARATORIA PARTE 01 06-10-2020"

¹⁵ Récord: 3 minutos y 6 segundos

¹⁶ Récord: 3 minutos y 33 segundos

¹⁷ Récord: 8 minutos y 11 segundos

¹⁸ Récord: 9 minutos y 29 segundos

¹⁹ Récord: 17 minutos y 16 segundos

²⁰ Récord: 21 minutos y 39 segundos

²¹ Récord: 21 minutos y 45 segundos

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

situación²², fue preciso señalar otra fecha, para el 4 de febrero de 2021, oportunidad en la cual resolvió, sin mayor rigorismo y razones, decretar la nulidad de la audiencia preparatoria, por vulneración al debido proceso, y porque “...es patente la manifestación de voluntad viciada de la señora fiscal”.

De lo actuado, se evidencia que indudablemente hubo yerros en la enunciación y solicitud probatoria de la Fiscalía, pues hizo la postulación en audiencia preparatoria con fundamento en el escrito de acusación radicado el 20 de noviembre de 2019, mismo que fue objeto de anulación en audiencia de 18 de diciembre de 2019.

No obstante, del dislate suscitado por el ente de acusación, no se determina cuál es la vulneración al debido proceso en aspectos sustanciales ni cuál es el error que genere ese resquebrajamiento con proyección de desestabilización importante en la estructura del debido proceso, sobre todo, cuando la audiencia preparatoria no ha finalizado, pues hasta ahora se estaba empezando a indagar a las partes sobre las solicitudes probatorias esbozadas.

Precisamente, no basta solamente invocar la existencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, pues debe además precisarse el tipo de irregularidad que se genera, y acreditarse cómo su configuración comportaría un vicio de garantía o de estructura, cuyo error trasciende para afectar la validez del acto procesal, examen que el Juez soslayó hacer en su motivación.

De esta manera, lo resuelto oficiosamente por el Juez *a quo*, tendiente a la declaratoria de una nulidad parcial de lo actuado, desde la

²² Récord: 28 minutos y 13 segundos

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

audiencia preparatoria, para reactivar la postulación probatoria de la fiscalía, está llamada al fracaso, por cuanto no aflora agravio alguno que atente contra garantías fundamentales como el debido proceso, para que, en efecto, diese al traste a una eventual anulación.

Al respecto, resulta oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, ha afirmado desde tiempo atrás que el desconocimiento al debido proceso debe apoyarse en cuatro columnas primordiales:

(a) la identificación concreta del acto irregular; (b) la concreción de la forma como éste afectó la integridad de la actuación o conculcó las garantías procesales; (c) la explicación trascendente de por qué es irreparable el daño, es decir demostrando su lesividad y, (d) el señalamiento del momento a partir del cual debe reponerse la actuación.

Deberá conjugar el actor, los principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación, como los de concreción, trascendencia, protección, taxatividad, residualidad, seguridad, entre otros, previstos en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, para de la mano de ellos, constatar el grado de afectación, potencialidad y consecuencia inmediata.

La primera instancia, no ubicó concretamente cuál fue el acto irregular, ni determinó en dónde radicaba exactamente la violación alegada ni las razones por las cuales estimaba que el daño causado era irreparable y en qué manera. Menos aún presentó las razones frente a los principios que orientan la declaratoria de nulidad.

Ahora bien, lo cierto es que la audiencia preparatoria no había concluido y por ende estaba vigente la oportunidad para las partes de efectuar y oponerse a las solicitudes probatorias, o de encauzar las previamente dichas dentro de la audiencia preparatoria.

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

Ciertamente, conforme al principio de preclusividad de los actos, cada actuación procesal debe surtirse en la oportunidad designada por el legislador para el efecto, puesto que pensar de otra manera sería desquiciar la sistemática procedimental que rige actualmente.

En el presente asunto, lo que se advierte es una absoluta falta de dirección de la audiencia, reprochable al juez de primera instancia quien no ejerció un control oportuno sobre ese acto procesal, pues ni siquiera contaba con la respectiva carpeta, por lo que fue evidente su sorpresa cuando la defensa por fin decidió poner en conocimiento la situación que se presentaba.

En consecuencia, la criticable falta de rigor por parte de la judicatura no puede dar al traste con una nulidad, cuando la audiencia preparatoria aún no había finalizado, siendo posible corregir el acto irregular y redirigir el argumento de la Fiscalía, con el fin que corrigiera el yerro cometido.

Por tanto, lo ideal, hubiese sido la aplicación del correctivo oficioso que trata el artículo 10º de la Ley 906 de 2004, por parte del juez, que le asigna la *“...obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes...”*

Lo anterior, obedece a la perspectiva constitucional referente a la necesidad de respeto del debido proceso que es exigible, entre otros, de los funcionarios judiciales, y que no se limita a la abstención de incurrir en la vulneración de dicho derecho fundamental sino, también, en el enderezamiento de los trámites que puedan desconocerlos, como mecanismo para blindar de mayor legitimidad sus decisiones.

Rad. CUI	05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno	2021-0407-3
Delito	Violencia contra servidor público en concurso homogéneo
Acusado	Andys David Allin García
Asunto	Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión	Revoca

Adicionalmente, el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, ha impuesto la necesidad que, en el proceso penal, se actúe conforme a los moduladores de la actividad procesal, entre los cuales, se destacan el de ponderación, orientado a que se deben tomar decisiones que no riñan con un mínimo de razonabilidad y el de, corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

En definitiva, como se anunció, no hay lugar al decreto de la nulidad, pues en concreto, no se demostró cuál es el perjuicio o el detrimento que se causa al debido proceso, o al derecho de defensa, pues, como se sabe, no puede haber nulidad sin daño, el cual debe ser cierto y no meramente hipotético (principios de trascendencia, residualidad y saneamiento).

Por lo tanto, contrario a lo solicitado por la defensa, será necesario, revocar la decisión de primer grado y, como consecuencia, continuar con el desarrollo de la audiencia preparatoria que trata el artículo 356 de la ley 906 de 2004, permitiendo a la Fiscalía encaminar la enunciación y solicitud probatoria de acuerdo con la acusación formulada el 29 de mayo de 2020.

Como quiera que la presente decisión no admite recursos, al ser de segunda instancia, por economía y celeridad procesal, una vez sea aprobada la ponencia, se deberá devolver la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia,

Rad. CUI 05-045-60-00324-2019-80131
Rad. Interno 2021-0407-3
Delito Violencia contra servidor público en
concurso homogéneo
Acusado Andys David Allin García
Asunto Auto Decreta Nulidad Preparatoria
Decisión Revoca

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la nulidad decretada el 4 de febrero de 2021, en sede de audiencia preparatoria, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia. En su lugar, deberá continuar con el desarrollo dispuesto en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, permitiendo a la fiscalía encauzar su enunciación y postulación probatoria.

SEGUNDO: Como quiera que la presente decisión no admite recursos, por economía y celeridad procesal, una vez sea aprobada la ponencia, notifíquesele a las partes e intervinientes, y devuélvase la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA

MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

PLINIO MENDIETA PACHECHO
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: **aa9da4a93570dc6325c49ad3ea2feeeef598bf59e4179b646aa19106f9c24d5d**
Documento generado en 14/05/2021 12:19:10 PM

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

Medellín, trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

N° Interno : 2021-0570-4
Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2021 00014
Accionante : Jhon Fredy López Villa
Accionada : U.A.E. para la Atención y
Reparación Integral a las Víctimas.
Decisión : **Anula**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la
fecha. Acta N° 051

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala la
sentencia de tutela proferida por el *Juzgado Primero Penal del
Circuito de Rionegro (Ant.)*, por medio de la cual no se concedió el
amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor JHON
FREDY LÓPEZ VILLA, contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL -
U.A.E.- PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS.

N° Interno : 2021-0570-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2021 00014
Accionante : JHON FREDY LÓPEZ VILLA
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

ANTECEDENTES

Los hechos objeto de estudio se resumieron por la juez de primer grado como a continuación se expone:

“Afirma el accionante que se encuentra incluido en el registro único de víctimas, por lo que solicitó indemnización administrativa, y una vez realizado el estudio de la solicitud se determinó que cumple con los supuestos fácticos y jurídicos para reconocer el derecho a la medida, pero no ha sido priorizado por su discapacidad física y enfermedades graves, conforme lo regula el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019.

Precisa que en el año 2019 documentó y realizó la solicitud de indemnización administrativa priorizada en el punto de atención de víctimas.

Demandó del despacho se tutele el derecho fundamental al debido proceso e igualdad, y se le ordene a la entidad dar prioridad a la entrega de la indemnización administrativa, aclarando fecha y lugar para la entrega.”

Dentro del término otorgado por el Juzgado de instancia, recibió respuesta por parte de la accionada, la que el despacho consideró suficiente para concluir que al accionante no se le conculcaron los derechos fundamentales invocados, siendo de su responsabilidad allegar la documentación necesaria a la entidad para establecer si en realidad podría ser sujeto de prelación dentro del trámite de reparación administrativa; en todo caso, la A

N° Interno : 2021-0570-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2021 00014
Accionante : JHON FREDY LÓPEZ VILLA
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

quo requirió al señor López Villa a fin de que remitiera a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACION INTEGRAL A LAS VICTIMAS el certificado de discapacidad que acredita esa condición, según los lineamientos establecidos por el Ministerio de Protección Social y Salud, una vez lo cual la entidad contaría con un término de quince días, para definir si el peticionario se encuentra dentro de las situaciones de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad, dándole a conocer ese resultado por el medio más expedito.

Fue así que, mediante escrito presentado por el accionante, procedió a manifestar su disenso vía impugnación, indicando que desde el año 2019, presentó la solicitud de la indemnización administrativa priorizada en el Punto de atención de víctimas, y si bien obtuvo una respuesta favorable frente a la posibilidad de indemnización, no se le permitió acceder a la priorización a la cual tiene derecho, por lo cual interpuso los recursos de reposición y apelación obteniendo una respuesta desfavorable.

Considera que sus derechos fundamentales deben ampararse puesto que ninguna IPS ni EPS está capacitada ni tiene los medios idóneos para la expedición del certificado como lo exige la UARIV, y al respecto anexa el respaldo pertinente.

Corresponde en ese orden a la Magistratura adoptar decisión de segundo grado, conforme a las circunstancias expuestas y en punto a la impugnación propuesta por la parte

N° Interno : 2021-0570-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2021 00014
Accionante : JHON FREDY LÓPEZ VILLA
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

accionada, frente a la providencia de instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 1°, del decreto 1382 de 2000, es competente la Sala para conocer de la impugnación interpuesta en el caso a estudio.

Lo primero que cabe advertir es que no es posible entrar a decidir de fondo el asunto que convoca la atención de la Sala, toda vez que se observa una causal de nulidad que afecta la actuación surtida en primera instancia, en punto a que no se encuentra debidamente integrado el contradictorio de la presente acción de amparo.

El Juez constitucional, como garante de los derechos fundamentales, en su afán de protección asignada desde la Constitución Política, no puede apartarse, en ningún momento, de los elementos integradores del debido proceso, enmarcado en el derecho a la defensa; de ahí, que no pueda existir vacilación para aplicar los procedimientos legales tendientes a indagar la realidad constitucional que presenta un determinado caso de tutela. De esa manera, el juez constitucional debe convocar a todas las personas o autoridades públicas que puedan resultar implicadas y, por ende, resulten afectadas o comprometidas con la providencia.

N° Interno : 2021-0570-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2021 00014
Accionante : JHON FREDY LÓPEZ VILLA
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

En el caso bajo examen, si bien el mecanismo de tutela originalmente fue dirigido en contra de la *UNIDAD ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS*, por la presunta vulneración de los derechos del accionante, también lo es que se hacía necesario vincular al contradictorio al municipio de Rionegro, Antioquia, más concretamente la Secretaría de Salud, así como a la Dirección Seccional de Antioquia.

Lo anterior, habida cuenta que lo pretendido por el accionante es que se le priorice su calidad de persona discapacitada en orden a recibir sin dilación alguna el pago correspondiente a la indemnización administrativa que se le ha reconocido; sin embargo, ello no ha sido posible porque en sentir de la Unidad para las Víctimas, no es suficiente el que haya presentado la constancia de calificación de la pérdida de su capacidad laboral, proferida por el Seguro Social en el año 2002, como tampoco una historia clínica emitida por la Clínica Somer, del mes de octubre de 2020, en la cual se evidencian las múltiples enfermedades que lo afectan.

La Unidad para las Víctimas, fincada en la Resolución 1049 de 2019, advirtió de manera categórica que los elementos que debía aportar el interesado, deberían cumplir con los lineamientos fijados para acreditar su situación de discapacidad, los cuales no se equiparan a la existencia de una constancia de notificación de un dictamen de calificación de

N° Interno : 2021-0570-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2021 00014
Accionante : JHON FREDY LÓPEZ VILLA
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

pérdida de capacidad laboral o una historia clínica, sino que impera su adecuación a los formalismos traídos por otros reglamentos como la Resolución 113 de 2020, emitida por el Ministerio de Salud.

El señor López Villa en su impugnación, expresó que no se le había posibilitado allegar un certificado de discapacidad tal como es exigido por la entidad accionada, y para ello exhibió el respectivo soporte documental en el cual el Subsecretario de Gestión en Salud del municipio de Rionegro, informó al Personero de esa misma localidad que *Aún no se cuenta con una fecha para el inicio de expedición de las órdenes de las que trata el artículo 8º de la Resolución 113 de 2020, teniendo en cuenta que aún no se cuenta con IPS certificadoras en el Municipio de Rionegro, como ya se manifestó, estamos a la espera de la debida autorización para la IPS Hospital San Juan de Dios, en donde ya hemos demostrado a la Seccional de Salud de Antioquia, que se cuenta con el equipo humano ya capacitado para dar inicio a la expedición de dichos certificados.*

Y es que, precisamente, el artículo 8º de la mencionada Resolución 113 de 2020 dispone lo siguiente:

*“Orden para calificación de discapacidad.
La persona interesada en realizar el procedimiento de certificación de discapacidad o excepcionalmente, su representante, según lo establecido por el artículo 6 de esta resolución, lo solicitará ante la secretaria de salud distrital o municipal de su lugar de residencia, allegando*

N° Interno : 2021-0570-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2021 00014
Accionante : JHON FREDY LÓPEZ VILLA
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

la historia clínica que incluya tanto el diagnóstico (CIE-10) relacionado con la discapacidad, emitido por el médico tratante del prestador de servicios de salud de la red de la EPS a la que se encuentre afiliado el interesado, como soporte de apoyo diagnóstico. (...)

En línea de los anteriores planteamientos, es preciso indicar que el contradictorio se halla incompleto, pues se torna ineludible el pronunciamiento que de los hechos corresponda a la Secretaría de Salud del Municipio de Rionegro, Antioquia, ello por cuanto su gestión, de cara al trámite de emisión del certificado de discapacidad requerido por el accionante para solicitar su priorización como persona que sufre desmedro en su motricidad, es esencial y ha incidido en el goce efectivo de los derechos fundamentales del accionante, persona vulnerable y especialmente amparada por el artículo 13 de la Constitución. A ello súmese la labor que a su cargo tenga la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, dependencia que finalmente dará o no vía libre a la aprobación de una institución médica en la localidad aludida, con facultades para certificar la discapacidad de una persona.

Por ende, el actual estado de la actuación procesal, dará lugar a la declaratoria de nulidad, pues se trata de una parte del litigio que de igual manera está llamada a ejercer su derecho de contradicción. Es que en decisiones como el Auto 156A del 25 de julio de 2013, la Corte Constitucional ha explicado que:

N° Interno : 2021-0570-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2021 00014
Accionante : JHON FREDY LÓPEZ VILLA
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

*“Habrá casos en que el pronunciamiento judicial al cual tiende el ejercicio de **la correspondiente pretensión procesal, por su naturaleza o por disposición legal, no puede adoptarse sin que concurren al proceso todas las personas que son titulares de las relaciones jurídicas o han intervenido en los actos sobre los cuales versa la controversia.** La necesidad de un pronunciamiento uniforme y con efectos concretos sobre la totalidad de dichos sujetos impone su concurrencia al respectivo proceso. En estos eventos **el juez no puede proveer sobre la demanda y decidir sobre la pretensión sin que todos los sujetos activos y pasivos de la relación procesal hayan sido citados e intervengan en el proceso.** La necesidad de la participación de dichos sujetos se torna en algo que es consustancial con el principio de la integración del contradictorio. La omisión de la integración del litisconsorcio, conllevó una flagrante violación del derecho al debido proceso. **La falta de integración de litisconsorcio también significó un desconocimiento de principios esenciales del ordenamiento constitucional, como son: la justicia, la vigencia de un orden justo, y la eficiencia y la eficacia de las decisiones judiciales...**¹*

“...se está ante un litisconsorcio necesario, que debe integrarse: a) al momento de formular la demanda, dirigiéndola contra todos los litisconsortes; b) si así no se hiciere, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio; c) en caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de los litisconsortes, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia”².

En este orden de ideas, las decisiones que en el presente proceso se adopten, podrían estar viciadas de nulidad, en tanto vulneran el debido proceso y derecho de defensa del *MUNICIPIO DE RIONEGRO, ANTIOQUIA-SECRETARÍA DE SALUD* y la *DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA*, en la medida que a su cargo existen actuaciones que deben materializarse y que inciden de manera directa en el proceso de

¹ Sentencia T-056 de 6 de febrero de 1997. M. P. Antonio Barrera Carbonell

² Sentencia T-289 de 5 de julio de 1995. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

N° Interno : 2021-0570-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2021 00014
Accionante : JHON FREDY LÓPEZ VILLA
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

priorización para el pago de reparación administrativa que viene adelantando el señor Jhon Fredy López Villa ante la Unidad para las Víctimas.

Así pues, con fundamento en lo dispuesto por el *artículo 133, numeral 8° del Código General del Proceso (L. 1564/2012)*, lo procedente en este caso es decretar la nulidad del procedimiento adelantado a partir del auto fechado el *17 de marzo de 2021*, a través del cual, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, admitió la demanda de tutela presentada por JHON FREDY LÓPEZ VILLA, dejando a salvo las pruebas legalmente recaudadas.³

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

RESUELVE,

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado, a partir del auto admisorio, inclusive, en el proceso de

³ [13: «Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: [...] 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado».]

N° Interno : 2021-0570-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2021 00014
Accionante : JHON FREDY LÓPEZ VILLA
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

tutela donde figura como accionante *Jhon Fredy López Villa* y como accionado la *UNIDAD ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS*, manteniéndose incólume los descargos brindados por la entidad demandada.

SEGUNDO: COMUNICAR lo resuelto al Juzgado de primera instancia para lo de su cargo, y a los demás sujetos procesales.

CÚMPLASE.

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

N° Interno : 2021-0570-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2021 00014
Accionante : JHON FREDY LÓPEZ VILLA
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

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

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

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

Código de verificación:

7255a8b3f938e672058c98451057303c9e5f297ea6915a980d044f
684e8c1507

Documento generado en 14/05/2021 11:13:29 AM

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

Medellín, mayo trece (13) de dos mil veintiuno (2021)

Nº Interno	:	2018-0442-4 Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado	:	05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado	:	Luis Bertulfo Carvajal.
Delito	:	Concierto para delinquir agravado.
Decisión	:	Confirma sentencia.

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual de la fecha. Acta N° 051

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la Defensa, respecto de la condena proferida en contra del procesado LUIS BERTULFO CARVAJAL, en sentencia emanada del *Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia*, de fecha *19 de julio de 2017*, a través de la cual se le declaró penalmente responsable por la conducta punible de *concierto para delinquir agravado* y se le impuso sanción de *treinta y ocho (38) meses de prisión*, multa de *mil (1.000) SMLMV* e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad; además, se le negaron la suspensión condicional de ejecución de la pena,

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

la prisión domiciliaria y los beneficios de que trata la *Ley 1424 de 2010*.

2. ANTECEDENTES

De conformidad con el expediente, mediante *Resolución Presidencial 233 de 2004*, la cual fue prorrogada con posterioridad, fue reconocido EVER VELOZA GARCÍA, alias “H.H”, como miembro representante del *Bloque Bananero de las Autodefensas Unidas de Colombia (A.U.C.)*, quien, a su vez, incluyó al ciudadano LUIS BERTULFO CARVAJAL como integrante de la organización, manifestando este último su voluntad de reincorporarse a la vida civil. En consecuencia, se presentó voluntariamente ante la Fiscalía y efectuó diligencia de versión libre el *1º de diciembre de 2004*.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El *siete de diciembre de 2004*, la Fiscalía 198 destacada ante el otrora Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.), profirió resolución inhibitoria respecto de LUIS BERTULFO CARVAJAL por el delito de concierto para delinquir; misma que fue revocada, el *20 de agosto de 2012*, por la Fiscalía 25 delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Medellín, declarando en el mismo acto abierta la etapa de la

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

instrucción y disponiendo, entre otras cosas, la vinculación de LUIS BERTULFO a la investigación mediante indagatoria.

Para el *04 de mayo de 2016*, el ente acusador escuchó en indagatoria al citado enjuiciado, quien aceptó someterse al trámite de la sentencia anticipada como autor del delito de concierto para delinquir agravado.

En la misma fecha, se emitió resolución por medio de la cual fue resuelta la situación jurídica al procesado por el comportamiento punible atrás aludido, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento; además, se declaró prescrita la acción penal en relación con los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y utilización ilícita de equipos transmisores y receptores.

La diligencia de formulación y aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada, prevista en el *artículo 40* de la *Ley 600 de 2000*, se llevó a efecto el *03 de junio de 2016* y en ella el procesado LUIS BERTULFO CARVAJAL, de forma libre, consciente, voluntaria y con la debida asesoría por parte de la defensa, aceptó el cargo que le fue imputado, es decir, respecto de delito descrito y sancionado en el *artículo 340, inciso 2º*, del *Código Penal (Ley 599 de 2000)*, en calidad de autor penalmente responsable.

Finalmente, el proceso pasó al *Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia*, donde el *19 de julio de 2017*

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

se profirió sentencia condenatoria conforme al cargo aceptado y en los términos antes reseñados.

4. DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Tal y como viene de especificarse, en la sentencia que puso fin a la primera instancia, el señor Juez condenó a LUIS BERTULFO CARVAJAL por el delito antes reseñado e impuso las consecuencias jurídico penales aludidas en precedencia, al considerar que los elementos materiales probatorios obrantes en el proceso daban cuenta de todas y cada una de las categorías estructurales del punible endilgado, como conducta típica, antijurídica y realizado con culpabilidad, máxime que, en su criterio, el procesado actuó con suficiente capacidad para conocer y comprender la ilicitud de su proceder, obrando contrario a derecho y sin justificación alguna.

En cuanto a los sustitutos penales, encontró no se reunían los requisitos establecidos en el *canon 7* de la *Ley 1424 de 2010* a efectos de su concesión; asimismo, se denegaron la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria al no cumplirse con las exigencias de los *artículos 63 y 38 del Código Penal*.

5. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

En el momento procesal oportuno, el señor Defensor del procesado interpuso recurso de alzada contra la sentencia proferida por el Juzgado *A quo*, planteando en esencia, los siguientes argumentos:

- Que en la figura jurídica de la sentencia anticipada no es suficiente el dicho y la voluntad del acusado para llegar al grado de certeza a efectos de derruir su presunción de inocencia, ya que debe garantizarse el debido proceso y los derechos de contradicción, presunción de inocencia, buena fe, lealtad procesal, entre otros, por lo que es obligación del Juez verificar la existencia de las pruebas que ineludiblemente lo lleven al convencimiento de que quien acepta los cargos es culpable.
- Que en observancia del principio de favorabilidad debe pervivir la resolución inhibitoria que fuese revocada por la Fiscalía con fundamento en motivaciones ajenas al caso concreto, ya que el procesado cumplió con todos los compromisos que le fueron impuestos en la misma.

Resalta que la aludida revocatoria implica vulnerar el principio de la confianza legítima, ya que lo decidido por la Fiscalía en la resolución inhibitoria, estaba fundado en que la acción penal no podía iniciarse dado los compromisos suscritos entre los integrantes de las A.U.C. que se sometieron a la legalidad y el Gobierno Nacional; por ello, la revocatoria sólo procedía en virtud al incumplimiento de los compromisos contenidos en el acta suscrita entre el desmovilizado y la Fiscalía General de la Nación o, subsidiariamente, de manera complementaria a las causales establecidas en la *Ley 600 de 2000*, siempre y cuando no contraviniera normas de carácter especial como

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

lo eran las de la Justicia Transicional, en concreto la *Ley 418 de 1997*, artículo 63.

- De otro lado, destaca que el *artículo 69 de la Ley 975 de 2005*, establecía que las personas desmovilizadas en el marco de la *Ley 782 de 2002*, podrían beneficiarse de resolución inhibitoria, entre otros, por delitos de concierto para delinquir en los términos del inciso primero del *artículo 340 del Código Penal*; norma que fue modificada por la *Ley 1592 de 2012* pero que le es aplicable favorablemente al enjuiciado CARVAJAL, por lo que debe declararse la nulidad del acto que revocó la resolución inhibitoria.
- De otro lado, argumenta que los verbos rectores organizar, promover, armar y/o financiar, que se atribuyen como agravante del concierto para delinquir, no se estructuran ya que la Fiscalía ni siquiera probó la actividad desarrollada por la organización delincriminal, más allá de la sola manifestación del procesado y, además, arguye que el solo hecho de pertenecer a la organización como patrullero no implica que se tuviera la finalidad de promover u organizar el grupo.

Así mismo, indica que como a partir de la vigencia de la *Ley 1121 de 2006* desapareció la circunstancia de agravación de delito del concierto para delinquir atinente a *“organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley...”*, *“no puede imputarse el concierto para delinquir agravado bajo esta modalidad, sino que lo correcto es imputar el contenido del artículo 345 del Código penal”*, es decir, el punible de *“Financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas”*; empero, alega que al no poderse endilgar un delito que no estaba vigente para la época en que se cometieron los hechos, ni la agravante porque perdió su vigencia, lo correcto es tipificar el delito en contra de su asistido como concierto para delinquir simple.

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

Lo anterior, por cuanto no se probó, además, que su representado hubiera tenido la finalidad “*de concertarse en el grupo armado ilegal autodenominado como las AUC para cometer delitos relacionados en el inciso segundo del artículo 340 del código Penal*” y la sola pertenencia al grupo no demuestra la agravante atribuida.

- Recaba en relación con la agravante referida, que la Fiscalía no probó ninguna de las circunstancias establecidas en el *inciso 2º del artículo 340 del C.P.*, más aún cuando al sentenciado LUIS BERTULFO se le indagó si durante su permanencia en la organización armada había cometido otros hechos delictivos, respondiendo de manera negativa.

Además, tampoco se demostró que su representado haya tenido la finalidad, desde el punto de vista subjetivo, de concertarse en el grupo armado ilegal autodenominado como las A.U.C. para cometer delitos relacionados en el aludido inciso segundo del artículo 340 del código Penal y la sola aceptación de pertenencia al grupo no demuestra la agravante atribuida.

Argumenta que ante la ausencia de pruebas para la imputación de la agravante, lo único que quedan son dudas al respecto y de allí que la sola concertación genera responsabilidad pero frente al delito de concierto para delinquir genérico o simple, es decir, para la comisión de punibles indeterminados.

- Dado lo anterior, plantea el recurrente, que deba partirse del delito de concierto para delinquir en su modalidad simple, por lo que la acción penal se encontraría ya prescrita.
- Finalmente, demanda el examen del precedente jurisprudencial horizontal del Tribunal Superior de Medellín en la misma materia, a efectos de su consideración al momento de resolver el caso concreto.

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que con fundamento en los *numerales 2 y 3 del artículo 306 de la Ley 600 de 2000*, se decrete la nulidad de la actuación desde la revocatoria de la resolución inhibitoria, inclusive o, de manera subsidiaria, se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado y, en su lugar, se decrete la prescripción de la acción penal por el delito de sedición o el punible de concierto para delinquir simple.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por el Defensor del procesado, de conformidad con el *canon 76, numeral 1, de la Ley 600 de 2000*, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

En ese orden de ideas, los problemas jurídicos a resolver se centran en verificar: *i)* si la sentencia confutada se ha proferido dentro de un trámite pasible de invalidación, por haberse revocado la resolución inhibitoria que en los albores del mismo cobijaba a LUIS BERTULFO CARVAJAL; *ii)* si obra suficiente prueba que respalde la sentencia de condena en contra del señor CARVAJAL; *iii)* si el delito por el cual se debió juzgar al procesado es el de concierto para delinquir simple y, *iv)* si como consecuencia de la anterior degradación jurídica procede la declaratoria de la prescripción de la acción penal.

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

De entrada, ha de significarse que no tiene vocación de prosperidad la presunta nulidad propuesta por el censor, habida cuenta que en esa materia, por tratarse de una sanción de carácter extremo, impera la observancia de pautas claras y demostrativas de la vulneración al debido proceso o de las garantías esenciales; es decir, no basta únicamente con alegar la existencia de algún agravio, sino que debe probarse la real afectación a los derechos fundamentales y sus consecuencias.

En efecto, para establecer de manera clara las anomalías que conspiran en contra de la vigencia del proceso, se debe acudir a los principios que orientan las nulidades, los cuales tienen sustento legal y han sido reconocidos y reiterados por la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal¹, en los siguientes términos:

“Tales axiomas se concretan en los siguientes postulados: sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado,

¹ Sentencia del 08 de junio de 2011, M.P. doctor JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, RADICADO 34022, en la cual se reitera lo manifestado en otras decisiones como Entre otras, sentencias de 18 de noviembre de 2008 y 18 de marzo de 2009, radicaciones Nº 30539 y 30710, respectivamente.

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad).”

En relación con el caso concreto, encuentra esta Magistratura que el señor defensor no obró en desarrollo de la aludida principalística, pues restringió su inconformidad a reiterar que con la revocatoria de la resolución inhibitoria que cobijaba a su representado, se vulneraban los principio de confianza legítima y debido proceso; sin embargo, no indicó de manera concreta cómo era que se socavaban garantías fundamentales a su asistido, cuando lo propio era demostrar la existencia de la irregularidad sustancial que presuntamente afectaba la estructura básica del sistema que lo inspira y por qué la misma es lesiva de las garantías del procesado, indicando, además, las normas que fueron violadas y cómo la incorrección repercute negativamente en la validez del rito reprochado.

No obstante la falencia argumentativa advertida, encuentra la Sala que de haberse sustentado apropiadamente la existencia de la presunta incorrección de carácter sustancial, la misma tampoco tendría la capacidad de derruir la actuación procesal, desde el proferimiento de la mencionada resolución inhibitoria, como lo alega el impugnante; veamos.

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

Ha sido clara, pacífica y reiterativa la jurisprudencia de las altas cortes en indicar que el delito base cometido por integrantes de las otrora A.U.C., bajo ninguna perspectiva, constituyen un delito político como el de sedición, sino el de concierto para delinquir, posición que inclusive admite el apelante, aunque con algunas reservas.

Ahora, si bien en el presente caso el delito por el cual se profirió resolución inhibitoria es el de concierto para delinquir, según la parte resolutive de la referida providencia, son totalmente aplicables los criterios de la H. Corte Suprema de Justicia en relación con la incorrecta e inapropiada aplicación del delito de sedición a grupos paramilitares, ya que la parte motiva del auto inhibitorio revocado se fundamenta, precisamente, en argumentos relativos a que las actividades de los paramilitares son semejantes a delitos políticos; tal la razón para que se haya expuesto en la referida resolución, que en la misma se procedía de conformidad con el *artículo 24 de la Ley 782 de 2002*.

Tal fundamentación no se puede desconocer o dejar de lado, ya que la parte resolutive de dicho acto señala que se profiere resolución inhibitoria, a favor de LUIS BERTULFO CARVAJAL, *“de conformidad con lo expuesto en la motiva de la presente”*, es decir, con fundamento en los criterios y normas que justificaban la asimilación del delito político de sedición con el de concierto para delinquir cometido por grupos de “autodefensas”.

Así las cosas, debe recordarse, en relación con dicho tópico, que si bien el *artículo 468* del código Penal, con la

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

modificación introducida por el *canon 71 de la Ley 975*, establecía la posibilidad para personas que conformaban los grupos armados al margen de la ley, como las llamadas “*autodefensas*”, de recibir los beneficios jurídicos consagrados en las *Leyes 418 de 1997 y 782 de 2002*, resulta de ineludible exigencia establecer si la mencionada norma –*artículo 468*–, con la modificación referida, era contraria a la Constitución antes del pronunciamiento de inexecuibilidad, pues de resultar ello cierto, no sería posible dar aplicación, bajo ninguna perspectiva, a una norma que vulnera flagrantemente la Carta Política. Al respecto se ha pronunciado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y en los siguientes términos²:

“La tradición jurídica nacional enseña que la ley vigente al momento del hecho es la que debe ser aplicada para resolver el problema jurídico planteado. Sin embargo, cuando se presenta un tránsito de leyes en materia punitiva es necesario que se determine cuál es la ley más favorable al caso concreto, de donde se tiene que el precepto derogado puede cobrar fuerza para ser aplicado ultra-activamente así como retro-activamente es factible darle valor a la nueva disposición legal.

La Corte ha enfrentado los permanentes cambios legislativos que el Congreso de la República introduce al ordenamiento jurídico, especialmente a los códigos penales sustantivo y adjetivo, desarrollando desde siempre el criterio de la favorabilidad para aplicar la ley más generosa al interesado, situación que se presenta (1) cuando se da un tránsito legislativo, porque una nueva ley deroga la anterior, y, (2) cuando se da el fenómeno de coexistencia de leyes, ocasiones en las que debe aplicarse la ley más benigna.

Es lo que sucede con la vigencia temporal del artículo 71 de la Ley 975 de 2005 que, sin embargo, la Corte estima que no se puede aplicar porque:

² Decisión del 11 de julio de 2007, radicado 26945, M. P. Drs. YESID RAMÍREZ BASTIDAS y JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA (reiterada en decisión del 1º de diciembre de 2009, radicado 32724, M.P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO)

V. La Ley 975 de 2004 no se aplica a delitos políticos:

Es cierto que en el texto sancionado y promulgado de la Ley 975 de 2005 se había previsto que los comportamientos desarrollados por los miembros de los grupos paramilitares o de autodefensa, que interfirieran con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal, debían ser considerados como delito de sedición, es decir, como ataque al orden constitucional y legal vigente.

(...)

La citada disposición fue declarada inexecutable al encontrar el Tribunal Constitucional vicios de procedimiento en su formación.

(...)

Si bien en la misma sentencia de control de constitucionalidad se dijo que a las decisiones tomadas se les aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, y se advirtió que la providencia carecía de efectos retroactivos, las razones de todo orden que impiden la reclamada aplicación del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, se exponen conforme a la siguiente secuencia:

(...)

El artículo 71 de la Ley 975 de 2005 materialmente es una norma contraria a la Constitución Política porque asimila indebidamente los delitos comunes con los delitos políticos. Tal presupuesto desconoce no sólo los fundamentos que guían la actuación de ambas clases de delincuentes sino los postulados de la Carta que permiten un trato diferente entre unos y otros.

(...)

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha consignado que el delito político tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden, resultando un imposible jurídico predicar de tales conductas su adecuación al delito de concierto para delinquir.

(...)

6. Los delitos cometidos por personas vinculadas a grupos paramilitares, como es el caso de los miembros de los grupos de autodefensa que en virtud de acuerdos con el Gobierno Nacional se han desmovilizado, bajo ningún pretexto alcanzan a ser considerados como autores del punible de sedición, por cuanto tales comportamientos no pueden ser asimilados al concepto delito político.

7. Debido a que los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron ejecutados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares, pretender que una norma identifique como delito político conductas claramente señaladas como delitos comunes resulta contrario a la Constitución vigente, desconoce la jurisprudencia nacional y contradice la totalidad de doctrina nacional y extranjera.

8. De lo dicho se sigue que quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensa, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía, indulto, su extradición está permitida y, por regla general, no podrán acceder al servicio público y si llegasen a ser elegidos a alguna corporación pública se encontrarán en causal de pérdida de la investidura por subsistir la inhabilidad derivada del antecedente penal que surge de la comisión de un delito que apareja pena de prisión.

9. Es bien sabido que toda ley debe también guardar afinidad sustancial con el acervo de valores, principios, derechos y deberes que consagra la Carta Política, la cual junto con el Código Penal, la Jurisprudencia y la Doctrina nacionales y comparadas, diferencian al delincuente político del común¹⁹, de donde se desprende que al darles la Ley 975 de 2005 tratamiento punitivo similar, ataca valores superiores como la justicia, el orden justo, la seguridad ciudadana y jurídica, los fines de la pena, la resocialización del delincuente y la igualdad (por equipar a los que natural y jurídicamente son completamente distintos).

(...)

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

Aceptar que en lugar de concierto para delinquir el delito ejecutado por los miembros de los grupos paramilitares constituye la infracción punible denominada sedición, no sólo equivale a suponer que los mismos actuaron con fines altruistas y en busca del bienestar colectivo sino, y también, burlar el derecho de las víctimas y de la sociedad a que se haga justicia y que se conozca la verdad, pues finalmente los hechos podrían quedar cobijados con la impunidad⁵³ absoluta –entendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana– que se les brindaría por medio de amnistías e indultos, medidas que podrían ser tomadas a discreción del ejecutivo y el legislativo y sin posibilidad de control judicial, tornándose en un imposible la obtención de la verdad, el deber de recordar y el derecho a saber lo que realmente sucedió en el caso.

(...)

Se concluye, entonces, que a pesar de la vigencia temporal y la posibilidad de invocación favorable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, no es viable su aplicación porque: 1). La Constitución establece criterios básicos sobre lo que se debe entender por delito político; 2). Desde la teoría del delito se puede distinguir y establecer el antagonismo entre los delitos políticos y el concierto para delinquir; 3). Aceptar que el concierto para delinquir es un delito político lleva al desconocimiento de los derechos de las víctimas; y, 4). Al haber sido declarado inexecutable el precepto, no puede seguir produciendo efecto alguno hacia el futuro en el mundo jurídico⁶⁶, y cualquier juez puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad por razones de fondo para evitar su vigencia temporal antes de la declaratoria de inexecutable por razones de forma.” Resaltado de la Sala.

De este marco jurisprudencial, como puede verse, se desprende con claridad la inaplicabilidad por favorabilidad de dicha preceptiva, toda vez que era materialmente contraria a la Constitución y no existe ningún argumento válido que pueda esgrimirse en procura de legitimar la aplicación de una

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

norma que incluso antes de la *sentencia C-370 de 2006*, socavaba de manera flagrante los preceptos constitucionales basilares de un Estado Social de Derecho como el colombiano, lo que de acuerdo con el último párrafo de la jurisprudencia transcrita permite al Juez aplicar la excepción de inconstitucionalidad por *razones de fondo* de la normativa en referencia- *artículo 71 de la Ley 975 de 2005*-, incluso antes de su declaratoria de inexecutable.

En consecuencia, mal podría afirmarse que con la revocatoria de la resolución inhibitoria se hubiera desconocido el principio de confianza legítima, pues la disposición legal, por ser materialmente contraria a la norma superior, no podría sustentar ninguna expectativa de legalidad para sus destinatarios, de ahí que en su momento se hubiera optado por la revocatoria de dicho inhibitorio, al haberse fundado, se itera, en el *artículo 24 de la Ley 782 de 2002*, más cuando el mismo no constituía una decisión que hiciera tránsito a cosa juzgada.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el *canon 328 de la Ley 600 de 2000*, no solamente autoriza a la Fiscalía revocar de oficio o a petición del denunciante la resolución inhibitoria, la cual, se reitera, no hace tránsito a cosa juzgada, sino además, a declarar abierta la instrucción por existir elementos de prueba que permitan determinar, como aquí acontece, la posible participación y responsabilidad del sindicado en el delito de concierto para delinquir agravado, más cuando el ente investigador obra en estricto cumplimiento de las facultades otorgadas en el artículo 250 de la Constitución Nacional.

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

En ese orden de ideas, no obstante haber tenido lugar la resolución inhibitoria por el delito de concierto para delinquir simple, los fundamentos de la misma fueron aquellos que equivocadamente se plantearon para equiparar dicho punible con el de sedición, por lo que la decisión de revocar la misma se encuentra totalmente ajustada a la constitución y a la ley.

En relación con el segundo problema jurídico planteado, esto es el relativo a si se aportó prueba suficiente acerca de la existencia del hecho y de la responsabilidad del procesado LUIS BERTULFO CARVAJAL, debe indicarse, inicialmente, que si bien la defensa del procesado no está habilitada legalmente para discutir cuestiones de carácter probatorio, ya que su posibilidad de impugnación, por tratarse de una terminación anticipada de la actuación, se ve limitada *“a la controversia respecto de la dosificación de la pena, a los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, a la incongruencia entre lo acordado y lo resuelto y, desde luego, a la denuncia de transgresiones a las garantías fundamentales del procesado, pero en este último evento, la censura en cuanto a la vulneración de los derechos al debido proceso o a la defensa no puede involucrar cuestiones probatorias”*³, la Sala dilucidará el asunto propuesto a efectos de potenciar el derecho de defensa.

Y es que, no obstante tratarse de una aceptación unilateral de cargos, no se desconoce la obligación del juzgador de garantizar el debido proceso probatorio y, en consonancia con ello, verificar la existencia de un mínimo de prueba respecto de la ocurrencia del hecho juzgado y la responsabilidad del procesado frente al mismo, sin que ello

³Cfr. Rad. 31531, sentencia de 8 de julio de 2009.

implique un exhaustivo debate probatorio como si se tratara de un juicio ordinario, máxime que las terminaciones abreviadas del proceso están mediadas por la libre aceptación de los cargos enrostrados al justiciable. Al respecto se pronunció la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 22 de junio de 2016, radicado 46243, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, en los siguientes términos:

“A propósito de esta figura, la Corte Constitucional, en sentencia SU-1300 del 6 de diciembre de 2001, señaló que la aceptación de cargos se traduce en una confesión simple⁴, lo cual significa que tanto el Estado como el sindicato hacen renunciaciones recíprocas, pues el primero suspende su obligación de investigar y juzgar, mientras el segundo se despoja del derecho que le asiste a contar con un proceso ordinario, en donde puede ejercer la controversia probatoria y de la acusación, según el caso, todo ello con miras a lograr un justo equilibrio entre la economía procesal y la rebaja de pena compensatoria.

Empero, no se trata de una aceptación de responsabilidad penal sin prueba, pues ha de estar sustentada en elementos de convicción que la soporten y corroboren. Así, la sola manifestación del procesado no es suficiente para emitir el fallo condenatorio, pues como lo dispone el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, “no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado.”

*Con todo, el examen de los elementos de juicio en el evento de la aceptación de cargos opera de manera objetiva en tanto soporte de la confesión, **sin exigir comprobación probatoria exhaustiva, pues si así fuera no podría afirmarse que la terminación anticipada representó economía para el proceso.**” Resaltado de la Sala.*

⁴ La Corte Constitucional, expresó: **“La aceptación de los hechos obra como confesión simple.** La Corte Constitucional ha dicho que además de la aceptación por parte del sindicato de los hechos materia del proceso, éste acepta ‘la existencia de plena prueba que demuestra su responsabilidad como autor o partícipe del ilícito’”. (resaltado fuera de texto).

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

En ese orden tenemos que el procesado LUIS BERTULFO CARVAJAL aceptó, tanto en la diligencia de indagatoria como en su versión libre, el haber pertenecido al bloque Bananero de las otrora Autodefensas Unidas de Colombia (A.U.C.), desempeñándose en labores como el patrullaje, seguridad del comandante “Megateo”, la vigilancia y “*ranchar*”, confesión que se ve respaldada no sólo por su descripción coherente de la actividad que desarrollaba en dicha organización, sino los sectores específicos del Urabá antioqueño en los que se ejercía, como lo era “*Necoclí*” y “*Turbo*”, lo cual era de público conocimiento, pues el grupo tenía el control armado en toda la región, adicionalmente el mismo comandante del bloque, EVER VELOZA GARCÍA, alias “*H.H*”, en su calidad de máximo responsable, incluyó en la lista de desmovilizados a LUIS BERTULFO.

Afirma el inculcado que como miembro del Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley (GAOML), durante el tiempo de pertenencia al mismo, utilizó fusil AK 47, uniforme camuflado y por las actividades que realizaba recibía una compensación económica inicialmente de 150.000 pesos mensuales, la cual fue incrementada posteriormente a 200.000 pesos.

Como corolario de cuanto se viene de relacionar, resulta evidente que LUIS BERTULFO CARVAJAL desplegó una conducta merecedora del reproche penal, ya que sin justificación alguna hizo parte estructural de las A.U.C., organización que públicamente ha reconocido la comisión de delitos de lesa humanidad, desplazamientos forzados,

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

desaparición forzada de personas, homicidios, tráfico de estupefacientes, etc., de ahí que sí exista ese mínimo probatorio que respalde la sentencia de condena que hoy pesa en su contra.

Ahora bien, como tercer tópico a desarrollar, encontramos el pedimento de la defensa relacionado con la posibilidad de juzgar al procesado por el delito de *Concierto para delinquir simple*, lo cual constituye una propuesta tardía e inoportuna, presentada en un escenario totalmente equivocado y dirigida a cuestionar la validez de la aceptación de cargos por parte del procesado y de cara al punible del *Concierto para delinquir agravado*, lo que conlleva un abierto e inadmisibles cuestionamiento del acto del allanamiento.

Es evidente que con tal postura, desconoce el recurrente el principio de la irrevocabilidad en la materia, y en ese orden de ideas resulta absolutamente imprescindible para la Sala reiterar que en materia de allanamiento a cargos, tal como lo ha caracterizado la línea de decisión establecida en asuntos de esta índole, la aceptación de responsabilidad penal, en tanto se ha verificado como libre, espontánea y completamente informada, como aquí acontece, no es susceptible en manera alguna de retractación.

Bastaría este análisis para otorgarle plena validez a la sentencia impugnada; sin embargo, debe resaltarse que ningún fundamento serio sustenta el argumento relativo a la posibilidad de catalogarse la conducta desarrollada por el desmovilizado como *Concierto para delinquir simple*, cuando es de

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

conocimiento público que dichas estructuras paramilitares, a las cuales perteneció LUIS BERTULFO CARVAJAL como patrullero, fueron las perpetradoras de miles de homicidios, masacres, desapariciones forzadas, narcotráfico, desplazamientos forzados, entre otros.

Así las cosas, la circunstancia de agravación punitiva que se reprocha no se circunscribe a que únicamente se haya promovido u organizado la agrupación criminal, sino que se predica de las finalidades de la agrupación, mismas que, como se mencionó, involucran desplazamientos forzados, homicidios, etc., propósitos que para la fecha de la desmovilización, e inclusive actualmente, estructuraban la agravante para el delito de Concierto para delinquir.

De otro lado, no deviene aplicable el *artículo 45 de la Ley 153 de 1887*, en cuanto a que una norma que despenalice una conducta que antes era catalogada como delito daría lugar al indulto o rehabilitación, ya que la *Ley 1121 de 2006* no desapareció como reproche penal las circunstancias que estructuraban la agravante relativa a *organizar o promover grupos armados*, sino que de manera autónoma la penalizó más severamente en la adición que el aludido estatuto introdujo al *canon 345 de Código Penal*, por lo que resulta inentendible ese propósito de hacer creer que ese aspecto concreto de la agravante desapareció del mundo jurídico y, obviamente, tampoco podría imponerse una sanción por el delito de *“Administración de recursos relacionados con actividades terroristas”*, ya que no tipificaba un delito autónomo para el momento de la desmovilización del sentenciado y adicionalmente

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

su penalidad es ostensiblemente más elevada que la determinada para el delito de concierto para delinquir agravado.

En suma, al no prosperar el reproche de la defensa en relación con la agravante del delito de concierto para delinquir, ello nos lleva a abordar el cuarto aspecto atrás anunciado, destacando la Sala que lejos está de configurarse el fenómeno de prescripción de la acción penal, ya que si los efectos antijurídicos del concierto para delinquir agravado cesaron el *14 de enero de 2006*, con la desmovilización del acusado, aquélla se interrumpió oportunamente el *15 de febrero de 2017* con la formulación de cargos para sentencia anticipada, en los términos del *artículo 86, inciso 1º, del C.P.*, evidenciándose que a partir de esta última fecha aún no ha transcurrido el lapso de 6 años, equivalente a la mitad de la pena máxima prevista legalmente para el mencionado delito (*arts. 340, inc. 2º, y 86, inc. 2º, ibídem*).

Finalmente, debe indicarse que el precedente horizontal del Tribunal Superior de Medellín, aunque respetable, no es compartido por esta Sala y el mismo no constituye fuente normativa vinculante para los jueces de la misma categoría, por lo que resulta impróspero lo pretendido por la defensa del sentenciado en tal sentido.

En consecuencia, al no tener vocación de prosperidad ninguna de las pretensiones del apelante, se confirmará íntegramente el fallo emitido por el *Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia*, en contra del procesado LUIS BERTULFO CARVAJAL.

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia de fecha, naturaleza y origen indicados en precedencia, según las razones consignadas en la parte motiva.

Segundo: Contra esta decisión procede el recurso de Casación ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, el cual deberá interponerse dentro del término fijado en el *artículo 210 de la Ley 600 de 2000*.

Tercero: DEVOLVER la presente actuación al Juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Nº Interno : 2018-0442-4
Sentencia (Ley 600) - 2ª instancia.
Radicado : 05-000-31-07-002-2016-00631.
Procesado : Luis Bertulfo Carvajal.
Delito : Concierto para delinquir agravado.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:

**710543ff8ffd1e959aef2c90e595c4315d9ac8d6e57fdb4ed71c74
28d45091bf**

Documento generado en 14/05/2021 11:13:20
AM

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

Medellín, trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

N° Interno : 2021-0716-4
Recusación - Ley 906.
CUI : 05 113 60 99135 80000.
Acusado : Stiven Dayanne Mestra Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
Decisión : Declara infundada recusación

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 051

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala, de conformidad con lo preceptuado en materia de impedimentos, por el *artículo 57* de la legislación procesal penal *-Ley 906 de 2004-*, modificado por el *artículo 82, Ley 1395 de 2010*, a resolver en torno de la recusación presentada por la señora agente del Ministerio Público, coadyuvada por la Fiscalía, defensa y apoderado de la Víctima, respecto del Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, dentro del proceso adelantado contra STIVEN DAYANNE MESTRA HERNÁNDEZ, por el delito de *Acceso carnal abusivo con menor de 14 años*.

ANTECEDENTES

N° Interno : 2021-0716-4
Impedimento – Ley 906.
CUI : 05 113 60 99135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra
Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con
menor de 14 años

El 7 de abril de 2021, antes de continuar con la realización de audiencia preparatoria, expuso la señora agente del Ministerio Público que en anterior oportunidad, 24 de julio de 2020, en esta misma fase procesal, la defensa solicitó al juez la preclusión del proceso, por inexistencia del hecho investigado, oportunidad en la cual, existió por parte del fallador un análisis que lo llevó a denegar dicha postulación, de ahí que impere apartarse de estas diligencias, al tenor del artículo 56 numeral 14º de la ley 906 de 2004.

Al respecto, la delegada fiscal, defensa y apoderado de la víctima, consideraron que le asiste razón a la interviniente.

Por su parte, el señor *Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia*, consideró que al tenor del artículo 56 de la ley 906 de 2004, numeral 14, en su decisión denegatoria de la solicitud de preclusión, aludió a la existencia de una epicrisis en la cual se da cuenta de la existencia del hecho, elemento analizado en conjunto con otros allegados por la defensa.

De ahí que concluyera, no fue solamente constatar lo advertido en la epicrisis, sino que su decisión fue producto de una valoración integral que lo llevó como juez a negar la solicitud de preclusión, por la ausencia de argumentos de la defensa para terminar en forma anticipada el proceso. En efecto, dispuso la remisión del proceso a su homólogo en el municipio de

N° Interno : 2021-0716-4
Impedimento – Ley 906.
CUI : 05 113 60 99135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra
Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con
menor de 14 años

Sopetrán.

Por su parte, el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia*, se mostró en absoluto disenso con la declaratoria de impedimento emitida por su homólogo, bajo consideración que el funcionario de origen no especificó las razones por las cuales su imparcialidad, su ecuanimidad, su independencia o su equilibrio podrían afectarse.

Adujo que el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe en la audiencia del 7 de abril de 2021, manifestó de manera general que hizo una valoración probatoria de los elementos allegados por la defensa, centrándose en la epicrisis de la historia clínica de la presunta menor víctima, elemento que en su sentir devela la existencia del hecho, sin embargo, no se advierte una postura anticipada de su homólogo sobre la ejecución de la conducta punible investigada, atribuible al procesado.

En esa medida, refiere, el funcionario judicial descartó la causal de preclusión alegada considerando elementos meramente objetivos, limitándose a constatar con la referida epicrisis la ocurrencia en el mundo fenomenológico de un hecho, pero sin una valoración profunda del mencionado elemento, como tampoco un análisis siquiera somero de los demás elementos probatorios en esa oportunidad, tanto de los aportados por la defensa como de la fiscalía.

Además recordó el funcionario judicial que el mismo juez recusado, en la aludida actuación procesal recabó en

N° Interno : 2021-0716-4
Impedimento – Ley 906.
CUI : 05 113 60 99135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra
Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con
menor de 14 años

que las contradicciones a las cuales alude la defensa, en que incurriera la menor de edad, serán objeto de discusión en sede de juicio oral.

En razón de lo anterior, el señor *Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán – Antioquia*, no aceptó la recusación esgrimida en contra del señor *Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia*, por la agente del Ministerio Público, ordenando remitir el expediente a esta Corporación para lo pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En orden a resolver lo pertinente, es necesario precisar que respecto al instituto de los impedimentos y recusaciones, la jurisprudencia patria de antaño, ha sostenido que su razón de ser estriba en la necesidad de garantizar la absoluta transparencia, así como una total imparcialidad de la función jurisdiccional, buscando que el ciudadano pueda albergar la seguridad de que los jueces son ajenos a cualquier interés que enturbie el objetivo de una recta y cumplida justicia, por lo que con su consagración se busca evitar que circunstancias extraprocesales eventualmente incidan en la resolución del asunto, o bien, generen explicables suspicacias sobre el comportamiento del Juez.

Empero, también es evidente que el impedimento

N° Interno : 2021-0716-4
Impedimento – Ley 906.
CUI : 05 113 60 99135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra
Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con
menor de 14 años

o bien, la recusación, está informado de unos claros y precisos límites, enderezados a evitar que en forma infundada e ilegítima, se sustraiga el funcionario judicial del cumplimiento del deber que constitucional y legalmente ha asumido desde el acto de toma de posesión del cargo, linderos que no son otros que la exigencia de que toda circunstancia que impida conocer del asunto a un funcionario, debe constar en norma expresa, lo que comúnmente se ha conocido como principio de taxatividad, el cual, igualmente, resulta pregonable frente a las causales de recusación.

Debe la Sala en esta oportunidad decidir si efectivamente el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, se encuentra incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 14° del artículo 56 de la ley 906 de 2004:

“Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.”

En punto a la causal alegada, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha precisado que no en todo evento en el que se niegue la preclusión confluye de manera automática la causal en comento –Art. 56.14-, sino que es menester analizar el caso concreto a fin de determinar si la imparcialidad e independencia del Juez con la decisión preclusoria se ha visto comprometida. Al respecto, la aludida Colegiatura señaló¹:

“Ahora bien, en la providencia por medio de la cual los Magistrados manifiestan su impedimento refieren a un

¹ Ver proceso 29818, Mayo 22 de 2008, M.P. María del Rosario González de Lemos

N° Interno : 2021-0716-4
Impedimento – Ley 906.
CUI : 05 113 60 99135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra
Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con
menor de 14 años

antecedente de la Sala (auto del 29 de agosto de 2006, rad. 25775), quizá con el objeto de evidenciar que en todo caso en que el funcionario judicial haya negado una preclusión de investigación automáticamente se erige el motivo de impedimento previsto en el numeral 14 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, desconociendo con ello que, tanto en esa providencia, como en la jurisprudencia pacífica y reiterada sobre el punto, se ha considerado lo contrario, esto es, que una tal consideración siempre dependerá de si con esa determinación se compromete o no la independencia o imparcialidad del funcionario. Así pues, debe analizarse cada caso en forma individual.”

El mismo criterio ha sido retomado por la misma Corporación en providencias ulteriores, por ejemplo, el 13 de junio de 2018, bajo radicado 52774, expuso:

«[E]l motivo de impedimento no surge automático del sólo hecho de que el juez o corporación hayan intervenido en la decisión anterior de preclusión, pues, se hace menester consultar no sólo el tipo de intervención realizado, de cara a la nueva decisión o participación de la cual buscan apartarse, sino la teleología del instituto, para, finalmente, verificar si objetiva y materialmente se pone en tela de juicio la imparcialidad y neutralidad de los funcionarios o la confianza de la comunidad en la administración de justicia». (Subrayado de la Sala)

De allí que, en criterio pacífico sostenido por la Corte, no es necesario apartar a un funcionario del conocimiento de un proceso, en aquellos eventos en los cuales:

«(i) no [se] ha llevado a cabo valoración alguna de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información relacionada con el caso, y (ii) no [existe pronunciamiento] respecto de los hechos objeto de juzgamiento; pues frente a estas situaciones no se advierte por qué podría originarse en el juez algún prejuicio que vicie su ecuanimidad, máxime si tampoco el líbello del impedimento da cuenta de ello».

Por lo expuesto, en la oportunidad ya indicada se

N° Interno : 2021-0716-4
Impedimento – Ley 906.
CUI : 05 113 60 99135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra
Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con
menor de 14 años

concluyó por parte de la máxima instancia que:

“(..). 3. En el caso concreto, la postulación de ese impedimento surge infundada desde dos perspectivas diferentes.

En primer lugar, porque no se exponen y tampoco se advierten las razones por las cuales el conocimiento en sede de segunda instancia de la solicitud de preclusión formulada por la defensa puede afectar su imparcialidad para resolver sobre el impedimento manifestado por la funcionaria del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali; cuando ello no exige más que la verificación sobre la configuración o no de uno de los supuestos descritos en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

Y de otro lado, porque los integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en manera alguna comprometieron su objetividad al resolver esa apelación.”

De allí entonces que sea necesario estudiar en el presente asunto si el juez que es recusado al momento de resolver negativamente la solicitud de preclusión sometida a su conocimiento por parte de la defensa, comprometió de alguna manera su imparcialidad e independencia para poder abordar la fase del juicio en el *sub examine*.

En ese orden, se observa que el acto de recusación de las partes e interviniente, como la aquiescencia frente a esa declaración por parte del Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, no cuentan con una carga argumentativa suficiente que permita sopesar las razones que tuvieron en su momento para invocar la causal de impedimento contemplada en el artículo 56 de la ley procesal penal.

En su lugar, le asiste razón al Juzgado

N° Interno : 2021-0716-4
Impedimento – Ley 906.
CUI : 05 113 60 99135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra
Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con
menor de 14 años

Promiscuo del Circuito de Sopetrán cuando sostiene que el aludido funcionario en sede de preclusión, se limitó a contradecir la configuración de la causal 3º del artículo 332 invocada por la defensa buscando la terminación del proceso en contra de su prohijado, argumentando que los elementos exhibidos como la epicrisis realizada a la presunta víctima, daban cuenta de la ocurrencia de un hecho de acceso carnal desplegado en una niña de 11 años, pero sin referirse a la responsabilidad penal que hubiera podido atribuirse respecto de ese suceso al señor Stiven Dayanne Mestra Hernández; por el contrario, dejó sumamente claro que ese tema en particular sería objeto de debate en juicio oral, que no en la audiencia de preclusión habilitada en esa oportunidad.

En esas condiciones no existe una razón válida que permita Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, apartarse del caso, ello por cuanto al ser analizado el audio de la audiencia de solicitud de preclusión del 24 de julio de 2020, en que el funcionario exterioriza los fundamentos sobre los cuales decide resolver en forma desfavorable lo pedido, no emerge discusión alguna en torno a que en momento alguno hubiese emitido juicios de valor que dieran al traste con la posición ecúanime en que debe permanecer el fallador, más cuando en su decisión sobre la preclusión, tuvo claro en todo momento que la relación entre los elementos probatorios allegados y el señor Stiven Dayanne, sería tema a dilucidar en la etapa del debate probatorio.

Insístase, lo argumentando por él, en esencia,

N° Interno : 2021-0716-4
Impedimento – Ley 906.
CUI : 05 113 60 99135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra
Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con
menor de 14 años

es que la causal esgrimida –*Artículo 332 numeral 6° del C.P.P.*- no se había configurado, toda vez que para el efecto era necesario demostrar la no materialización del hecho investigado, es decir, que no hubiera ocurrido un acceso carnal en una persona menor de 14 años, pero la realidad fue otra, es decir, que objetivamente se ha demostrado que ello sí tuvo lugar conforme a la epicrisis elaborada por un profesional de la salud; apreciación que en nada pugna con los deberes a asumir por el funcionario judicial en desarrollo del juicio oral, como quiera que no trasciende al tema de la responsabilidad o no, que frente al hecho pudiera tener el procesado.

En otras palabras, es fácil concluir que el análisis efectuado por el juez de la instancia en atención a la preclusión rechazada, se contrajo única y exclusivamente a constatar que la causal preclusiva pretendida no se había estructurado, sin que hubiera realizado examen alguno acerca del fondo del asunto, esto es, respecto de la responsabilidad del imputado, o de algún tema que pudiera comprometer su independencia e imparcialidad.

Por ende, estima la Sala que los argumentos expuestos por los recusantes son insuficientes para sustentar de manera fundada la necesidad de apartar al funcionario del conocimiento del caso a estudio.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO ACEPTA** la recusación planteada por la señora

N° Interno : 2021-0716-4
Impedimento – Ley 906.
CUI : 05 113 60 99135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra
Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con
menor de 14 años

agente del Ministerio Público, coadyuvada por las demás partes e intervinientes, respecto del Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, en el proceso penal que por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años se adelanta en contra del señor STIVEN DAYANNE MESTRA HERNÁNDEZ, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

En consecuencia, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se remita la carpeta contentiva de las diligencias al **JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SANTA FE DE ANTIOQUIA**, para que continúe con su conocimiento.

Por último, **SE SIGNIFICA** que frente a la presente decisión no procede recurso alguno.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

**Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO**

**Firma electrónica
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

**Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Firmado Por:

N° Interno : 2021-0716-4
Impedimento – Ley 906.
CUI : 05 113 60 99135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra
Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con
menor de 14 años

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

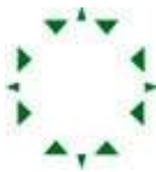
GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA

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

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

Código de verificación:
cb462c451fcd1d7c7d38294aa0ff38fdc77b86d8206c451ec5b4a834c
d23dc9e

Documento generado en 14/05/2021 03:59:38 PM



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 62

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Ely Diana Gómez Ramírez
Afectada	Julia Edilma Gómez Ramírez
Accionado	AFP COLPENSIONES Y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA
Tema	Trámite, pago de pensión de invalidez
Radicado	056153104003202100026 (N.I. TSA 2021-0646-5)
Decisión	Nulidad

ASUNTO

Decidir el recurso de impugnación interpuesto por ELY DIANA GOMEZ RAMIREZ quien actúa como agente oficiosa de su hermana JULIA EDILMA GOMEZ RAMIREZ, contra la decisión proferida el 16 de abril de 2021 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), que declaró improcedente la acción de tutela por hecho superado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Expresó la accionante que su hermana JULIA EDILMA GOMEZ RAMIREZ fue notificada el 15 de julio de 2020 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, de su dictamen de pérdida de la capacidad laboral del 50%. Le informaron que el fondo de pensiones COLPENSIONES apeló el dictamen, por lo que debía esperar la respuesta del recurso.

El 25 de noviembre de 2020, presentó solicitud ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, requiriendo la constancia del recurso de apelación interpuesto por la A.F.P. COLPENSIONES. En respuesta, la entidad señaló que la A.F.P. COLPENSIONES interpuso el recurso contra el dictamen de pérdida de capacidad laboral el 21 de septiembre de 2020. El recurso no se interpuso dentro del término de 10 días con que contaba COLPENSIONES para el efecto.

Solicitó a la A.F.P. COLPENSIONES a través de PQR realizar el pago de los honorarios para dar trámite al recurso de apelación interpuesto por la misma entidad. Le respondieron que el 7 de diciembre de 2020 se había realizado el pago de honorarios ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

El 1 de marzo de 2021 solicitó al fondo de pensiones COLPENSIONES, hacer todo lo pertinente para que la señora JULIA EDILMA GOMEZ RAMIREZ pueda acceder a la pensión de invalidez que le corresponde según el dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 50%. La entidad respondió el 09 de marzo de 2021, que debía diligenciar y radicar en un punto de atención de COLPENSIONES unos documentos entre los que se encuentra la constancia de ejecutoria del dictamen de pérdida de capacidad laboral. Este documento fue solicitado a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, obteniéndose como respuesta, que no se podía continuar con el

proceso mientras la A.F.P. COLPENSIONES no realizara el pago de honorarios y enviara el soporte de pago.

Concluye la actora, que, debido a las dilaciones del proceso por parte de las entidades accionadas, su hermana no ha podido gozar del derecho pensional que le asiste por su condición de salud.

2. El Juzgado de primera instancia, declaró improcedente la acción constitucional por carencia actual de objeto por hecho superado.

Para ello manifestó que de acuerdo con las constancias aportadas al trámite de tutela por la parte accionada, desde el pasado 7 de abril de 2021, se radicó el expediente virtual de la señora JULIA EDILMA en el aplicativo de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, a fin de que sea resuelto el recurso de apelación interpuesto por la AFP COLPENSIONES, respetando así el debido proceso que debe agotarse para lograr la ejecutoria del dictamen de pérdida de capacidad laboral de la afectada, requisito necesario para que ésta aporte toda la documentación requerida para lograr su pensión, la cual deberá diligenciarse ante las oficinas de su AFP una vez se tenga el dictamen ejecutoriado.

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido en primera instancia fue impugnado por la accionante en los siguientes términos:

1. Solicita se revise el fallo de primera instancia por carecer de las condiciones necesarias para garantizar los derechos fundamentales que le han sido vulnerados a su hermana JULIA EDILMA GOMEZ RAMIREZ. La afectada tiene un diagnóstico de cáncer de colon, con colostomía permanente y se encuentra en tratamiento con quimioterapias. Se le ha vulnerado el

Tutela segunda instancia

Accionante: Ely Diana Gómez Ramírez

Accionado: COLPENSIONES y otro

Radicado: 056153104003202100026

(N.I. TSA 2021-0646-5)

derecho a la pensión, el derecho al mínimo vital, a la igualdad ante la ley, al derecho de petición y demás derechos asociados.

2. A pesar de ser evidente la dilación al trámite de la pensión de la señora JULIA EDILMA GOMEZ RAMIREZ por parte de las entidades, A.F.P. COLPENSIONES y la Junta Regional de calificación de Invalidez, no hay ninguna consecuencia para estas entidades.
3. No se entregó la constancia solicitada del recurso de apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ni el pago de los honorarios correspondientes para continuar el trámite del recurso interpuesto por el fondo de pensiones, vulnerando el derecho al debido proceso y a la igualdad.
4. Al realizar la consulta en la página oficial de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, no se observa ningún proceso que vincule a la señora JULIA EDILMA GOMEZ RAMIREZ.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sería del caso decidir la impugnación interpuesta por la accionante contra la decisión proferida dentro del presente asunto, sino fuera porque se observa que, durante el trámite y decisión de esta acción de tutela se incurrió en una irregularidad sustancial que afecta de nulidad la actuación surtida.

Lo anterior se debe a que era necesario vincular a estas diligencias a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Según advirtió la parte impugnante, al consultar en la página oficial de la Junta Nacional de

Tutela segunda instancia

Accionante: Ely Diana Gómez Ramírez

Accionado: COLPENSIONES y otro

Radicado: 056153104003202100026

(N.I. TSA 2021-0646-5)

Calificación de Invalidez, no se observa ningún proceso que vincule a la señora JULIA EDILMA GOMEZ RAMIREZ. Además, no hay constancia de que se haya realizado el pago de los honorarios para el trámite del recurso de apelación.

Por su parte, en la respuesta brindada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia se afirma que:

“La AFP Colpensiones cumplió con la obligación de pagar y acreditar los honorarios para el proceso de calificación en segunda instancia ante la Junta Nacional, consecuencia de lo anterior, la Junta Regional el día 07 de abril de 2021 radicó en el aplicativo de la Junta Nacional el expediente de la señora JULIA EDILMA GOMEZ RAMIREZ.

Esta entidad no cuenta con el soporte de pago por parte de la AFP Colpensiones porque como ya se indicó anteriormente, los honorarios se pagan a la entidad que va a realizar el proceso de calificación, en esta oportunidad, a la Junta Nacional, la cual tiene la obligación de resolver las inconformidades incoadas en el recurso.

Por motivo de la contingencia provocada por el COVID-19 los expedientes se están radicando de forma virtual en el aplicativo creado por la Junta Nacional, es por ello que como prueba únicamente se adjunta el pantallazo de radicación, si el juzgado requiere comprobante de pago deberá requerir a la Junta Nacional”.

De modo que la vinculación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez era indispensable para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción en caso de resultar afectada con la decisión.

Con respecto al tema, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional en Auto No. 132A de 2007, indicó:

“Por ende, puede decirse que la falta u omisión en la notificación de las decisiones proferidas en el trámite de una acción de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo en la misma, surge como una irregularidad que no sólo vulnera el debido proceso, sino que puede llegar a constituirse en una verdadera denegación de justicia, a más de comprometer otros derechos de quienes no pudieron intervenir en el trámite de la misma por desconocimiento de tal actuación judicial. Por ello, cuando la providencia con la cual se admite una acción de tutela y se da inicio al trámite de la misma, deja de notificarse a las partes o terceros con interés legítimo, implica que quienes no fueron notificados, no tienen la posibilidad de intervenir en la misma,

Tutela segunda instancia

Accionante: Ely Diana Gómez Ramírez

Accionado: COLPENSIONES y otro

Radicado: 056153104003202100026

(N.I. TSA 2021-0646-5)

desconociéndoseles el debido proceso y de paso, pudiendo afectar otros derechos fundamentales cuya afectación podría suponer una clara violación de los mismos.

“Cuando se presenta la situación anteriormente descrita, se configura una causal de nulidad de lo actuado, con la consecuente necesidad de reiniciar toda la actuación, previa integración del contradictorio por parte del juez, para notificar la actuación a todas las partes, así como a los terceros con interés legítimo en el proceso. Ciertamente, de esta manera se asegura el pleno ejercicio de derecho de defensa por cuenta de todos los intervinientes en el proceso, asegurándose así la posibilidad de proferir una sentencia de fondo con plena capacidad para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante como violados”.

Por ahora, entonces, esta Sala no se pronunciará en torno a la apelación propuesta por la parte recurrente, pues no hay duda de que el juez incurrió en la irregularidad prevista en el artículo 133 numeral 8 del Código General del Proceso, por falta de debida integración del contradictorio como parte esencial del debido proceso y el derecho a la defensa.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del trámite constitucional realizado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.) en la presente acción de tutela, por la falta de vinculación de una de las

partes interesadas, esto es, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

SEGUNDO: Remítase el expediente al Juzgado de origen, para que subsane la irregularidad advertida a partir del auto que admitió la demanda de tutela, dejando a salvo las pruebas practicadas y aportadas a la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

RENE MOLINA CARDENAS

MAGISTRADO

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

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

MAGISTRADO

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

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA

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:

8adf0f504a397ce63d7e1c1b688dcdb55ea2c49459d252a00a9cac586182fbe3

Documento generado en 14/05/2021 10:32:13 AM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050002204000202100254 **NI:** 2021-0677-6
Accionante: OMAR ALEXANDER ARROYAVE MUNERA
Accionados: JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE
ANTIOQUIA Y OTROS
Decisión: Niega
Aprobado Acta No. 84 del 14 de mayo del 2021
Sala No.: 06

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, mayo catorce de de dos mil veintiuno del año dos mil veintiuno

V I S T O S

El señor Omar Alexander Arroyave Munera solicitó protección Constitucional a sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por parte del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

LA DEMANDA

Manifiesta el señor Omar Alexander Arroyave Munera en su escrito de tutela, que se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario de Santa Rosa de Osos, que cumple con la totalidad de los requisitos para obtener el beneficio liberatorio, pues hasta la fecha ha descontado el 70% de la pena impuesta y que su conducta en el penal es ejemplar.

Como pretensión constitucional insta se le tutelen sus derechos fundamentales y se le otorgue la libertad.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la demanda el pasado 03 de mayo de la presente anualidad, se ordenó notificar al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, así mismo se dispuso la vinculación del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santa Rosa de Osos (Antioquia), Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, y del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

La asesora jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santa Rosa de Osos por medio de oficio calendado el 04 de mayo de 2021, se pronunció respecto de los hechos esgrimidos por el accionante en el escrito de tutela manifestando que por medio de auto calendado el 08 de septiembre de 2020 el juzgado ejecutor negó la libertad condicional al señor Arroyave Munera; así mismo, el 07 de enero de 2021 remitió al juzgado que vigila la pena nueva solicitud de libertad condicional, el 08 de enero de 2021 el juzgado negó de plano dicho pedimento, argumentando que consta en el auto del mes de septiembre de 2020 las razones legales para negar el beneficio.

Por último, solicita se desvincule al establecimiento penitenciario del presente trámite, adjunta copia de las dos solicitudes presentadas ante el juzgado ejecutor con los documentos adjuntos.

El Dr. German Jaramillo Londoño Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por medio de oficio 1187 del 04 de mayo de 2021, señaló que ese juzgado vigila al accionante la pena de 49 meses de prisión impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en sentencia del día 21 de junio de 2019, tras hallarlo responsable de las conductas punibles de Concierto para Delinquir y Tráfico de Estupefacientes.

Que mediante auto interlocutorio número 1946 del 08 de septiembre de 2020, negó al demandante el subrogado de la libertad condicional principalmente

por el análisis de la gravedad de la conducta, considerando que debe continuar en su proceso de resocialización en el centro carcelario, decisión frente a la cual no se interpusieron recursos. Que posteriormente recibió solicitud de libertad condicional con los mismos elementos de hecho y de derecho de la decidida en el mes de septiembre de 2020, y por medio de auto número 0012 del 08 de enero de 2021 negó de plano la petición.

Que si bien es cierto que el demandante ha descontado las 3/5 partes de la pena impuesta, se negó la solicitud por la valoración de la gravedad de la conducta punible y en cumplimiento de los fines de la pena.

Dentro de ese orden de ideas, indica que resulta improcedente lo pretendido dentro de la acción de tutela que interpone el señor Arroyave Munera, por cuanto en el presente caso no se puede utilizar como una tercera instancia o un mecanismo alternativo de los procedimientos ordinarios, igualmente ante la ausencia de vulneración de derechos fundamentales.

El Dr. Jaime Alberto Nanclares Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia por medio de oficio número 0459 del 07 de mayo de 2021, manifestó que una vez auscultados los archivos del juzgado y el sistema de gestión, constató que no conoce ni ha conocido de las diligencias penales seguidas en disfavor del señor Arroyave Munera.

El Dr. Jaime Herrera Niño Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia en oficio N° 080-2021 del día 11 de mayo de 2021, indicó que por medio de la sentencia calendada el día 21 de junio de 2019 condenó al señor Omar Alexander Arroyave Munera a la pena principal de 49 meses de prisión, tras hallarlo penalmente responsable de las conductas punibles de Concierto para Delinquir Agravado y Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, sin suspensión condicional de la ejecución de la pena ni prisión domiciliaria.

Que posteriormente y de manera oportuna ordenó la remisión del expediente para lo de su cargo al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas

de Antioquia. Asegura que no tiene solicitudes de prisión domiciliaria ni libertad condicional a nombre del demandante pendientes por resolver en segunda instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

2. Solicitud de amparo

El señor Omar Alexander Arroyave Munera, solicita el amparo Constitucional de sus derechos constitucionales, presuntamente vulnerados por parte del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, pretendiendo por este mecanismo se le otorgue la libertad.

Naturaleza de la acción

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

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un

proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del caso concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Ahora bien, se extracta de la petición constitucional que eleva el señor Omar Alexander Arroyave Munera quien protesta ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Antioquia, con el fin de que se le conceda la libertad, pues en su sentir cumple con todos los requisitos legales para que le otorgue el beneficio liberatorio.

Así las cosas, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional.

La acción de tutela fue creada para que toda persona puede reclamar ante los jueces de la República en todo momento y lugar, bajo un procedimiento

preferente y sumario la protección de los derechos fundamentales que consideren vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, no obstante, se debe de cumplir con los siguientes requisitos: (I) legitimación en la causa por activa; (II) trascendencia iusfundamental del asunto; (III) subsidiariedad; e (IV) inmediatez.

En cuanto al carácter subsidiario de la acción de tutela, al efecto y conforme al requisito de la *subsidiariedad*, el cual se establece cuando el accionante para la protección de sus derechos fundamentales no dispone de otro medio de defensa judicial, a no ser, que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; pues al existir otros medios judiciales idóneos y eficaces para la protección de esos derechos, este requisito se desvanece. Consecuente con lo anterior, un medio judicial es idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales.

Conforme a lo anterior, se debe de establecer que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para propender por su libertad, en su lugar debe de acudir ante el Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, despacho judicial que le vigila la pena impuesta, para que después de un tiempo estudie de nuevo su caso bajo las variables ocasionadas durante el lapso transcurrido.

Por su parte el juzgado executor informó que por medio de los autos interlocutorios 1946 del 08 de septiembre de 2020 y 0012 del 08 de enero de 2021, negó al accionante la solicitud de libertad condicional; ahora, una vez analizada la providencia que negó el beneficio de la libertad condicional al sentenciado, se advierte que esta no solo se ocupó de la grave entidad de los delitos por los cuales fue condenado, pues éste pertenecía a un grupo ilegal encargado del tráfico de estupefacientes en el municipio de San Pedro de los Milagros, bajo órdenes de la organización delictiva el clan del golfo; sino que también se dedicó a analizar elementos tales como el comportamiento del individuo frente a las normas que regulan la sana convivencia ciudadana y de

la protección de la comunidad de nuevas conductas delictivas “(*prevención especial y general*)”.

En consecuencia, el estudio de la libertad pretendida por el señor Arroyave Munera, no resulta posible mediante el mecanismo excepcional de la acción de tutela, pues esta acción fue instituida por el constituyente como un mecanismo excepcional, lo que quiere decir que no fue creada como un mecanismo sustituto de los demás procedimientos establecidos para cada actuación, o que esta sea considerada como una tercera instancia a la que se pueda acudir para dejar sin piso decisiones tomadas en el desarrollo normal de cualquier proceso. Maxime si frente al auto que le fue notificado en el mes de septiembre de 2020 no interpuso los recursos de ley, lo que denota que se encontraba conforme con la determinación.

En consecuencia, el amparo incoado por el señor Arroyave Munera, no es procedente, pues se insiste, el Juez de Tutela no puede soslayar las competencias asignadas a las diferentes autoridades judiciales. Conforme con ello, es evidente que el amparo deberá negarse por improcedente.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la solicitud de amparo elevada por el sentenciado Omar Alexander Arroyave Munera, en contra del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado y el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, ambos de Antioquia; de conformidad con las consideraciones plasmadas en precedencia.

SEGUNDO: Desvincular de esta acción de amparo, al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santa Rosa de Osos (Antioquia) y al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

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

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

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:
d2f66866cad801b1d67ef37505f5bd29db667f395164df2f07ccab5bb8798876

Documento generado en 14/05/2021 09:44:06 AM