

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 124

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

| Radicado Interno | Tipo de Proceso | Accionante/Solicitante DELITO | Accionado / Acusado | Decisión | Fecha de decisión |
|------------------|------------------------|--|--|--------------------------------|-------------------|
| 2019-1267-5 | Sentencia 2ª instancia | actos sexuales con menor de 14 años | Luis Arley Rodríguez Góez | Confirma fallo de 1ª instancia | Julio 23 de 2021 |
| 2021-0349-3 | Sentencia 2ª instancia | abuso de confianza | John Eduardo Flórez Moncada | Confirma fallo de 1ª instancia | Julio 23 de 2021 |
| 2021-0833-1 | Sentencia 2ª instancia | trafico, fabricación o porte de estupefacientes | JHOYNNER DAVID ARIAS DE LA ROSA | Confirma fallo de 1ª instancia | Julio 23 de 2021 |
| 2021-0337-3 | Sentencia 2ª instancia | extorsión tentada | Johanna Milena Álzate López | Confirma fallo de 1ª instancia | Julio 23 de 2021 |
| 2017-2291-1 | Sentencia 2ª instancia | actos sexuales con menor de 14 años | DIEGO CÓRDOBA SALAZAR | Confirma fallo de 1ª instancia | Julio 23 de 2021 |
| 2021-1044-1 | Tutela 1ª instancia | GERARDO DE JESÚS VILLADA GARCÍA | JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE TÁMESIS Y OTROS | Niega por improcedente | Julio 23 de 2021 |
| 2021-0970-1 | Tutela 2ª instancia | DANIELA ALEJANDRA LOPERA LOPERA | INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y OTROS | Confirma fallo de 1ª instancia | Julio 23 de 2021 |
| 2020-0934-2 | auto ley 906 | Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego | JOSÉ ALBERTO RODRIGUEZ ESCOBAR | concede recurso de casación | Julio 23 de 2021 |
| 2020-0943-2 | Sentencia 2ª instancia | concierto para delinquir y otros | BERNARDO IVÁN VELASQUEZ SILVA | Confirma fallo de 1ª instancia | Julio 22 de 2021 |
| 2021-1043-3 | Tutela 1ª instancia | Daniel Ruiz Pantoja | Juzgado 2º Penal del Circuito de Rionegro y otro | concede amparo solicitado | Julio 22 de 2021 |
| 2021-0922-3 | auto ley 906 | trafico, fabricación o porte de estupefacientes | Mónica María Callejas Gómez | confirma auto de 1ª instancia | Julio 23 de 2021 |
| 2021-1117-3 | Tutela 1ª instancia | Ricardo Alonso Gutiérrez Vanegas | . | inadmite acción de tutela | Julio 23 de 2021 |
| 2018-1732-4 | Sentencia 2ª instancia | Lesiones personales dolosas | Yenifer Hernández Moreno | Confirma fallo de 1ª instancia | Julio 23 de 2021 |

| | | | | | |
|-------------|---------------------|------------------------------------|--------------------------------------|-----------------|------------------|
| 2021-0992-6 | Consulta a desacato | BLANCA ESTELLA CARDONA QUINTANA | dirección General de Sanidad Militar | DECRETA NULIDAD | Julio 23 de 2021 |
|-------------|---------------------|------------------------------------|--------------------------------------|-----------------|------------------|

FIJADO, HOY 26 DE JULIO DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, veintitrés (23) de julio dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 89 del 12 de julio de 2021

| | |
|------------------|---|
| Proceso | Penal |
| Instancia | Segunda |
| Apelante | Fiscalía |
| Tema | Valoración probatoria - estándar de prueba para condenar - prueba de referencia |
| Radicado | 05-284-61-00239-2016-80023 (N.I. TSA 2019-1267-5) |
| Decisión | Confirma |

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino - Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P., ley 906 de 2004.

HECHOS

Según la fiscalía: En un día del mes de marzo del año 2014, cerca al hospital de Frontino – Antioquia, LUIS ARLEY RODRÍGUEZ GÓEZ acompañó al niño Y.A.S.V., de aproximadamente 5 años de edad, a comprar unos dulces, pero en el camino dicho sujeto le bajó los pantalones al menor y practicó sexo oral.

LA SENTENCIA

El 6 de agosto de 2019, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia absolutoria en favor de RODRÍGUEZ GÓEZ frente al delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P., para soportar su decisión adujo esencialmente que:

Mónica Alejandra Valle Tuberquia, madre del menor víctima, presentó un testimonio que genera dudas sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del delito. No es razonable que demorara cerca de dos años para denunciar los hechos, y que no lo hiciera de manera voluntaria. No permitió que el menor testificara, y se mostró reacia a hacerlo ella. Tiene un prejuicio contra el acusado por sus antecedentes en delitos similares, o resentimiento por la relación que sostiene aquel con su progenitora, y por ello denunció falazmente manipulando al menor. Además, su versión de los hechos en juicio es contradictoria con la ofrecida en la denuncia.

Y.A.S.V. no asistió a debate oral, sus versiones previas, entregadas con la madre y el policía judicial que recibió la denuncia, constituyen pruebas de referencia inadmisibles. Aun así, la Juez sostiene que el menor no fue consistente en su señalamiento.

Martha Cecilia Valle Tuberquia, abuela materna del menor, y compañera sentimental del procesado, adujo no tener conocimiento directo del abuso, ni haber recibido noticias alguna de comportamientos de tal tipo por parte del acusado. Resulta paradójico que esta testigo no corroborara el relato incriminador de su nieto, y es poco probable que no se enterara del hecho.

La médica Daniela Valencia Gallego, quien valoró a Y.A. el 22 de junio del año 2016, entregó una versión de los hechos jurídicamente relevantes que no es consistente con las entregadas por Mónica Alejandra Valle Tuberquia y Jaime Ricardo Cepeda Muriel.

La psicóloga Sara Alejandra Cardona Gutiérrez, quien entrevistó al menor el 14 de mayo del año 2016, da credibilidad al relato incriminador, pero esta versión no se corresponde con las demás que se aportaron en juicio. Y.A.S.V. le manifestó a la profesional que no recordaba bien los hechos, cuando en este tipo de situaciones traumáticas son de fácil recordación para las víctimas, situación de la cual se infiere su manipulación.

La prueba pericial no es concluyente, no da cuenta de hallazgos concretos que incriminen al acusado. Las dos profesionales señalaron que el relato aportado por la madre del niño les sirvió para sus conclusiones.

La información otorgada por el policía judicial Jaime Ricardo Cepeda Muriel, la abuela y la madre del niño, dan cuenta de una relación problemática entre las hijas de Martha Cecilia y LUIS ARLEY, lo cual pudo llevar a una falsa denuncia, o alienación parental. Así que la tesis defensiva no pueden ser descartada con las pruebas practicadas.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, la fiscalía presentó y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la sentencia y la consecuente condena del acusado. Soporta su pretensión de la siguiente manera:

- Contrario a lo dicho por la Juez, es posible corroborar la ocurrencia de los hechos con las pruebas practicadas, en especial los testimonios de Mónica Alejandra Valle Tuberquia, mamá de Y.A., y la médica.
- La madre del niño quiso aminorar la importancia de los hechos al decir que no hubo sexo oral sino sólo un beso al pene, sin embargo, ello no desestructura el delito acusado. También intentó favorecer al procesado omitiendo llevar a su hijo al juicio, y adujo que fue obligada a denunciar. Por esto fue que se le impugnó credibilidad.
- No todos los actos sexuales dejan huellas físicas en las víctimas, de ahí que no fuese necesario tener hallazgos en la valoración médica.
- No se dio alienación parental. Por el contrario, la familia del menor intentó ayudar al acusado.
- No se presentó alguna situación excluyente de responsabilidad.

No hubo intervención de los sujetos procesales no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación, Se anticipa la conclusión de que la sentencia apelada será confirmada.

A fin de sustentar debidamente tal anuncio, primero se analizarán los conceptos de estándar de prueba necesario para condenar y prueba de referencia, luego nos centraremos en la valoración probatoria.

- **Sobre el estándar de prueba necesario para condenar**

Se impone realizar una fijación conceptual acerca del estándar probatorio previsto en la ley 906 de 2004 que es esencial en vía de la resolución final del caso. Esta legislación actualizó conceptualmente el estándar probatorio para proferir sentencia condenatoria contenido en la ley 600 de 2000, en punto de la cualidad que deben alcanzar los elementos de juicio para afirmar la responsabilidad penal.

A tono con recientes desarrollos teóricos sobre los límites de la epistemología en el ámbito judicial¹, que afirman que la racionalidad propia de la prueba judicial es la inductiva y que niegan la infalibilidad o certeza incluso en el ámbito de las pruebas científicas, el artículo 381 del C.P.P. estableció como estándar probatorio para efectos de determinar el compromiso penal del procesado, *el conocimiento más allá de toda duda razonable*, conocimiento que ha de estar fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

En este punto es necesario aclarar que el conocimiento judicial no ha desistido de la pretensión de obtener la verdad de lo ocurrido y en punto de responsabilidad está claramente vigente el sucedáneo probatorio de la *duda en favor del reo* en caso de que los medios de conocimiento relativos a la responsabilidad del procesado no alcancen el estándar probatorio fijado por la Ley. De tal manera que no es plausible asimilar la actualización de los conceptos acerca de los límites y alcances de la prueba judicial, con

¹ Gascón Abellán, Marina. Cuestiones probatorias. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado N° 61. 2012.

un menor rigor en el análisis de la fuerza persuasoria de las premisas que permiten la imposición de la pena.

Dentro del razonamiento probatorio que utiliza como criterio la libre convicción, la confirmación de una hipótesis continua requiriendo de una evaluación rigurosa de las premisas que la sustentan. La doctrina explica sobre esta última afirmación: "*si valorar es evaluar la veracidad de las hipótesis sobre hechos controvertidos a la luz de las pruebas disponibles, y teniendo en cuenta que estas hipótesis podrán aceptarse como verdaderas, cuando su **grado de probabilidad sea suficiente**, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo una hipótesis ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos*"²

En efecto, de conformidad con estos mismos planteamientos, para evaluar la veracidad de una hipótesis ha de verificarse si las pruebas disponibles *la hacen probable* o la confirman en términos inductivos, si aquella *no ha sido refutada*, además, si la hipótesis es la mejor, esto es, *más probable que cualquier otra hipótesis* sobre los mismos hechos.

De modo que la fijación del estándar probatorio de conocimiento más allá de toda duda por medio de la ley 906 de 2004, no constituye una flexibilización del criterio legal para la determinación de la responsabilidad penal, sino una actualización de los términos en que se ha de entender cumplida tal labor argumentativa.

Ahora bien, la hipótesis acusatoria viene determinada por la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, y estos constituyen el punto de referencia para establecer el grado de suficiencia de las pruebas que definen el conocimiento necesario para condenar, de modo que el

² *Ibidem*, pág. 61. Además, sobre el criterio de *razón suficiente* en la jurisprudencia de la Sala Penal CSJ véase: SP3006 33837 de 18 de marzo de 2015 M.P. Fernández Carlier.

resultado final de ese proceso racional depende de una adecuada fijación de la premisa fáctica del caso.³

En este nivel al Juez le corresponde determinar si las pruebas practicadas le permiten concluir la responsabilidad del acusado a través de un juicio comparativo de suficiencia. En ese orden, la premisa fáctica de la sentencia no es otra cosa que los hechos que el Juez acepta como probados luego del finalizado el debate oral.

Conforme lo advertido hasta el momento, la Sala debe precisar que en el acápite “hechos” de la presente providencia se dejó claro que se trataba de una síntesis de lo expuesto en la acusación, la que, valga decirlo, no fue debidamente demostrada por la fiscalía.

- **De la prueba de referencia**

En línea con lo desarrollado en el punto anterior, el inciso segundo del artículo 381 de la ley 906 de 2004 dispone que “*la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia*”, entendiéndose éstas como aquellas admisibles que hacen parte de las excepciones que consagra la Ley. Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia determinó:

“En todo caso, debe tener claro la Fiscalía que la admisión de prueba de referencia, sin posibilidades de ejercer el derecho a la confrontación, no sólo implica la limitación de los derechos del procesado, sino además la obligación de realizar una investigación especialmente meticulosa, bien para hacer frente a la restricción consagrada en el artículo 381 del ordenamiento procesal penal y para brindarle al juez mejores elementos de juicio para decidir sobre un tema de tanta trascendencia para los derechos fundamentales como lo es la responsabilidad penal.”

³ Sobre el tema de los hechos jurídicamente relevantes, véase, CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, y radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, ambas M.P. Patricia Salazar Cuellar.

(...)

Lo anterior sin perjuicio de que lo dispuesto en la parte final del varias veces citado artículo 381 sea trasgredido de forma velada, cuando la responsabilidad está basada exclusivamente en prueba de referencia, pero para ocultar esa realidad procesal se enuncian "pruebas" que terminan siendo impertinentes o inconexas con los aspectos factuales determinantes del juicio de responsabilidad. (...)".⁴

Acerca de la noción de la prueba de referencia, el artículo 437 del ley 906 de 2004 dispone que esta clase de prueba es toda aquella declaración realizada fuera del juicio oral y que es *"utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio"*.

Así mismo, se tiene que la prueba de referencia excepcionalmente es admisible, cuando, en eventos como el presente, el que declara *"es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificadas en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código"*⁵. Sobre el tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶ se ha pronunciado en los siguientes términos:

*"De la redacción del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 se colige que son elementos estructurales de la prueba de referencia: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada **para probar** o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue, sin duda, que sólo puede*

⁴ CSJ SP radicado 43866 del 16 de marzo de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

⁵ Literal e del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

⁶ CSJ SP radicado 44056, del 28 de octubre de 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Sobre el tema también véase radicado 43866 del 16 de marzo de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello posible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio."

Así que la declaración de los menores de edad víctimas de un abuso sexual pueden catalogarse, según el caso, como prueba de referencia admisible, siendo necesarias la existencia de una declaración anterior al juicio oral, el medio de prueba que lo lleve a conocimiento del Juez, además, tener en cuenta la forma en que se armonizan los derechos de los menores y las garantías del procesado.

En este caso, no fue posible escuchar el testimonio de Y.A.S.V., de modo que, en principio, sus versiones previas podrían incorporarse pero bajo la calidad de pruebas de referencia. Sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para incorporar la declaración anterior a modo de prueba de referencia debe mediar solicitud y pronunciamiento expresos de las partes y el Juez.⁷

Ahora bien, en este caso no medió solicitud de parte ni pronunciamiento alguno de la Juez para la incorporación de las declaraciones previas del niño a modo de prueba de referencia. Frente a esta particularidad no puede la Sala actuar oficiosamente, por ende, no se cuenta con fundamento suficiente para valorar dichas versiones previas.

En consecuencia, la fiscalía no podía obviar la necesidad de presentar medios de conocimiento adicionales a los de referencia que sirvieran para superar el estándar de prueba negativo fijado en el artículo 381 de la 906 de 2004.

Eludiendo tal obligación, el recurrente aduce que los tocamientos que estructuran los hechos jurídicamente relevantes se probaron con los

⁷ Sobre el tema, véase entre otras, SP CSJ radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 934-2020, y CSJ radicado 43651 del 7 de febrero de 2018, SP105-2018, ambas M.P. José Francisco Acuña Vizcaya

testimonios de la madre del menor y la médica que lo examinó, medios de conocimiento a los que se limita su apelación y que analizaremos a continuación para evidenciar que lo pedido por el fiscal es que se valore la información referencial que, como se acaba de destacar, no se incorporó en debida forma durante los interrogatorios cruzados de tales testigos. Adicionalmente, señalaremos cómo el restante material probatorio también resulta insuficiente para condenar.

- **El testimonio de Mónica Alejandra Valle Tuberquia**

Mónica Alejandra Valle Tuberquia,⁸ madre del niño, expuso que no le constaba el abuso, del cual sólo se enteró tiempo después al conversar con su hijo, cuando este mostró curiosidad por una noticia televisiva sobre un caso de un delito sexual. En ese momento asegura que le creyó y que su madre también le informó sobre la posibilidad del delito.

Destacó que el niño convivía en el año 2014 con la abuela materna y tenía contacto con el acusado pues este era el compañero sentimental de aquella, aun así, le pareció extraña la agresión toda vez que LUIS ARLEY siempre se mostró respetuoso. Aseguró que sólo denunció tiempo después por requerimientos que le hizo un policía judicial que investigaba otro caso en contra de RODRÍGUEZ GÓEZ en donde es víctima una hermana suya. Además, aportó la versión previa que Y.A.S.V. le dio.

De esta forma es claro que Mónica Alejandra no percibió directamente los hechos, de modo que sobre el particular, no cuenta con el conocimiento personal que exige el artículo 402 del C.P.P., según el cual, *“el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”*, lo que ubica su

⁸ Juicio oral del 25 de enero de 2018, archivo *“continuación juicio LUIS ARLEY RODRIGUEZ GÓEZ ENERO 25-2018 (YAIR ALEXIS)20180125152057”*, récord 00:03:16 a 01:18:05.

declaración en el terreno de la prueba de referencia, en concreto, respecto a lo comunicado por su hijo.

La información que directamente percibió la testigo tiene relación con el momento en que Y.A. le reveló el abuso, actuaciones posteriores como la denuncia, la situación familiar originada con la conducta, su apreciación sobre lo sucedido y la personalidad del acusado. En esas condiciones, la información que aportó resulta poco determinante, pues aunque puede ubicar al procesado con cierta cercanía al niño, la única información realmente incriminadora provendría de la prueba de referencia que no puede ser valorada por su indebida incorporación en juicio.

- **El testimonio de la médica Daniela Valencia Gallego**

La médica Daniela Valencia Gallego sostuvo que al practicar examen medico legal al menor no halló huellas concluyentes del abuso sexual relatado en la anamnesis, de modo que no podía establecer con seguridad si la agresión existió. Aun así, le llamó la atención la ansiedad evidenciada por el niño, lo cual le parecía indiciario de la veracidad de la versión.⁹

Se debe advertir que las apreciaciones de la profesional sobre algunos aspectos que tocan con la credibilidad del relato de la víctima en la anamnesis, pese a la calidad profesional de la testigo, en estricto sentido no comportan una valoración profesional, sino un ejercicio valorativo que de igual modo habría de realizar el juzgador, sin necesidad de un aporte profesional exógeno.

Al parecer la fiscalía pretende darle la connotación de prueba directa a la declaración del menor que se incorporó con la médico, a pesar de que lo expuesto en la anamnesis por sí solo es información referencial.¹⁰

⁹ Juicio oral del 25 de enero de 2018, archivo “*continuación juicio 03 LUIS ARLEY RODRIGUEZ GOEZ ENERO 25-2018 - YAIR ALEXIS20180125165426*”, récord 00:00:46 a 00:42:35.

¹⁰ Resulta pertinente citar lo resuelto por el Tribunal en un caso similar. Radicado interno de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia No. 2015-0856-3, del 29 de marzo de 2017, aprobada por acta 30 de la misma fecha, M.P. Juan Carlos Cardona Ortíz :“Lo que se entrevisté en el presente caso, es que

la Fiscalía osciló entre darle tratamiento de prueba de referencia o la creencia que podría ser prueba directa, a partir de la línea jurisprudencial según la cual cuando declara un perito, sus aseveraciones no son de referencia sino prueba directa en la medida que el relato ofrecido por un tercero se integra a sus valoraciones y análisis técnicos o científicos. En efecto, sobre la naturaleza de las exposiciones hechas de pequeñas víctimas de abuso sexual, ante profesionales de la salud que los valoran, se ha establecido una clara línea jurisprudencial. En sentencia bajo radicado 32868 del 10 de marzo de 2010, se valoró como prueba directa de la comisión de la conducta punible y la autoría del procesado, la prueba pericial a la que se acopla lo que aseveró la niña sujeta a abusos sexuales ante los expertos –y no a lo declarado con limitaciones en el juicio-. Allí, explícita y claramente, reconoció:

“...En particular, impera señalar que lo referido por la víctima ante las sicólogas y la médico forense, ingresa directamente como elemento de juicio menesteroso de considerar, pues, en tanto fundamento de la experticia, hace parte integral de la misma, como claramente lo dejó sentado la Sala en oportunidad anterior (...)” (Sentencia Del 17 de septiembre de 2008, radicado 29609).

Reiterándolo en sentencia del 27 de junio de 2012, bajo el radicado 35791, citando otras decisiones con las que se solidifica, aún más, la línea Jurisprudencial, en cuanto que se tiene como prueba directa no solo la opinión pericial sino el relato de los hechos efectuados por la víctima a los expertos. Claramente, se reiteró en el auto del 2 de julio de 2014, dentro del radicado 43.555.

Igualmente, en la sentencia del 16 de abril de 2015, en el radicado 43262, se explicó:

“Lo expuesto por los diferentes profesionales que escucharon a la niña corresponde a pruebas con total validez al momento del análisis probatorio, en cuanto aportan su punto de vista sobre el relato de los hechos suministrado por la menor al momento de comparecer a las respectivas valoraciones, como ha tenido oportunidad de señalarlo esta Corporación en varias providencias. Así, en CSJ SP, 10 mar. 2010. Rad. 32868:

“En particular, impera señalar que lo referido por la víctima ante las psicólogas y la médico forense, ingresa directamente como elemento de juicio menesteroso de considerar pues en tanto fundamento de la experticia, hace parte integral de la misma, como lo dejó sentado la sala en oportunidad anterior” (...). (Sentencia del 17 de septiembre de 2008, radicado 29609.)

Más claramente, se ha explicado:

“...es viable la emisión de fallos de condena con soporte en pericias médico-sexológicas o psiquiátricas y psicológicas cuando la menor víctima de abuso sexual no comparece al juicio oral, pues dichas experticias, corresponden a prueba directa, susceptible de ser apreciada conforme a las reglas de persuasión racional” (AP2194-2015.45553).

Insístase, aunque la Sala conoce y considera plenamente razonable y atinada la línea jurisprudencial anotada, lo claro es que las declaraciones de dichos profesionales, comportan prueba directa, siempre y cuando se ensamblen con sus percepciones directas surgidas de sus expertas valoraciones; es decir, no toda declaración en la que un profesional reproduzca las aseveraciones escuchadas en razón de la disciplina que ejerce, se puede considerar como prueba directa, pues si específicamente no realizó un peritaje, no será más que un medio eminentemente referencial, dado que es evidente que se encuentra limitado de manera severa el principio de confrontación, pues la contraparte poco puede hacer para controvertir el contenido del relato dado por un tercero.

(...)

Para resolver el asunto queda claro lo siguiente: lo dicho por niños, niñas y adolescentes, ante profesionales como médicos o psicólogos solamente ingresará como prueba directa, en la medida que tengan corroboración objetiva a partir de la labor del perito, por lo que, como es apenas obvio, no debe quedar duda alguna que es el resultado de un peritaje.

Empero, las expresiones de la presunta víctima, o de terceros, que no se acoplen a alguna verificación técnica o científica, será simplemente, una declaración anterior, a la que se le debe dar el tratamiento de prueba referencial si se satisfacen los presupuestos del artículo 438 de la ley 906 de 2004, por lo

Entonces, como la versión del menor, incorporada con la medicó que la valoró es prueba de referencia, en tanto el examen sexológico no aportó elementos objetivos que corroboraran el abuso, sino la apreciación personal de la profesional sobre el comportamiento del niño durante el procedimiento médico, la responsabilidad penal de RODRÍGUEZ GÓEZ no puede estar fundamentada exclusivamente en tal medio de conocimiento, en razón del estándar de prueba necesario para condenar.

Además, la fiscalía se centró en los dos medios de conocimiento hasta ahora analizados, y sólo de manera somera se refirió a las demás pruebas asegurando que lo manifestado por la psicóloga Sara Alejandra Cardona Gutiérrez en su valoración sirve para corroborar el hecho, y que Martha Cecilia Valle Tuberquia, abuela materna del niño, tuvo conocimiento de los hechos.

- **El testimonio de la psicóloga Sara Alejandra Cardona Gutiérrez**

La psicóloga Sara Alejandra Cardona Gutiérrez¹¹ manifestó que la valoración psicológica que llevó a cabo con Y.A. estaba dirigida a *“verificar o establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cómo ocurrieron los hechos del posible abuso sexual, por lo tanto solo tiene validez para este proceso y para el objetivo realizado”*. Además, el documento donde consignó su labor, lo tituló *“entrevista psicológica”*, según ella, porque esta fue la manera como abordó al menor

que, en el caso de niños, niñas o adolescentes, acontecerá cuando no acudan al juicio oral, para no ser re victimizados. En el presente asunto, no queda duda que la expresión de la niña vertida fue apenas una entrevista forense, en la que dio cuenta de la realización de la conducta punible y del autor, es decir, el acusado. Empero, resáltese es una prueba de referencia”.

¹¹ Juicio oral del 20 de marzo de 2018, archivo *“continuacion 03 juicio LUIS ARLEY RODRIGUEZ GÓEZ (YAIR ALEXIS) marzo 20-201820180320160024”*, récord 00:01:25 a 00:50:55.

En esas condiciones, la prueba debe considerarse como una versión previa del menor recolectada por una profesional de la psicología, sin que ello implique necesariamente un medio de conocimiento pericial objetivo que sirva para superar el estándar de prueba necesario para condenar.

Se resalta que para el análisis de una entrevista rendida por un menor de edad ante un profesional de la psicología, la Corte Suprema de Justicia en decisión de Julio de 2018¹² específicamente para efectos del análisis de la entrevista y la valoración psicológica dispuso varias pautas que resultan útiles para la resolución final del asunto.

La Corte demanda, de conformidad con lo establecido en la ley, que el perito explique la fundamentación técnico científica de sus conclusiones o hallazgos. La psicóloga al ser requerida al respecto respondió que utilizó una entrevista semi-estructurada con enfoque clínico, de modo que corroboró que su intervención se limitó a una entrevista, sobre la que dio una opinión desde su punto de vista profesional partiendo de aspectos como el estado de ánimo del menor, y las indicaciones que le dieron sobre su personalidad y rendimiento escolar.

Así que sólo ofreció fue una percepción visual acerca de la actitud del menor al dar su versión de los hechos. Sobre este tipo de apreciaciones la Corte ha dicho puntualmente: *“las personas que intervienen en la entrevista pueden comparecer al juicio oral para declarar sobre los aspectos de la declaración que van más allá del lenguaje verbal, como sucede, por ejemplo, con las señas o ilustraciones que hace el testigo durante su declaración. Ello, por obvias razones, no constituye evidencia adicional a la prueba de referencia, pues se refiere únicamente a la existencia y el contenido de la declaración anterior.”*¹³

¹² SP CSJ Penal radicado 50637, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹³ *Ibidem*.

Más allá de las apreciaciones que puede haber hecho a partir de su papel de entrevistadora, la psicóloga no brindó ningún sustento técnico científico de la conclusión en la que sugirió la posibilidad de que el menor hubiere sido víctima de un abuso sexual.

Además, importa resaltar que esta testigo dio a entender que el relato del niño era creíble porque para su edad, sus condiciones familiares y educativas, la información aportada por su madre y el menor, hacían probable que el abuso sí se haya presentado. Ahora, también señaló que no verificó con fuentes adicionales objetivas toda la información a la que se refirió. En ese sentido, realmente dio una apreciación de los hechos que le transmitieron el niño y la madre.

En verdad el papel cumplido por Cardona Gutiérrez no fue más allá que el de un “vehículo” de la entrevista del menor, pero pese a sus condiciones profesionales, de modo que no puede considerarse una prueba científica que hubiere abonado un elemento adicional con carácter profesional a la versión de referencial que obtuvo del menor, la que se recalca, no fue debidamente incorporada durante el interrogatorio cruzado de la testigo.

En esas condiciones no puede aceptarse, como propone el recurrente, que la hipótesis acusatoria encuentre corroboración en las versiones de referencia del niño, las cuales fueron indebidamente incorporadas por otros los testigos que asistieron al juicio.

- **El testimonio de Martha Cecilia Valle Tuberquia**

La trascendencia de este testimonio es limitada de cara a las pretensiones de la fiscalía, Martha Cecilia Valle Tuberquia,¹⁴ abuela materna del niño, negó haber conocido de los hechos antes de que sus hijas los denunciaran.

¹⁴ Juicio oral del 3 de octubre de 2018, archivo “JUICIO ORAL DE LUIS ARLEY RODRIGUEZ- OCTUBRE 9 DE 2018-2016-8002320181003153254”, récord 00:07:25 a 00:55:31.

Ahora, la fiscalía alude someramente a que esta testigo sí conocía de los hechos, pero tal circunstancia en realidad no resulta determinante para resolver el caso, toda vez que el ente acusador no logró aportar pruebas que sirvieran para demostrar la real existencia del delito y su responsable.

- **El testimonio de Jaime Ricardo Cepeda Muriel**

Jaime Ricardo Cepeda Muriel,¹⁵ en su calidad de policía judicial, se encargó de recibir la denuncia y recolectar entrevistas del caso. En tales condiciones, es claro que su conocimiento sobre las circunstancias en que se dio el delito son netamente referenciales. Además, dicha información no le fue suministrada por el testigo directo, es decir, el menor, sino por la madre de este, lo que limita aun más la calidad de la información que presenta.

En otras palabras, se trata de un medio de conocimiento que contiene aseveraciones sobre conductas que implican al acusado como responsable del delito endilgado, las cuales no fueron percibidas en forma directa por el investigador sino otro testigo, con el que Cepeda Muriel no tuvo contacto directo.

Conforme a lo analizado a lo largo de esta decisión, la naturaleza de las pruebas es un aspecto determinante a la hora de evaluar el cumplimiento del estándar de prueba necesario para condenar. En el presente evento la fiscalía no presentó en juicio al menor víctima, único testigo directo de los hechos jurídicamente relevantes, no incorporó en debida forma la prueba de referencia, y la prueba adicional resulta precaria para el fin que persigue.

¹⁵ Juicio oral del 20 de marzo de 2018, archivo “*continuacion 02 LUIS ARLEY RODRIGUEZ GOEZ Marzo 20-2018 YAIR ALEXIS*)20180320150332”, récord 00:03:38 a 00:26:41.

Precisando lo expuesto en la Sentencia: La imposibilidad de adoptar un fallo de condena tiene fundamento en que la calidad de las pruebas aportadas no sirve para superar el estándar negativo de prueba del artículo 381 de la ley 906 de 2004.

De ahí que sea desacertada la valoración efectuada por la Juez respecto a que la información recolectada en juicio resultaba contradictoria, poco concluyente, y que se advertía con gran probabilidad la indebida sugestión del menor. Se reitera, para poder evaluar las pruebas de esa manera, debían incorporarse en debida forma las declaraciones previas del niño teniendo en cuenta su naturaleza referencial, pero no se hizo.

También debe advertirse que la alienación parental se presenta cuando después de una separación entre compañeros sentimentales, uno de ellos intenta utilizar a sus hijos para acusar temerariamente al otro miembro de la relación de pareja, por lo tanto, resulta totalmente descontextualizado, como hizo la Juez de primera instancia, utilizar tal figura a fin de valorar la probable manipulación del Y.A., además, porque la madre del niño no demostró una clara animadversión contra el acusado.

Importa reiterar que aun cuando la fiscalía no lo logró demostrar con suficiencia su hipótesis, ello no implica necesariamente que la conducta no haya existido, sino que se presentan falencias probatorias imposibles de superar que impiden adoptar un fallo de condena.

A su vez, no puede aceptarse una tesis que otorgue claridad sobre la inocencia del acusado, pues las pruebas de cargo tienen contenido incriminatorio pero insuficiente para condenar, mientras las pruebas de descargo, integradas por testimonios compartidos con la fiscalía, tampoco sirven para consolidar la hipótesis defensiva.

Constatada la deficiente actividad investigativa y probatoria de la fiscalía, pues no cumplió con la carga que le correspondía, es pertinente citar que

la doctrina explica así la obligación del Juez ante la precariedad probatoria:

“En otras palabras, el proceso de prueba puede concluir sin un resultado claro. La necesidad que tiene el Juez de resolver a pesar del resultado estéril queda entonces cubierta por el reconocimiento de la reglas legales de decisión que indican al Juez en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El in dubio pro reo en el proceso penal y, en general las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas.”¹⁶

Por consiguiente, asistió la razón a la primera instancia en el sentido de la decisión, es decir, en absolver a LUIS ARLEY RODRÍGUEZ GÓEZ, pero con la precisiones expuestas en esta providencia.

Sin necesidad de otras consideraciones, **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 naturaleza y origen conocidos, por las razones expuestas en esta decisión.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

¹⁶ Gascón Abellán, Marina. Cuestiones probatorias. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado N° 61. 2012. Pág. 75

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:

47ae3e859355d8d3fe6fc2bbe8fb9e61da0062f4f7b5e03a8832c7a5fda3a028

Documento generado en 12/07/2021 09:07:16 PM

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

| | |
|---------------------|------------------------------------|
| RADICADO CUI | 05368 61 00230 2018 80098 |
| N. I. | 2021-0349-3 |
| DELITO | Abuso de confianza |
| ACUSADO | John Eduardo Flórez Moncada |
| ASUNTO | Sentencia condenatoria |
| LECTURA | |

Medellín (Ant.), nueve (09) de julio de dos mil veintiuno (2021)

(Aprobado mediante Acta No. 161 de la fecha)

Fecha de lectura: 23 de julio de 2021 – 09:30 a.m.

ASUNTO A DECIDIR

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra el numeral tercero de la sentencia condenatoria proferida el 29 de enero de 2021, mediante la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Jericó Antioquia, negó al procesado **John Eduardo Flórez Moncada** la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

SITUACIÓN FÁCTICA

El señor José Orlando Bermúdez Bermúdez le entregó en julio de 2017 al señor **John Eduardo Flórez Moncada** dos radiales marca Black & Decker y una pulidora marca SKIL de 77W para que les

realizara mantenimiento y limpieza. Hasta la fecha, el señor **Flórez Moncada** no ha devuelto esa herramienta a su dueño.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 3 de septiembre de 2019 se declaró contumaz al señor **John Eduardo Flórez Moncada** y se le corrió traslado del escrito de acusación con el que fue vinculado a este proceso penal como presunto autor de la conducta punible de abuso de confianza, descrita y sancionada en el artículo 249 del C.P.

La fase de juzgamiento correspondió adelantarla al Juzgado Promiscuo Municipal de Jericó. La audiencia concentrada se realizó el 11 de noviembre de 2020¹ y el juicio oral en una sola sesión llevada a cabo el 19 de enero de 2021². En esta oportunidad, se emitió el sentido del fallo condenatorio y se realizó la audiencia de individualización de la pena según el artículo 447 del C.P.P.

Para lo que interesa a esta decisión, en esa diligencia la defensa pidió que se tuviera en consideración el numeral 3 del artículo 63 del C.P. y dejó a criterio de la juez la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Afirmó que no existen antecedentes penales diferentes a la sentencia condenatoria proferida en contra de su asistido el 29 de enero de 2018³.

El traslado de la sentencia se fijó para el 29 de enero de 2021⁴.

¹ PDF No. 5 expediente virtual. En esta audiencia se estipuló que el procesado cuenta con un antecedente penal, sentencia condenatoria del 29 de enero de 2018 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Jericó por el delito de abuso de confianza.

² PDF No. 11 expediente virtual

³ Minuto 00:35:00 registro de audio del 19 de enero de 2021.

⁴ PDF No. 13 expediente virtual.

FALLO IMPUGNADO

La juez de primera instancia, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Dijo que aunque en este caso se cumple con el requisito objetivo, no se acredita el presupuesto subjetivo que demanda el artículo 63 del C.P. Ello porque el procesado cuenta con una sentencia condenatoria proferida dentro de los cinco años anteriores a esta condena y por el mismo delito de abuso de confianza.

El procesado no tiene interés en rectificar su comportamiento. Si se le concede la suspensión de la pena, se enviaría un mensaje negativo a la sociedad. Infirió la necesidad de tratamiento penitenciario⁵.

LA IMPUGNACIÓN

La defensa, inconforme con la decisión de negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la apeló⁶. Afirma que la juez de instancia no tuvo en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad de la pena.

No se motivó la negativa del subrogado penal. La juez se limitó a mencionar que su representado tiene un antecedente penal. El elemento de juicio que respalda ese antecedente no fue aportado por la Fiscalía en el trámite del artículo 447 del C.P.P.

Su representado intentó devolver los elementos objeto del delito de abuso de confianza, pero no fue posible. Por eso estima que no es

⁵ PDF 13 expediente virtual

⁶ PDF 16 expediente virtual

| | |
|--------------|-----------------------------|
| RADICADO CUI | 05368 61 00230 2018 80098 |
| N. I. | 2021-0349-3 |
| DELITO | Abuso de confianza |
| ACUSADO | John Eduardo Flórez Moncada |
| ASUNTO | Sentencia condenatoria |

proporcional negar la suspensión de la ejecución de la pena. Estando en libertad su asistido podría reparar a la víctima del delito.

Pide que se revoque el numeral tercero de la sentencia impugnada y que se conceda al condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

INTERVENCIÓN DEL NO RECURRENTE

La delegada de la Fiscalía recordó que con el apelante se suscribió la estipulación probatoria No 3 con la que se dio como probado el hecho de que el 29 de enero de 2018 **John Eduardo Flórez Moncada** fue declarado responsable como autor del delito de abuso de confianza y se le impuso una pena de 20 meses de prisión y multa de 10 SMLMV.

La existencia de ese antecedente colma los requisitos del artículo 63 del C.P, pues la reincidencia por un delito igual, es el hecho indicador de que existe necesidad de la ejecución de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **John Eduardo Flórez Moncada**, de conformidad con el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

La Sala confirmará la decisión recurrida. Las razones son las siguientes:

El artículo 63 del C.P. dispone que:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

(...)

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La defensa aduce que la juez no motivó la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

La norma transcrita es clara en señalar que el juez tiene el deber de motivar su decisión de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena a la persona condenada que cuente con antecedentes penales, siempre que los antecedentes personales, sociales y familiares así lo permitan.

Desde ese punto de vista, no es cierto que exista en la decisión censurada un defecto de motivación. La carga argumentativa la tiene el funcionario judicial cuando decide conceder el subrogado penal, pese a la existencia de antecedentes penales en contra del condenado.

De cualquier manera, la juez si proporcionó las razones por las cuales no concedió el subrogado. Dijo que no se acreditó el presupuesto subjetivo que demanda el artículo 63 del C.P. porque el procesado tiene un antecedente penal reciente. Añadió que el sentenciado no tiene interés en rectificar su comportamiento, y si se le concede la suspensión de la pena, se enviaría un mensaje negativo a la sociedad.

Si el subrogado no fue concedido, fue porque la defensa no cumplió con su deber de exponer en el trámite del artículo 447 del C.P.P. las condiciones individuales, familiares y sociales del procesado para acceder a él.

La defensa en esa diligencia pidió que se tuviera en consideración el numeral 3 del artículo 63 del C.P. y dejó a criterio de la juez la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Afirmó que no existen antecedentes penales diferentes a la sentencia condenatoria proferida en contra de su asistido el 29 de enero de 2018. Nada dijo en relación con las condiciones particulares de su defendido que le permitieran a la juez afirmar que no existe la necesidad de ejecutar la pena impuesta.

Como el recurrente no le proporcionó esa información a la juez, siendo su deber hacerlo, la decisión acertada era negar el subrogado ante la existencia de un antecedente penal en contra del procesado, por un delito doloso cometido dentro de los cinco años anteriores a esta decisión.

Ahora bien, dice el recurrente que el elemento de juicio que respalda ese antecedente penal no fue aportado por la Fiscalía en el trámite del artículo 447 del C.P.P.

Se trata de un argumento desleal no solo porque la defensa estipuló con la Fiscalía el hecho de que el 29 de enero de 2018 **John Eduardo Flórez Moncada** fue declarado responsable como autor del delito de abuso de confianza, sino porque en el traslado del artículo 447 él mismo aceptó que su asistido tiene ese antecedente penal.

Por último, para que el sentenciado cumpla con el deber de indemnizar a la víctima, no es necesario que esté en libertad. Esa obligación de reparar, que debe satisfacer el condenado independientemente de su situación jurídica, no es un argumento serio para solicitar en su favor el reconocimiento del referido subrogado penal, máxime cuando el recurrente no cumplió con la carga de presentarle a la juez las condiciones individuales, familiares y sociales de **Flórez Moncada** que le permitieran acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En mérito de lo expuesto **LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el numeral tercero de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 29 de enero de 2021, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Jericó Antioquia, contra el procesado **John Eduardo Flórez Moncada**, que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO

RADICADO CUI
N. I.
DELITO
ACUSADO
ASUNTO

05368 61 00230 2018 80098
2021-0349-3
Abuso de confianza
John Eduardo Flórez Moncada
Sentencia condenatoria

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:

b298f74dd1b7a952c7af1d221bf5c734b3200be264a490e6cc1ef6f39
acd1171

Documento generado en 16/07/2021 02:20:26 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 085

PROCESO: 05 615 60 00364 2020 00209 (2021 0833)

DELITO: ESTUPEFACIENTES

ACUSADO: JHOYNNER DAVID ARIAS DE LA ROSA

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora del procesado en contra de la sentencia proferida el 03 de mayo de 2021, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor JHOYNNER DAVID ARIAS DE LA ROSA, al hallarlo responsable del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el día 05 de mayo del año 2020, aproximadamente a las 11:05 a.m. en el Aeropuerto José María Córdoba del municipio de Rionegro, en la aerolínea LATAM, al inspeccionar la carga con destino a San Andrés, los funcionarios encargados de tal labor, notaron que una nevera de la bodega tenía un peso anormal, por eso procedieron a inspeccionarla encontrando allí una sustancia vegetal. Se estableció por parte del perito que esta sustancia dio como resultado positivo para cannabis (marihuana) y que equivalía a 491 gramos. Por ello, se procedió a la captura del

dueño de la nevera, quien estaba presente en la inspección, el Sr. JHOYNNER DAVID ARIAS DE LA ROSA.

El 12 de noviembre de 2020, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, fueron celebradas las audiencias de legalización de captura y formulación de imputación.

El proceso pasó al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) en donde el 12 de noviembre de 2020 la Fiscalía presentó un preacuerdo.

Conforme con el pacto, el señor JHOYNNER DAVID ARIAS DE LA ROSA luego de ser informado sobre las consecuencias de una aceptación de cargos, aceptó su responsabilidad por el delito que le fue imputado - TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - artículo 376 del C.P.

Como contraprestación de la aceptación preacordada de responsabilidad, la pena fue tasada conforme a la rebaja de los incisos 1 y 2 del numeral 7 artículo 32 del Código Penal, imponiendo en definitiva una pena de VEINTICUATRO (24) MESES DE PRISIÓN Y UN (1) SMMLV de multa.

El Juez advirtió al procesado (minuto 13:02 del registro correspondiente) que la pena la tenía que cumplir en centro carcelario, porque la ley expresamente prohibía tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como la prisión domiciliaria. El procesado dijo que le quedaba claro y en esos términos aceptaba el preacuerdo.

La sentencia fue proferida el 3 de mayo de 2021.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

Para lo que interesa a efectos de resolver la alzada, el A quo señaló:

“Respecto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, y pese a que quantum punitivo no supera los cuatro (4) años de prisión que, lo cual permitiría inicialmente superar el primer requisito objetivo establecido en el artículo 63 del Código Penal, el beneficio debe negarse de plano por expresa prohibición del artículo 68A ídem, el cual establece la prohibición de beneficios y subrogados para delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes; por tanto, se itera, resulta improcedente este sustituto, el cual se niega de plano, sin que se precise considerar los aspectos subjetivos de la norma.

“Similar situación ocurre en lo que atañe a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, conforme el artículo 38B ídem, pues se parte una pena igual o menor a ocho (8) años, por lo que inicialmente se supera dicho requisito objetivo, sin embargo, la prohibición expresa del artículo 68 A del C.P., no permite continuar el análisis subjetivo de este beneficio y lo torna improcedente, sin que se precise considerar los aspectos subjetivos de la norma.

“De otra parte, el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020, estableció en el marco de la pandemia por el covid-19, la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria de forma transitoria, siempre que se cumpla como condición, la particular situación personal del sujeto sentenciado, Art. 2 y; que el delito por el cual se sentencia, o este condenado el procesado, no sea de los excluidos de este beneficio, conforme al artículo 6 del mismo Decreto Ley. Estas condiciones no se

cumplen en el caso concreto, pues el sentenciado no tiene ninguna situación personal especial de las previstas en la norma y el delito está expresamente excluido de este beneficio”.

LA IMPUGNACIÓN

La señora Defensora del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Afirma que no está de acuerdo con la negativa del A quo de conceder a su prohijado la prisión domiciliaria, pues se le allegó al despacho copia del registro civil de su hija menor, es decir, es padre cabeza de hogar. Igualmente, debe aplicársele el decreto 546 de 2020 a fin de evitar el contagio de la enfermedad del COVID 19, y para ello allegó sentencia del juzgado homólogo que concedió la prisión domiciliaria transitoria.

Hace referencia al derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Constitución y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional que lo considera un derecho fundamental.

Sostiene que el Juez no valoró el riesgo que corre su representado con respecto a su salud al ingresar a un centro penitenciario, porque a la fecha no se tiene control alguno de la pandemia. El ingreso del condenado a la cárcel sería un daño irreparable a su salud.

Afirma que el Juez negó el beneficio por prohibición legal, pero la Constitución y la ley fueron creadas no en tiempo de pandemia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se limita a determinar si el A quo acertó o no al negar la prisión domiciliaria al señor Jhoyner David Arias de la Rosa.

La recurrente manifiesta que el Juez no tuvo en cuenta que el sentenciado tiene la calidad de padre cabeza de hogar, porque tiene una hija menor de edad y, además, no debió hacer caso a la prohibición de conceder la prisión domiciliaria transitoria por la enfermedad COVID 19, porque el derecho a la salud es fundamental.

De una vez se dirá que los argumentos presentados por la apoderada del sentenciado no logran atacar el fondo de lo decidido por el A quo y los presupuestos que fueron tenidos en cuenta, como es la expresa prohibición legal para conceder los sustitutos penales.

Ahora, en cuanto a la prisión domiciliaria por la calidad de cabeza de familia que se predica del sentenciado, es necesario precisar que no basta con afirmar y demostrar que el procesado tiene a su cargo hijos menores.

La señora defensora al momento de solicitar la prisión domiciliaria de su prohijado solamente afirmó que tenía una hija menor de edad y adjuntó un certificado de registro civil de nacimiento, pero nada manifestó, argumentó, ni probó con respecto a si la mencionada hija del procesado quedaría en desprotección por la detención de su padre. De ninguna forma se refirió a la madre de la niña, ni hizo

alusión a la existencia o no de otros miembros de la familia que pudieran protegerla.

Hay que tener en cuenta que en la en la sentencia C-184 de 2003, la H. Corte Constitucional se ocupó del tema de la prisión domiciliaria en razón a que el sentenciado(a) fuera padre o madre cabeza de familia y en dicha providencia se fijaron algunas pautas de interpretación que para el presente caso, puede también aplicarse. Expresamente se dijo:

Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el *interés superior del niño*, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea.

(...)

En otras palabras, mediante este fallo la Corte no confiere a nadie en concreto el derecho en cuestión. Serán los jueces los que en cada evento deberán analizar, a partir de un acervo probatorio pertinente y suficiente, las condiciones específicas del caso así como su contexto, para adoptar la determinación de si se concede o no el derecho, en el *interés superior del menor o del hijo impedido*, no del padre. Por lo tanto, de las pruebas debe deducirse la existencia de una necesidad manifiesta de proteger este interés superior.

A la luz del principio según el cual toda decisión de un órgano del Estado ha de estar guiada por el interés superior del menor, los jueces son quienes deben valorar, a partir de las pruebas especialmente aportadas para el efecto y las que sea necesario practicar a criterio del juez, si el niño claramente requiere o no la presencia del padre que invoca el derecho legal en cuestión. Son los jueces quienes deben impedir, en cada caso, que mediante posiciones meramente estratégicas, un hombre invoque su condición de ser cabeza de familia tan sólo para acceder en beneficio personal a la prisión domiciliaria. Por ello, el juez debe valorar (i) que la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección a que quedarían expuestos los hijos del condenado, (ii) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor y (iii) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes.

(...)

“Se advierte que el padre cabeza de familia cuyos hijos dependen de él, no para su manutención económica sino para su cuidado y protección real y concreta, podrán acceder al derecho de prisión domiciliaria sólo cuando se reúnan los requisitos establecidos en la ley, y señalados en esta sentencia, para que el juez penal competente decida, en cada caso, si ello es manifiestamente necesario en aras del interés superior del hijo menor o del hijo impedido.” (Subrayado por la Sala)

Es claro, entonces, que el análisis que debe efectuarse no puede circunscribirse únicamente en el ámbito del suministro de los recursos económicos para el sustento del hogar. La Corte Constitucional hizo énfasis en el cuidado integral de los niños (protección, afecto, educación, orientación), por lo cual, un procesado puede acceder a la prisión domiciliaria cuando se demuestre que él sólo, sin el apoyo de una pareja o de otro miembro del núcleo familiar, estaba al cuidado de sus hijos o dependientes antes de ser detenido, de suerte que la privación de la libertad trajo como secuela el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos.

Nada de lo anterior argumentó y demostró la defensa del procesado.

Ahora, en cuanto al peligro para la salud del sentenciado, debe recordársele a la impugnante que fue el propio decreto 546 de 2020, expedido en razón de la pandemia por la COVID 19, el que expresamente excluyó del beneficio de prisión domiciliaria transitoria a quienes fueran procesados por el delito de Tráfico de Estupefacientes. Y esta norma fue dictada en desarrollo de normas constitucionales y legales que protegen el derecho a la salud.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

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.

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 DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

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:

**50c064afcc8e63ffa1fe717708ea5ce4abe5ceb0f985a0df65b58d8ff08
1d26c**

Documento generado en 16/07/2021 11:27:51 a. m.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

| | |
|---------------------|------------------------------------|
| CUI | 05-001-60-99156-2018-00148 |
| Rad. Interno | 2021-0337-3 |
| Delito | Tentativa de Extorsión Agravada. |
| Procesada | Johanna Milena Álzate López |
| Asunto | Sentencia Condenatoria |
| Decisión | Confirma |

Medellín, dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado mediante Acta N° 152 de la fecha

Fecha de lectura: 23 de julio de 2021 – 10:00 a.m.

ASUNTO A TRATAR

Se pronuncia la Sala frente a la apelación interpuesta por la defensa de **Johanna Milena Álzate López**, en contra de la sentencia de 5 de febrero de 2021, emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, como autora del delito de Extorsión Agravada, en la modalidad de tentativa, con la cual impuso, la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de setecientos cincuenta (750) S.M.L.M.V.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Desde el 5 de octubre de 2018, la señora Johanna Milena Álzate López, sin revelar su identidad, empezó a exigirle dinero, mediante mensajes de texto, al señor Carlos Arturo Arbeláez Rojas,

y lo amenazó de contar a su esposa sobre la relación amorosa que tenía con otra persona y que de no cancelar lo exigido, causaría la muerte de su amante, –es decir, de ella misma- y su hija.

Finalmente, se acordó la entrega de \$6.000.000, mediante una encomienda al municipio de La Ceja, que se enviaría en un taxi, la se coordinó con miembros del GAULA para hacerla de manera controlada, para reclamar el dinero la referida mujer envió a su hija D. C. A., de 14 años de edad y S. G. A., amigo de ésta, de 16 años, a los cuales se capturó.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 26 de enero de 2019, ante el Juzgado 35 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, se verificó la legalización del procedimiento de captura, se formuló imputación por los cargos de Extorsión en el grado de tentativa y Uso de Menores de edad para la Comisión de Delitos. Finalmente, se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad a cumplirse en el domicilio¹.

El 9 de abril de 2019², se presentó escrito de acusación, y la audiencia de formulación se tramitó en sesiones de 16 de agosto³ y 23 de septiembre de 2019⁴.

En las fechas 7 y 30 de octubre de 2019⁵, tuvo lugar la preparatoria, y el juicio oral se inició el 16 de diciembre del mismo

¹ PDF: "01CarpetaConocimiento.pdf" pág.2

² PDF: "01CarpetaConocimiento.pdf" pág. 1 al 6

³ PDF: "01CarpetaConocimiento.pdf" pág. 9

⁴ PDF: "01CarpetaConocimiento.pdf" pág. 10

⁵ PDF: "01CarpetaConocimiento.pdf" pág. 12 y 14

año⁶, con la presentación de la teoría del caso y estipulaciones probatorias.

El 17 de marzo de 2020⁷, se presentó preacuerdo por la defensa, la procesada y fiscalía, mismo que se verificó y autorizó, consistente en la admisión de responsabilidad penal como autora del delito de Tentativa de Extorsión Agravada, a cambio de la inaplicación del incremento de penas que trata la Ley 890 de 2004.

El 1 de abril de 2020⁸, se realizó la audiencia de individualización de pena y sentencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, y se condenó a la pena principal de 24 meses de prisión, como autora del delito de extorsión agravada en modalidad tentada. La decisión fue recurrida por la defensa y sustentada en el término legal, remitiéndose el proceso a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

El recurso de alzada fue desatado por la Corporación el 9 de octubre de 2020⁹, con el cual se anuló la actuación desde la decisión de aprobación del preacuerdo, para que el señor Juez verificara el consentimiento informado de la procesada, dado que la aceptación de cargos no se hizo bajo el conocimiento de las consecuencias que se desprendían de dicha manifestación, conforme a las prohibiciones legales del artículo 68 A del Código Penal.

Retornada la actuación a la primera instancia, se convocó nuevamente a audiencia de verificación de preacuerdo el 4 de diciembre de 2020. En esta oportunidad la fiscalía retiró la solicitud

⁶ PDF: "01CarpetaConocimiento.pdf" pág. 16

⁷ PDF:"01CarpetaConocimiento.pdf" pág. 18

⁸ PDF:"03Acta447Sentencia.pdf".

⁹ PDF:"15DecisióndelTribunalNulidad.pdf".

de preacuerdo, con el fin de presentar preclusión en relación con el cargo de uso de menores para la comisión de delitos, por lo que se decretó la ruptura de la unidad procesal. La procesada aceptó cargos por el delito de extorsión agravada y se le advirtió, , sobre las prohibiciones legales para conceder la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena intramural o cualquier mecanismo sustitutivo de la pena.

La audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y la lectura del fallo condenatorio se hizo el 5 de febrero de 2021¹⁰.

Se declaró penalmente responsable a **Johanna Milena Álzate López**, a título de autora de la conducta punible de extorsión agravada en tentativa, tipificada en el Libro Segundo, Título VII, capítulo II, artículo 244 y 245 numeral 3 del Código Penal, decisión contra la cual la defensa promueve el recurso de apelación, debido a la falta de motivación de la pena impuesta.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

Para lo que es objeto de apelación, establecida la responsabilidad penal de la acusada como autora penalmente responsable de la conducta de extorsión agravada en grado de tentativa, procedió el Juzgado *a quo* a imponer como pena principal treinta y seis (36) meses de prisión y multa equivalente a setecientos cincuenta (750) S.M.L.M.V.

Concedió la inaplicación del incremento punitivo de la Ley 890 de 2004, por lo que extremos punitivos se establecieron en 144

¹⁰PDF: "22Acta447LecturaSentencia",

a 192 meses de prisión y la multa en 600 a 1.200 S.M.L.M.V., sobre los que aplicó el aumento por la circunstancia de agravación punitiva, quedando en 144 a 256 meses de prisión y multa de 3.000 a 6.000 S.M.L.M.V.

Argumentó que, como la conducta fue tentada, era dable modificar los extremos conforme al artículo 27 del Código penal, quedando estos finalmente en setenta y dos (72) a ciento noventa y dos (192) meses de prisión y la multa de 1.500 a 4,500 S.M.L.M.V., estableciendo el ámbito de movilidad así:

| | Mínimo | Máximo | | Mínimo | Máximo |
|--------------------------------|---------------------------|----------------------------|--------------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| <i>Penal</i> <i>Inicial</i> | 72 Meses | 192 Meses | <i>Multa</i> <i>Inicial</i> | 1500 SMLMV | 4500 SMLMV |
| Primer ¼ | <u>72</u> <u>Meses</u> | <u>102</u> <u>Meses</u> | Primer ¼ | <u>1500</u> <u>SMLMV</u> | <u>2250</u> <u>SMLMV</u> |
| Segundo ¼ | 102 Meses | 132 Meses | Segundo ¼ | 2250 SMLMV | 3000 SMLMV |
| Tercer ¼ | 132 Meses | 162 Meses | Tercer ¼ | 3000 SMLMV | 3750 SMLMV |
| Cuarto ¼ | 162 Meses | 192 Meses | Cuarto ¼ | 3750 SMLMV | 4500 SMLMV |

Sostuvo que, al no presentarse circunstancias de mayor punibilidad, pero sí de menor punibilidad, como la carencia de antecedentes penales, estableció la pena en el primer cuarto de movilidad, en la mínima, teniendo en cuenta que no hubo consumación del delito, dado que se organizó una entrega controlada que impidió su consumación.

Fijó la pena principal en setenta y dos (72) meses de prisión y multa equivalente a mil quinientos (1.500) S.M.L.M.V.

Adujo no tener prosperidad la solicitud de la defensa consistente en que la pena, luego de establecido el cuarto de movilidad, fuera la misma que se impuso en la pretérita sentencia objeto de nulidad por el Tribunal, argumento que no fue de recibo dado que todo lo actuado quedó sin efecto, por lo que, en orden de la corrección de los actos judiciales, pasó a examinar aspectos que justifique razonadamente el monto de la rebaja de pena por la reparación del daño.

Afirmó que la rebaja por la aceptación de la responsabilidad quedó establecida al no aplicar los incrementos punitivos de la Ley 890 de 2004, y que la reparación en el particular no obedece a la voluntad expresa y espontánea de la procesada, sino a la liberalidad de la víctima, quien se dio por indemnizada íntegramente por los perjuicios generados, razón por la que no otorgó el máximo beneficio del artículo 269 del Código Penal, que prescribe una disminución de la pena de la mitad a las tres cuartas partes.

Igualmente, analizó que solo se facilitó la aceptación de responsabilidad en la fase inicial del juicio oral, por lo que fijó la pena en treinta y seis (36) meses de prisión y multa equivalente a setecientos cincuenta (750) SMLMV.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La defensa apela la decisión, por presentar inconformidad con la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, aduce falta de motivación, pues sin ningún fundamento, se aumentó el doble del mínimo de la pena, sin ser coherente con la decisión tomada anteriormente, y que fue objeto de nulidad.

Sostiene que en la audiencia de “4 de noviembre de 2020” (sic), la fiscalía retiró el preacuerdo, para que se diera la ruptura de la unidad procesal frente al delito de uso de menores de edad en la comisión de delitos, pero que, en conversaciones con el delegado Fiscal, y con el fin de hacer menos gravosa la situación de la procesada, se consideró que lo más beneficioso era que aceptara la totalidad de los cargos, por cuanto estaba próxima a cumplir la pena impuesta en la sentencia anulada – 24 meses-, cuyo monto, por seguridad jurídica, sería el mismo impuesto en oportunidad anterior.

Señala que el 5 de febrero de 2021, se realizó la audiencia de individualización de penas y lectura de sentencia, razón por la que solicitó, por economía procesal, y en concreto, mantener el mismo monto de la pena pactada con anterioridad de 24 meses, y se restableciera la libertad de su prohijada, por pena cumplida.

Argumenta que en el desarrollo de la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, sumado a la petición de la fiscalía de imponer igual pena anterior pactada – 24 meses-, solicitó al despacho, incorporar todos los argumentos esbozados en la sesión que quedó sin efectos, y los elementos materiales probatorios, como la declaración juramentada del señor Álvaro Álzate, y el registro civil de nacimiento de su hija menor con el fin que verificara el cumplimiento de la pena y restableciera la libertad de su representada.

Sostiene que nuevamente el Juez *a quo*, no se pronunció en relación con la sentencia del Juzgado Primero Penal Municipal

de Itagüí, con SPOA 053606110744201700001, del 28 de noviembre de 2019, que inaplicó el artículo 68 A, en un caso similar.

Expone que conoce de los efectos jurídicos de la nulidad de la sentencia, dado que deja sin efectos los argumentos trazados por el Juez *a quo*, en la decisión de 21 de abril de 2020, y que no obligan en la nueva sentencia, pero está en desacuerdo en la falta de motivación para aumentar la pena impuesta, con similares razonamientos, dado que se condenó a una pena de treinta y seis (36) meses , pero sin pronunciarse con fundamentos jurídicos, sobre el aumento de 12 meses, sin razón, frente al monto analizado en la sentencia anulada.

Indica que se sostuvo en igual argumento en ambas sentencias – la anulada y actual- para imponer la pena, esto es, “...no partía del mínimo de la pena señalada en el cuarto mínimo, porque la reparación no obedeció a la voluntad expresa y espontánea de la procesada, sino a la liberalidad de la víctima y por darse ad portas del juicio”, sólo que en la proferida el 5 de febrero de 2021, impuso 36 meses de prisión.

Increpa que la nulidad operó para corregir un vicio, más no para censurar un criterio del juez, pues no encuentra razón para que el juez aumente una pena, al referir, que no está atado a su propia decisión anulada, pero aplica igual efecto como si no existiera.

Solicita “...con el fin de garantizar un debido proceso y una seguridad jurídica, solicito que se comparen las dos sentencias, tanto la que se nulitó, como la proferida el 05 de febrero de 2021, para observar que no hay condiciones diferentes o cambios para que el juez cambie una decisión, sin argumentación jurídica.”

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la competencia.

La Sala Penal del Tribunal es competente para decidir el recurso de apelación promovido por la defensa contra la sentencia emitida el 5 de febrero de 2020, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, de conformidad con los artículos 34 de la Ley 906 de 2004 y 179 de la misma obra, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, en concordancia con el artículo 31 de la Constitución Política.

Del caso en concreto

De lo actuado se advierte que, con posterioridad a la declaratoria de nulidad por parte de esta Sala a partir de la decisión de aprobación del preacuerdo presentado, la primera instancia ante la solicitud de fiscalía de retirar el preacuerdo y en su lugar presentar preclusión por el delito de uso de menores de edad en la comisión de delitos, autorizó el retiro del mismo, decretó la ruptura de la unidad procesal¹¹ y ante la manifestación de la acusada de aceptar los cargos por el delito de extorsión agravada en grado de tentativa¹² procedió a aprobar el allanamiento parcial a cargos, previa información en extenso sobre sus derechos conforme al artículo 8 de la Ley 906 de 2004, las consecuencias del allanamiento a cargos, la concesión de los subrogados penales y

¹¹ Récord 12 minutos y 17 segundos.

¹² Récord 47 minutos y 35 segundos.

la expresa prohibición legal del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, y que forzosamente el cumplimiento de la pena sería de forma intramural. Asimismo, aclaró que dado que el proceso terminaba de forma anticipada por vía de allanamiento a cargos, tenía como único beneficio la inaplicación de los incrementos punitivos de la Ley 890 de 2004.

De la audiencia que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se extrae que la fiscalía refirió¹³ que dejaba a consideración del juez la tasación final de la pena dentro del marco punitivo permitido, bajo el entendido que no existían circunstancias de mayor punibilidad, ni otras adicionales, y que debía fijarse dentro del primer cuarto, teniendo en cuenta que se había producido la reparación del artículo 269 del Código Penal, por lo que tendría derecho a una reducción de la pena, desde las tres cuartas partes a la mitad, así que oscilaría entre 24 a 42 meses. Igualmente adujo que, en virtud de la aceptación de cargos, a última hora y en sede de juicio oral, considera que debe haber un reconocimiento de hasta un máximo de la sexta pena a imponer.

Por su parte, la defensa adujo¹⁴ estar conforme con lo expuesto por la fiscalía, en el sentido que en la actuación obraba reparación a la víctima; manifestó, que solicitaba atender los mismos criterios en que se basó la sentencia anulada, para imponer la tasación de la pena, con el fin de no empeorar la situación de la condenada, y declarar la pena cumplida para restablecer la libertad de **Johana Milena Álzate**.

¹³ Audiencia de individualización de la pena y sentencia, sesión de 5 de febrero de 2021, a partir del minuto 2 y 30 segundos

¹⁴ Audiencia de individualización de la pena y sentencia, sesión de 5 de febrero de 2021, a partir del minuto 7 y 50 segundos

En esta nueva audiencia, nada dijo la defensa, contrario a como lo manifiesta en su alegato de apelación, en cuanto a solicitar la incorporación de todos los elementos materiales esbozados en la sesión que quedó sin efectos debido a la nulidad, tampoco sobre la inaplicación del artículo 68 A del Código Penal, o pedir pronunciamiento sobre el por qué no tenía fuerza vinculante lo razonado por otro funcionario judicial del circuito de Itagüí, por tanto, no podía el a quo pronunciarse al respecto.

Es preciso resaltar que, ante estas nuevas circunstancias procesales, posteriores a la declaratoria de nulidad, carece de fundamento la petición de la defensa relacionada con que se retrotraiga la aplicación de la pena a los 24 meses que fueron impuestos en la decisión que aprobó el preacuerdo y fue nulitada, menos aún que dicha decisión sea vinculante en el actual momento procesal y que de no hacerse se empeora la situación de **Johana Milena Álzate**, pues recuérdese que la invalidez de esa decisión implicó que se dejaran de desplegar sus efectos jurídicos y, de otro lado, la primera instancia al momento de sustentar la pena a imponer hizo expresa mención a la facultad de corregir los yerros producidos, por lo que procedió a dar las razones sustento de su decisión.

Ahora bien, la actividad mediante la cual se fija la pena, al igual que cualquier otra decisión judicial, requiere de una motivación suficiente, esto es, una explicación racional de los fundamentos por los que se arriba a una solución, y no a otra, dado que se encuentra erradicada cualquier forma que deleve simple arbitrariedad judicial¹⁵ pues la motivación no puede ser aparente, y

¹⁵ sentencia de 26 de junio de 2013, radicado 40.234

debe ajustarse a los criterios que autorizan al juzgador, ya que constituye elemento esencial de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa¹⁶.

En la tasación de la pena refirió el juez en la sentencia que, por ser la conducta punible aceptada en modalidad tentada, modificaba los extremos conforme al artículo 27 del Código penal, por lo que partió de setenta y dos (72) a ciento noventa a dos (192) meses de prisión y la multa de 1.500 a 4,500 S.M.L.M.V., y aseguró que no tendría prosperidad la solicitud de la defensa consistente en aplicar la pena pactada en el preacuerdo retirado por la fiscalía consistente en 24 meses, porque lo actuado en esa oportunidad quedó sin efecto, por lo que, en orden a la corrección de los actos judiciales, se examinaría y evaluaría aspectos que justificaran razonadamente el monto de la rebaja de pena por la reparación del daño que trata el citado artículo 269.

Seguidamente estableció el ámbito movilidad y sostuvo que, al no converger circunstancias de mayor punibilidad, situaría la pena en el primer cuarto, en la mínima, teniendo en cuenta que no hubo consumación del delito, dado que se organizó una entrega controlada que impidió su consumación, razón por la que fijó la pena principal en setenta y dos (72) meses de prisión y multa equivalente a mil quinientos (1.500) S.M.L.M.V.

De esta manera, se observa adecuada la aplicación de la modificación de los extremos conforme al artículo 27 del Código penal y la fijación de la pena en el primer cuarto, en el mínimo, en la medida que no afloró circunstancias de mayor punibilidad que obligara a partir de un guarismo o cuarto de movilidad mayor.

¹⁶ sentencias radicados 32.018 de 2 de febrero de 2011 y 32.173 de 23 de mayo de 2012

En lo que toca con la rebaja punitiva del artículo 269 del Código Penal, no sobra recordar que jurisprudencialmente se ha decantado que al tratarse la reparación de perjuicios de un fenómeno post – delictual, procede: i) cuando el procesado restituye el objeto material del delito, o su valor, e indemniza los perjuicios ocasionados a la víctima; ii) no es un instituto atenuante de responsabilidad; sino un mecanismo de reducción de pena; iii) es posterior al delito, y no tiene incidencia en el juicio de responsabilidad, por eso solo afecta la pena individualizada; iv) es afín con la dosificación de la pena, no con los límites punitivos de los tipos penales; v) no es facultativa, sino de carácter objetivo, pero con discrecionalidad sobre el monto, conforme al ámbito especificado en la norma¹⁷.

También, ha reiterado que es un derecho, el cual se graduará por el juez atendiendo factores como “...el momento y las circunstancias en que se realizó el pago de los perjuicios...”¹⁸.

En relación con los criterios para la fijación del monto de rebaja se ha considerado:

“Ahora bien, la norma sustantiva determina que el procesado tiene derecho a una disminución que va de la mitad a las tres cuartas partes (50% al 75%), descuento que si bien es discrecional de juez, no es arbitrario, puesto que ha de tener en cuenta el interés mostrado por el acusado «en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas» (CSJ SP16816/2014, rad. 43959).

En ese orden, debido a que en este caso el resarcimiento tuvo lugar en la última instancia procesal prevista para el efecto, lo que significó mayor desgaste de la Fiscalía, quien actuó en representación de los intereses de la ofendida, la Sala considera que la rebaja punitiva será la menor, esto es, del cincuenta por ciento (50%).”¹⁹

¹⁷ ver sentencia de 13 de febrero del 2003, radicado 15.613

¹⁸ ver sentencias de 6 de mayo de 2015, radicado 42.391; y de 26 de junio de 2013, radicado 40.234

¹⁹ SP11895-2015, radicado 44.618; reiterado en la SP4776-2018, radicado 51.100,

En la motivación, recordó el juez *a quo* que la rebaja derivada de la aceptación de responsabilidad de la procesada quedó establecida al no aplicar los incrementos punitivos de la Ley 890 de 2004, y que la reparación en particular no obedecía a la voluntad expresa y espontánea de la procesada, sino a la liberalidad de la víctima, quien se dio por indemnizada íntegramente por los perjuicios generados, razón por la que no otorgó el máximo beneficio que trata el artículo 269 del Código Penal. Sumado a lo anterior, destacó que, solo facilitó la aceptación de responsabilidad en la fase inicial del juicio oral, por lo que generó un desgaste a la administración de justicia.

En el sub examine, el acto indemnizatorio tuvo lugar con la presentación del preacuerdo el pasado 17 de marzo de 2020²⁰, a través de escrito suscrito por la víctima Carlos Arturo Arbeláez Rojas, en el cual manifiesta *“me encuentro reparado e indemnizado por parte de la señora JOHANNNA (sic) MILENA ALZATE LOPEZ, (...) quien se comprometió a la no repetición y no retaliación, además de su arrepentimiento, se logrará un justicia en pro de la humanización la actuación penal”*.

Aunque la manifestación de reparación fue antes de la emisión de la sentencia de 1 de abril de 2020, que fue objeto de anulación, lo cierto es que hubo desgaste a la administración de justicia, debido a que el allanamiento a cargos se hizo en la fase inicial del juicio oral.

En efecto, no hubo ánimo de la procesada en subsanar los perjuicios ocasionados, y fue la víctima quien se dio por reparada, bajo el compromiso de que la acusada no repetiría los hechos y no

²⁰ Pdf: “01CarpetaConocimiento.pdf”, pág. 72

tomaría represalias; empero, en todo caso, fue antes que se dictara la actual sentencia de primera instancia, satisfaciendo uno de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para otorgar el descuento del artículo 269 del Código Penal.

En cuanto a la pronta reparación de la víctima, basta hacer una comparación temporal desde la fecha de la ocurrencia de los hechos (5 de octubre de 2018), para resaltar que no fue ágil; es más, por la fecha en que se presentó el escrito de reparación ante el juez de conocimiento – 17 marzo de 2020-, podría hasta pensarse que obedeció a la presentación de la negociación en esa fecha, por lo que, en estricto sentido, la señora **Johana Milena Alzate**, no tendría derecho a la máxima rebaja del 75% de rebaja, sino a una parte de ella.

En ese orden, de acuerdo con el criterio jurisprudencial citado, como quiera que la aplicación de la rebaja no es facultativa, sino de carácter objetivo, pero con discrecionalidad sobre el monto, conforme al ámbito especificado en la norma, atinadamente la primera instancia consideró no aplicar el máximo descuento del 75 por ciento, ante la falta de esfuerzo e iniciativa de la condenada para resarcir los daños generados, ya que, en estricto sentido no hubo restitución del objeto material del delito o su valor, y mucho menos indemnización de perjuicios ocasionados al ofendido por parte de **Johana Milena**. Lo anterior, sumado al momento procesal en que aceptó responsabilidad, por lo que la motivación dada por el juez de primera instancia para imponer finalmente la pena principal treinta y seis (36) meses de prisión y multa setecientos cincuenta (750) S.M.L.M.V. se encuentra acertada y se procederá a su confirmación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida el 5 de febrero de 2020, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, contra **Johanna Milena Álzate López**, como autora del delito de Extorsión Agravada, en la modalidad de tentativa, con la cual impuso, la pena principal treinta y seis (36) meses de prisión y multa setecientos cincuenta (750) S.M.L.M.V.

SEGUNDO: Declarar que, contra esta sentencia, que se notifica en estrados, procede el recurso extraordinario de casación en la forma y términos contemplados en los artículos 181 y siguientes de la Ley 906 de 2004, modificada por la ley 1395 de 2010.

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:

2e79320c85f0ca4134cdb6dcba1ead4aea85942f9643e307ff9c75bdaccac2

29

Documento generado en 16/07/2021 02:20:37 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 085

RADICADO : 2017-2291-1 (CUI: 05 837 60 00367 2014 00390)
PROCESADOS: DIEGO CÓRDOBA SALAZAR
DELITO : ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
DECISIÓN : EXTINGUE ACCIÓN PENAL POR MUERTE

ASUNTO

Sería del caso entrar a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el Representante del Ministerio Público, contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, mediante la cual, absolvió al señor DIEGO CÓRDOBA SALAZAR del delito de Actos sexuales con menor de catorce años, si no fuera porque se observa una causal de extinción de la acción penal.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia del 15 de septiembre de 2017, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo ABSOLVIÓ al señor DIEGO CÓRDOBA SALAZAR del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS.

Contra esta decisión, la Fiscalía y el representante del Ministerio Público, interpusieron el recurso de apelación en virtud del cual se encuentra actualmente conociendo la actuación esta Magistratura.

PRESUPUESTOS DE LA DECISIÓN

Mediante Oficio Nro. DSA-20600-01-02-114-2021 Nro. 299 del 10 de Junio de 2021, el Fiscal 114 Seccional de Turbo remitió copia del Registro Civil de Defunción con indicativo Serial Nro. 08265310, correspondiente a DIEGO CÓRDOBA SALAZAR, por lo que esta Magistratura ordenó correr el respectivo traslado a las demás partes intervinientes, mediante Auto del 01 de julio de 2021, sin que las mismas se hayan pronunciado.

El Grupo de Atención e Información Ciudadana de la Registraduría Nacional del Estado Civil certificó que a la fecha del 01 de julio de 2021, en el archivo nacional de identificación se encuentra que la cédula de ciudadanía 1.045.488.568, expedida el 01 de julio de 2004, en el municipio de Turbo, Antioquia, a nombre de Diego Córdoba Salazar, se encuentra en estado de "CANCELADA POR MUERTE", con fecha de afectación del 18 de mayo de 2021.

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Las causales de extinción de la acción penal se encuentran consagradas en los artículos 82 del C.P. y 77 del C.P.P.

Estas causales impiden continuar o iniciar el ejercicio de la acción penal, y aunque de manera taxativa se encuentran consagradas en estos artículos, existen otras que también son causales de extinción aunque no estén definidas expresamente.

Para lo que interesa, a fin de resolver el presente asunto, se tiene que el artículo 82 del Código penal, en su numeral primero consagra la muerte del procesado como causal de extinción. Esto en concordancia con el artículo 77 del C.P.P, que trae esta misma causal. Igualmente, conforme con el artículo 332 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal procede la preclusión de la investigación.

Sin hacer mayores elucubraciones para evitar un desgaste innecesario ante lo evidente de la situación, se tiene que el señor DIEGO CÓRDOBA SALAZAR falleció el pasado 11 de abril de 2021 a la 01:30 horas, No. de certificado de defunción 72429987-0, tal como lo acredita el registro civil de defunción indicativo serial 08265310 que fuera allegado por el señor Fiscal 114 Seccional de Turbo, doctor OMAR DARÍO GARCÍA MARTÍNEZ, lo que por obvias razones impide un pronunciamiento de fondo en su contra.

Así las cosas, se declarará la extinción de la acción penal por muerte y se ordenará la PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN a favor del señor DIEGO CÓRDOBA SALAZAR, quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía 1.045.488.568, advirtiéndose que existe una menor que fue reconocida como víctima dentro del proceso adelantado en su contra.

Esta decisión tiene efectos de cosa juzgada con fundamento en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, debiendo retornar de

manera inmediata las diligencias al juzgado de origen para lo pertinente.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, **RESUELVE:** DECLARAR la extinción de la acción penal, con fundamento en los artículos 82 numeral 1 del Código Penal y 77 del Código de Procedimiento Penal, y ordenar la PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN a favor del señor DIEGO CÓRDOBA SALAZAR, por haberse verificado su fallecimiento. Esta decisión tiene efectos de cosa juzgada conforme al artículo 80 del C.P.P.

Esta providencia se considera notificada en estrados y contra ella proceden los recursos de ley. Devuélvase las diligencias a su lugar de origen.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

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:
**f1035409476b85455b6b556abfc356eb727e992a175123c3e567f1c9f
e82c980**

Documento generado en 16/07/2021 11:28:04 a. m.

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 088

PROCESO : 2021-1044 (05000-22-04-000-2021-00399)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : GERARDO DE JESÚS VILLADA GARCÍA
ACCIONADOS : JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE
TÁMESIS Y OTROS
PROVIDENCIA : SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por GERARDO DE JESÚS VILLADA GARCÍA, en contra del JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE TÁMESIS, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales.

A la demanda se vinculó de manera oficiosa a la Fiscalía 35 Seccional de Támesis, al defensor Doctor Bernardo Cardona Duque, al Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de Control de Garantías de Támesis, al representante de Víctimas y a los Juzgados Primero y Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario.

LA DEMANDA

En síntesis, asevera el accionante en su demanda, aduciendo presentar recurso de reposición, que solicita se acceda a una redosificación de la pena, debido a que considera que fue condenado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis a una pena exageradamente alta, que se le impuso esa pena, sin pruebas y pese a que su defensa no se hubiese opuesto al alto quantum de la pena.

Señala que aunque se allanó, lo realizó por las palabras de su abogado defensor, quien le indicó que se allanara para que le dieran menos años de pena y porque de todas maneras sería condenado.

Agrega que se encuentra en un Centro Penitenciario cumpliendo a cabalidad con los objetivos resocializadores, accediendo a las labores lúdicas intramurales, asistiendo a clases semi presenciales y obteniendo calificaciones en grado sobresaliente.

LAS RESPUESTAS

1.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario informó que revisado el libro radicado y sistematizado de actuaciones internas del despacho, pudo establecer que, no conoce, ni ha conocido, proceso penal en contra de Gerardo de Jesús Villa García.

2.- El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Támesis remite los respectivos audios de control de garantías y actuaciones surtidas dentro del proceso tramitado en contra del señor Villa García.

3.- El Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis informó que la Fiscalía 35 Seccional del Circuito Judicial de Támesis acusó a Gerardo de Jesús Villa García como autor de los delitos homogéneos, sucesivos e indeterminados de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

Explicó el trámite de la actuación e indicó que en el juicio oral se le informa al procesado la posibilidad de aceptar los cargos, advirtiéndole la prohibición establecida en la Ley especializada de infancia y adolescencia para el otorgamiento o concesión de rebajas de pena, así como la concesión de beneficios judiciales o administrativos y el señor Villa García aceptó los cargos luego de ser interrogado por el despacho en los términos del artículo 131 del C.P.P.

Expuso que luego del control de legalidad del acto de allanamiento a cargos (no existieron vicios del consentimiento por error, fuerza o dolo) se instaló el mismo día la audiencia de individualización de pena y sentencia y al culminar se fijó fecha de audiencia de lectura de fallo la cual se llevó a cabo el 24 de febrero de 2020 en la cual se condenó como autor penalmente responsable del concurso real homogéneo, sucesivo e indeterminado de delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravados a la pena principal de 198 meses de prisión, así como a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena privativa de la libertad.

Indicó que la Fiscalía formuló pliego de cargos en contra del señor Villada García por el referido delito en concurso, agravándolo bajo la causal 5ª del art. 211 del C. Penal, modificado por el art. 30 de la Ley 1257/08, dado el parentesco de afinidad existente entre la víctima y el acusado, toda vez que se trataba de su padrastro y al momento de dosificarse la pena, no se tuvo en cuenta ninguna circunstancia genérica de agravación punitiva, como sí una de menor punibilidad como fue la dispuesta en el

numeral 1º del art. 55 del C. Penal, la carencia de antecedentes penales, por tanto conforme lo dispuesto en el art. 61 del estatuto punitivo partió del cuarto mínimo, luego de establecer los extremos que, dada la agravante, oscilaron entre 16 y 30 años, se opta por imponer la pena mínima de 16 años, o lo que es lo mismo, ciento noventa y dos meses de prisión, y dado el concurso se dispuso incrementarlo en 6 meses más según las reglas que define el art. 31 ibídem, para un total de 198 meses de prisión.

Señaló que tanto en la aceptación de cargos como en la audiencia de lectura de fallo, el actor estuvo asistido por defensores designados por el Sistema de Defensoría Pública.

Adujo que la sentencia no fue recurrida por ninguno de los asistentes y que el acusado nunca ha elevado solicitud alguna con posterioridad a la sentencia, mucho menos solicitudes relacionadas con redosificación punitiva, por lo que solicita desatender la pretensiones de tutela, en tanto, la pena fijada no quebranta el principio de legalidad, no se cumple con el requisito de inmediatez y el agotamiento de todos los medios de defensa a su alcance.

4.- El Doctor Bernardo Cardona Duque informó que el proceso penal contra el señor GERARDO DE JESÚS inició el 22 de mayo de 2019 en sus audiencias preliminares, fue asistido por varios defensores públicos, en tanto en esa época no había defensor público titular del Circuito de Támesis – Antioquia.

Adujo que el 13 de febrero de 2020, al inicio del juicio oral el señor acusado aceptó los cargos y el día 20 de febrero de 2020 fungió como defensor, por orden de la Coordinadora procediendo a asistir al Juzgado Penal del Circuito de Támesis – Antioquia, en aras de participar en la audiencia de lectura de sentencia, en contra señor Villada García en ese

proceso, allí lo conoció y le manifestó que efectivamente, él había aceptado los cargos.

Informó que no apeló la sentencia, pues había un allanamiento a cargos y los delitos por los que iba a ser sentenciado están contenidos en el artículo 68A del código penal, que prohíbe todo tipo de rebaja de penas y subrogados, además de que la audiencia del artículo 447 del código procesal penal, se había realizado en la audiencia de allanamiento a cargos.

5.- El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario indicó que le vigila al actor la pena de 198 meses de prisión impuesta el 24 de febrero de 2020 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis- Antioquia, al hallarle penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

Afirmó que revisada la cartilla de ejecución de la pena, no se advierte solicitud alguna que se encuentre pendiente de impartir trámite, menos de redosificación de la pena, por lo que ese despacho no ha conculcado derecho fundamental alguno en disfavor del señor Villada García.

6.- El Doctor Víctor Mario Vélez Pardo, representante judicial de las víctimas y adscrito a la Defensoría Pública informó que su función principal es garantizar los derechos y las garantías de las víctimas niños, niñas y adolescentes y en el presente caso tuvo pleno conocimiento que el actor aceptó los cargos de forma libre, consciente y voluntario, respetándole sus derechos y garantías, afirmando que en la audiencia del artículo 447 del C.P.P. solicitó se partiera del cuarto mínimo de la pena imponer y en relación con la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, no era merecedor de dichos beneficios conforme al artículo 68 A y la Ley 1098 de 2006 artículo 199.

7.- El Fiscal 35 Seccional de Támesis indicó que adelantó proceso penal en contra del señor Villa García y guardando congruencia con la imputación previa realizada, lo acusó del concurso de delitos homogéneos, sucesivos e indeterminados de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, artículos 208 y 211 numeral 5 del Código Penal.

Señaló que en audiencia de juicio oral celebrada el 13 de febrero de 2020 el juez le informó al acusado la posibilidad de aceptar cargos advirtiéndole la prohibición establecida en la ley de infancia y adolescencia para el otorgamiento de rebajas de pena y concesión de beneficios judiciales o administrativos, y ante lo cual el señor Gerardo de Jesús aceptó los cargos formulados y respecto a la pena se partió del cuarto mínimo al no haberse deducido circunstancias genéricas de mayor punibilidad y si una de menor punibilidad consistente en la carencia de antecedentes penales, por lo que luego de estar a establecer los extremos punitivos, se parte 192 meses y dado el concurso se incrementó en 6 meses, fijando la pena en 198 meses de prisión.

LAS PRUEBAS

- El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Támesis allegó las actuaciones surtidas en razón del proceso adelantado y audios de control de garantías.
- El Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis allegó copia de la sentencia y compartió link de los audios del proceso.

CONSIDERACIONES

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

Las providencias judiciales en todos los niveles se encuentran soportadas en los principios de autonomía, independencia, acceso a la justicia y legalidad, y en esencia, dirigidas a que los ciudadanos puedan reivindicar sus derechos constitucionales y legales, siguiendo los parámetros establecidos por el legislador, lo que a la postre las hace inmodificables en pro de la seguridad jurídica y del respeto de la separación de poderes. Sin embargo, debido al carácter normativo, de supremacía de las normas constitucionales (art. 4º C.P) y de primacía de los derechos fundamentales (arts. 5º y 86 C.P.), la acción de tutela procede excepcionalmente contra las acciones u omisiones en que incurren los jueces al administrar justicia cuando son desconocidos los derechos constitucionales fundamentales.

Esta posición fue sostenida por la Corte Constitucional desde la sentencia C-543 de 1992, en la cual, si bien se declararon inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, al considerarse que desconocían las reglas de competencia establecidas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica, en su *ratio decidendi* se indicó que en circunstancias excepcionales, la acción de tutela procedía contra actuaciones judiciales cuando las mismas constituían vías de

hecho.

Se expresó que no “riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”.

A partir de ese momento, hasta la actualidad, los jueces Constitucionales han aplicado a los casos concretos el precedente jurisprudencial, con el fin de conjurar la vulneración abierta y ostensible de los derechos constitucionales fundamentales a través de acciones u omisiones de los operadores jurídicos, cuando no existe otro medio de defensa eficaz al alcance del afectado. Es decir, el amparo constitucional en estos casos, se convierte en el medio idóneo y eficaz a través del cual se adoptan las medidas necesarias para restablecer los derechos fundamentales amenazados o vulnerados mediante una decisión judicial, o en su caso puede proponerse como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

Las llamadas doctrinal y jurisprudencialmente “vías de hecho” o defectos en que pueden incurrir los jueces al adoptar sus decisiones, ahora se conocen técnicamente como causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Dentro de ella se encuentran unas genéricas o previas y otras específicas.

Las causales genéricas buscan asegurar la aplicación subsidiaria del amparo constitucional como medio de protección de derechos constitucionales fundamentales y se sintetizan de la siguiente forma:

- (i) Que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes, pues el juez de tutela no puede entrar en el análisis de situaciones que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que deben ser resueltos por otras jurisdicciones.
- (ii) Que se hayan agotado los otros medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa que se encuentren al alcance de la persona afectada, a no ser que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iustificadísimo* irremediable.**
- (iii) Que se cumpla con el principio de inmediatez o solicitud de protección constitucional dentro de un término prudente y razonable a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.
- (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales invocados.
- (v) Que la parte actora identifique claramente los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que ello hubiere sido posible, y,
- (vi) Que no se trate de sentencias de tutela, habida cuenta que la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, máxime cuando todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante la Corte Constitucional, en virtud del cual las decisiones judiciales no seleccionadas para revisión, se tornan definitivas.

Además de los requisitos generales expuestos, para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, es imprescindible acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben demostrarse plenamente y que se centran en los defectos o vicios

concretos en los que incurren los jueces en las actuaciones judiciales, que lesionan derechos fundamentales de los asociados.

Frente a las causales especiales traídas a colación, nuestro máximo Órgano Constitucional, los ha concretado de la siguiente forma¹:

En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

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

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

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

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

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

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

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez

¹ Sentencia T-125 de 2012

² Sentencia T-522/01

ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado³.

h. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”⁴

Es decir, siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente ejercitar la acción de tutela como mecanismo excepcional por vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Así, se exige que la conducta del operador jurídico sea arbitraria con la consecuente vulneración grave de derechos fundamentales de alguna de las partes. De igual forma se debe establecer si la presunta afectación puede superarse por los medios ordinarios instituidos en el respectivo proceso con miras al restablecimiento de los derechos conculcados, salvo que tales recursos o medios de defensa, no sean eficaces para deparar una protección expedita e integral, en caso de que el requerimiento sea inmediato e impostergable, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En términos generales, la acción de tutela ha sido concebida única y exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para las cuales el sistema jurídico no tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la

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

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

protección del derecho presuntamente amenazado.

En el presente caso, el actor solicita se le conceda redosificación de la pena, en virtud a que considera que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis lo condenó a una pena exageradamente alta, ello pese a que se allanó a los cargos, pues manifiesta que lo hizo por recomendación del abogado, a fin de que le rebajaran la pena o le impusieran un monto moderado.

Conforme con lo expuesto, puede advertirse que para la presente demanda de tutela, no se cumplen con los requisitos genéricos, ni específicos de procedibilidad expuestos en acápites anteriores y en tal sentido la solicitud de amparo no puede prosperar.

La Honorable Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la acción de tutela frente a decisiones judiciales no puede ser utilizada como una instancia paralela y en principio no procede mientras el proceso judicial esté en curso, pues es allí donde la parte tiene todas las garantías, mecanismos y recursos para la protección de sus derechos fundamentales, sin que se permita que el Juez Constitucional en un término breve reemplace al Juez natural en la decisión del caso o que de otro lado, se pretenda utilizar para revivir oportunidades procesales vencidas.

Así, en Sentencia T-113 de 2013, la Alta Corporación señaló:

6. En general, por mandato del artículo 86 de la Constitución Política, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial. Ahora bien, la jurisprudencia ha precisado que tratándose de tutelas contra providencias judiciales la verificación del requisito de subsidiariedad implica un examen más riguroso⁵.

En efecto, al estudiar el requisito de subsidiariedad en estos casos se

⁵ Cfr. Sentencias T-108 de 2003, SU-622 de 2001, T-567 de 1998 y C-543 de 1992.

pueden presentar dos escenarios: i) que el proceso haya concluido⁶; o ii) que el proceso judicial se encuentre en curso⁷. Lo anterior constituye un factor para diferenciar el papel del juez constitucional en cada caso, de una parte, si se enfrenta a la revisión de la actuación judicial de un proceso concluido deberá asegurarse que la acción de amparo no se está utilizando para revivir oportunidades procesales vencidas, que se agotaron todos los recursos previstos por el proceso judicial para cuestionar las decisiones impugnadas y que no se emplea la acción de amparo como una instancia adicional. De otra parte, si el proceso se encuentra en curso la intervención del juez constitucional está en principio vedada, pues como se sabe la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo pero puede resultar necesaria para evitar un perjuicio irremediable que comprometa la vulneración de derechos fundamentales.

Bajo esta perspectiva, la sentencia **T-211 de 2009**⁸ precisó al menos cuatro razones por las que el estudio del requisito de subsidiariedad es fundamental para determinar la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales:

“La primera consiste en que las sentencias son decisiones emanadas de un juez que recibió el encargo constitucional de poner fin a las controversias en una jurisdicción determinada, para lo cual, fue revestido de autonomía e independencia. Cuando la acción de tutela se instaure como recurso alternativo o como último recurso judicial para obtener una decisión favorable en cualquier materia, se desconoce la división de competencias que la misma Carta ha delineado, y se niega el principio de especialidad de la jurisdicción. Adicionalmente, cuando se promueve el amparo de manera complementaria a los procesos judiciales ordinarios, la decisión del juez constitucional –que por la naturaleza de la acción de tutela tendrá que adoptar una decisión en menor tiempo- puede terminar imponiendo interpretaciones de carácter legal al juez que está encargado del proceso.

En uno y otro caso, la acción de tutela que no es presentada con apego estricto al principio de subsidiariedad, niega la garantía del debido proceso, de acuerdo con la cual, una persona sólo puede ser procesada por su “juez natural”.

Una segunda razón estriba en el respeto por la importancia del proceso judicial. Las etapas, recursos y procedimientos que conforman un proceso, son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías del debido proceso. Es en este sentido que la sentencia C-543/92 puntualiza que: “tratándose de

⁶ Sentencia T-086 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁷ En la sentencia T-211 de 2009, la Sala precisó: “(...) el amparo constitucional no se ha constituido como una instancia adicional para decidir conflictos de rango legal, ni para que los ciudadanos puedan subsanar las omisiones o los errores cometidos al interior de un proceso. En otras palabras, la Corte ha sostenido que la acción de tutela no es un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimado como último recurso de litigio.”

⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia T-649 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la cual se estudió la idoneidad y eficacia del recurso de revisión en la jurisdicción contencioso administrativa que hacía improcedente la acción de tutela porque existía otro medio de defensa judicial.

*instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el **proceso**, tal como lo acreditan sus remotos orígenes” (negritas del original). **Por tanto, no es admisible que el afectado alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental cuando no ha solicitado el amparo de sus derechos dentro del proceso, pues, en principio, el ordenamiento jurídico le ha dotado de todas las herramientas necesarias para corregir durante su trámite las irregularidades procesales que puedan afectarle.***

Como tercera razón, la acción de tutela instaurada contra providencias judiciales, cuando no se han agotado los mecanismos ordinarios de protección, atenta contra la seguridad jurídica del ordenamiento. No hace parte de los fines naturales de la acción de tutela el causar incertidumbre jurídica entre los asociados. Por esto, la Corte ha reiterado que la acción de tutela contra providencias judiciales no pretende sustituir al juez natural, ni discutir aspectos legales que ya han sido definidos, o están pendientes de definir. Sin embargo, cuando se desconoce el principio de subsidiariedad, y se intenta usar la acción de tutela como otra instancia u otro recurso de litigio, sin que existan razones evidentes para advertir violaciones a derechos fundamentales, se atenta contra la cosa juzgada y contra la seguridad jurídica.”

7. En suma, corresponde al juez constitucional evaluar de forma rigurosa la subsidiariedad de la acción de tutela contra providencias judiciales teniendo en cuenta las pautas generales sobre la existencia de otros medios de defensa judicial y si se trata de un proceso concluido o en curso. La anterior verificación del requisito de subsidiariedad conlleva la salvaguarda de las siguientes garantías: i) el juez natural; ii) el respeto por el debido proceso propio de cada actuación judicial; y iii) la protección de la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

(...)

17. En ese contexto, corresponde a la Sala evaluar de forma rigurosa la subsidiariedad de la acción de tutela contra providencias judiciales teniendo en cuenta las pautas generales sobre la existencia de otros medios de defensa judicial y que se trata de un proceso penal en curso. De hecho, que en el caso objeto de estudio se encuentre un proceso judicial en trámite desvirtúa, en principio, la procedencia de la acción de amparo, puesto que como se mencionó el mecanismo constitucional no puede emplearse de forma alternativa a los procesos ordinarios⁹.

⁹ Como excepción a esta regla puede consultarse, por ejemplo, la sentencia T-704 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la que a pesar de que el proceso penal se encontraba en curso la Sala avaló el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en aras de garantizar la primacía del derecho sustantivo así como por tratarse de la legitimidad de la víctima para solicitar la medida de aseguramiento, lo cual comprometía, bajo dos interpretaciones, los derechos fundamentales del actor: “En efecto, la crítica a la imposición de la medida de aseguramiento que se surte a través de la tutela, no se centra en cuestionar la concurrencia de los presupuestos materiales para su imposición. La discusión radica en la legitimidad de un determinado sujeto procesal (la víctima) para instaurar esta solicitud. De modo que si bien, bajo una perspectiva amplia se puede entender que este presupuesto está implícito en el artículo 308 del C.P.P., y que por ende la revocatoria se podría impetrar cuando falle este presupuesto procesal, puede surgir, así mismo, un

Al respecto, destaca la Sala que el escenario natural para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante es el proceso penal. Al interior del mismo fungen como operadores judiciales sus jueces naturales, quienes están llamados al respeto del debido proceso propio de cada actuación judicial a fin de garantizar los derechos fundamentales de las partes, y por lo tanto, la intromisión del juez constitucional desconoce la seguridad jurídica y la cosa juzgada inherente a cada juicio.

No obstante, la protección de derechos fundamentales a través de la acción de tutela permite la intervención del juez constitucional siempre que se demuestre que no existe otro medio de defensa judicial o que se pretende evitar un perjuicio irremediable.

18. En términos concretos, en este caso la procedencia de la acción de tutela depende de identificar si al interior del proceso penal es posible encontrar otro medio de defensa judicial para subsanar la supuesta irregularidad en que incurrió la Fiscalía Sexta Delgada ante la Corte Suprema de Justicia al denegar el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de 2 de mayo de 2012. En particular, si la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, es susceptible de ser planteada como causal de nulidad al interior del proceso, dentro de la oportunidad señalada en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

En efecto, tanto la autoridad judicial demandada como los jueces de instancia señalaron que en el proceso penal en curso es posible cuestionar bajo la figura de la nulidad lo pretendido en el actual trámite tutelar. Lo anterior significa, que el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, idóneo y eficaz, para la protección de sus derechos fundamentales.

(...)

De nuevo, reitera la Corte que **la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario que no puede invocarse forma paralela o complementaria a los mecanismos ordinarios**. Como quedó en evidencia para este caso el juez natural de la causa es la Corte Suprema de Justicia y es ese escenario el llamado a garantizar los derechos fundamentales de las partes. En efecto, el artículo 400 de la Ley 600 de 2000 era un recurso idóneo y eficaz para resolver la presunta vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia invocada por el accionante”.

(Resalta la Sala).

entendimiento formal que excluya esta hipótesis del mecanismo previsto en el artículo 318 del C.P.P. Por tanto, ante la doble interpretación que pueda surgir, y en procura de salvaguardar el derecho de acceso del procesado a la justicia, bajo una óptica de prevalencia del derecho sustancial, la Sala dará por satisfecho este presupuesto.”

Con respecto a los cuestionamientos realizados por el actor al proceso que le fuera adelantado en su contra, advierte la Corporación, que la presente acción de tutela no está llamada a prosperar.

En primer lugar, puede advertirse que el actor se queja, porque afirma que aceptó los cargos porque su abogado le indicó que de todas maneras sería condenado y que si los aceptaba, obtendría una rebaja de pena.

Es de anotar, que escuchado el correspondiente audio, se advierte que el 13 de febrero de 2020 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Tamesis una vez instalada la audiencia de Juicio Oral, el señor Juez le pone de presente al señor Villada García en qué consiste la aceptación de cargos, a qué derechos renuncia en el evento de hacerlo, cuáles son las consecuencias y le deja en claro que en caso de aceptarlos no tendría derecho a otorgamiento o concesión de rebajas de pena o beneficio administrativo alguno, por la prohibición establecida en la Ley especializada de infancia y adolescencia.

Seguidamente procede el Despacho a interrogarlo sobre si es su voluntad libre y consciente, previamente asesorado por el defensor, aceptar los cargos por el punible enrostrado por la Fiscalía, ante lo cual el señor Gerardo de Jesús Villada García indica: “sí mi *señoría*”¹⁰.

Posteriormente procedió a interrogar al señor GERARDO DE JESÚS VILLADA GARCÍA sobre si comprendía los derecho a los cuales estaba renunciando, a lo que informó el actor que “sí su *señoría*” y *que* si esa decisión de aceptar los cargos por la conducta de concurso de delitos homogéneos, sucesivos e indeterminados de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado es unilateral, libre y voluntaria, espontánea, ha sido debidamente asesorado por su defensor, es consciente de sus actos, respondiendo a cada pregunta “sí su *señoría*” y

¹⁰ Audio del 13 de febrero de 2020 (minuto 14:00) .

ante el cuestionamiento de si había sido coaccionado indicó que “no su señoría”. Se le indaga sobre si es consciente de que se va a dictar sentencia condenatoria, indicando que “sí su señoría”.

El Juez previo a aceptar los cargos analiza tres aspectos fundamentales;
1) La no existencia de vicios en el consentimiento, error, fuerza o dolo, advirtiendo que la decisión fue libre, consciente, voluntaria y espontánea, fue debidamente informado por el defensor y entendió claramente que no sería acreedor a rebaja alguna.

2) Que se desvirtuó la presunción de inocencia, haciendo un análisis de los documentos presentados por el Fiscal.

3) Se hayan observado las garantías fundamentales y se respetó el debido proceso al señor Villada García.

Luego de dicho análisis, el despacho procede a aceptar el allanamiento a cargos que realiza el señor Gerardo de Jesús Villada García. Acto seguido instala la audiencia del art.447 C.P.P., y le otorga la palabra a las partes para que emitan el pronunciamiento pertinente.

El 24 de febrero de 2020 el Juzgado Promiscuo Del Circuito de Támesis condenó al señor GERARDO DE JESÚS VILLADA GARCÍA a la pena de 198 meses de prisión al encontrarlo penalmente responsable del concurso real, homogéneo, sucesivo e indeterminado de delitos de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravados, negándole el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria y contra ella no se interpuso recurso alguno por ninguna de las partes¹¹.

En la sentencia proferida, frente a la pena imponible, puede observarse que la misma se encuentra dentro de los parámetros legales.

¹¹ Audiencia de individualización de pena y sentencia del 24 de febrero de 2020 (minuto 07:00).

El Juez conforme la conducta punible, **acceso carnal abusivo con menor de 14 años**, partió de la pena consagrada en el artículo 208 del C.P. (*modificado por el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008*), esto es, de 12 años a 20 años, **Agravado** en los términos del artículo 211 (*modificado por el artículo 7 de la ley 1236 de 2008*), en su **numeral 5°**, éste último reformado por el artículo 30 de la ley 1257 de 2008, dado el segundo grado de afinidad existente entre la víctima y victimario, por lo que proceden a modificarse los extremos punitivos los cuales se incrementan de 1/3 parte a la mitad y conforme el numeral cuarto del artículo 60 del Código Penal que dispone que "*cuando la pena se incrementa en dos proporciones, la menor se aplicará el mínimo y la mayor al máximo la infracción básica*" la menor proporción, que es la tercera parte, se aplica al mínimo de 12 años y la mayor, que es la mitad, al máximo de 20 años, por lo que la tercera parte de 12 es 4 que sumados a los mismos 12, suman 16 y la mitad de 20 son 10, que adicionados a los 20, totalizan 30, por lo que los nuevos extremos oscilaron entre 16 y 30 años de prisión, esto es, entre 192 meses y 360 meses de prisión. Posteriormente fijados los ámbitos de movilidad, se parte del cuarto mínimo, esto es, 192 meses y en atención al concurso de delitos, el despacho estimó suficiente incrementarlo en 6 meses más, para un total de 198 meses de prisión como pena privativa de la libertad del señor Villada García.

No se observa por parte de la Sala que se haya incurrido en ninguna vulneración de derechos fundamentales, ya que la Fiscalía formuló cargos por el delito de concurso de delitos homogéneos sucesivos e indeterminados de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado artículo 208 y 211 numeral 5° del Código Penal, delito por el cual fue condenado y la pena debidamente tasada como se advirtió.

En Segundo lugar, porque el actor, no interpuso el recurso de apelación contra la decisión que ahora pretende atacar por este medio constitucional.

En efecto, era presupuesto insoslayable para la eventual prosperidad de la presente acción, que el actor hubiera agotado los recursos ordinarios que tenía a su disposición para reclamar la defensa de los derechos que estimaba conculcados; es decir, en el evento, debió por lo menos haber impugnado la sentencia cuya legalidad hoy cuestiona, para que el Tribunal, o en su defecto la Sala de Casación Penal, revisaran dentro del marco de sus competencias funcionales, el presente caso.

Por lo anterior, resulta claro para la Corporación que para el presente caso la acción de tutela debe negarse, toda vez que frente a la providencia dictada por el despacho judicial accionado, no se observa ninguna vía de hecho, pues la misma respetó el debido proceso, habiendo motivado la decisión, con lo cual abrió paso para que las partes procesales, entre ellas el accionante, pudieran interponer los recursos que otorga la ley, como son el de apelación y eventual recurso extraordinario de casación.

Siendo así las cosas, no se observa por parte de la Sala una ostensible vía de hecho, por lo que lo que deviene en el presente caso, es negar la protección de amparo solicitada, por las razones que se acaban de exponer.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el actor no acreditó haber elevado solicitud alguna de redosificación de la pena, de ahí que no podría darse válidamente una orden de responder por parte de la Entidad, cuando ni siquiera existe constancia de que se hubiese elevado petición alguna y se le permitiera a la entidad pronunciarse, pues omite el actor el ejercicio de su derecho de petición, dentro del escenario propio para tal fin y acude en su lugar a la tutela como medio supletivo de defensa, cuando en su lugar debió agotar los medios que tiene a su alcance.

Por las anteriores consideraciones, la Corporación no atenderá la solicitud

de tutela deprecada por el accionante, respecto de la decisión tomada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis.

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de tutela formuladas por GERARDO DE JESÚS VILLADA GARCÍA.

SEGUNDO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: En caso de que no se presente ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
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
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:

**567ba1e5ffd8babb1fe7c202c5627ff7146dd79a192fa471839ed7be6b6c
4114**

Documento generado en 23/07/2021 10:37:59 AM

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 089

|

PROCESO : 2021-0970-1(05615-31-04-001-2021-00037)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : DANIELA ALEJANDRA LOPERA LOPERA
ACCIONADO : INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR
FAMILIAR Y OTROS
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la señora DANIELA ALEJANDRA LOPERA LOPERA en contra de la sentencia del 16 de junio de 2021, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro-Antioquia, mediante la cual negó el amparo solicitado.

Señaló como entidades accionadas las siguientes: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Clínica del Oriente Corporación para la Salud Mental y fueron vinculados al trámite el Municipio de Rionegro, Consejería Presidencial para la Participación de Personas con Discapacidad, Personería Municipal de Rionegro, Gobernación de Antioquia y Ministerio de Trabajo.

LA DEMANDA

En esencia indica la accionante que es una mujer Trans de 31 años, con movilidad reducida por trauma raquimedular (T-10), que se moviliza en silla de ruedas. Aduce que desde hace 18 años está bajo protección del ICBF, en atención a que no tiene una red de apoyo familiar y actualmente se encuentra en la institución Clínica el Oriente en la modalidad de internado.

Informa que culminó sus estudios de derecho y realizó un contrato de judicatura en Cornare a fin de obtener experiencia para laborar y poderlo poner en su hoja de vida y le pidió permiso al secretario general de la Corporación para poderse graduar a fin de empezar a repartir hojas de vida, quien le indicó que no había ningún problema, que la Corporación no le iba a terminar el contrato, por lo que se graduó el 31 de julio del 2020.

Manifiesta que realizando la judicatura en Cornare tuvo varios inconvenientes con la institución donde se encuentra, esto es, la Clínica el Oriente, en atención a las medidas de seguridad adoptadas con ocasión del Covid 19, debido a que por su discapacidad física le eran imposible cumplirlos, ante lo cual la institución solicitó un estudio del caso con la Defensora de Familia, pidiéndole el cambio de modalidad de la medida de protección, de internado a hogar sustituto, cambio que fue decretado por la Defensora de Familia mediante Resolución 059 del 24 de julio de 2020, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición, siendo confirmada mediante Resolución 060 del 3 de agosto de 2020.

Expuso que en atención a la información brinda la Resolución 060 el 3 de agosto de 2020, elaboró una solicitud y se la envió a la Directora General del ICBF, en la cual plantea entre otras propuestas; egresar de la institución pero que el ICBF continuara pagando la mensualidad de su cupo en la Corporación por 6 meses, que de esa mensualidad se le entregara el 80% para gastos personales y el otro 20% para gastos de administración, visitas de seguimiento del equipo psicosocial para justificar la mensualidad, asistiendo uno o dos días a la semana, afirmando que la clínica puede justificar ese dinero ante la interventora del contrato como una preparación para el egreso y vida autónoma.

En respuesta a la petición, el ICBF sugiere a la defensora de familia sostenga su decisión de ubicación en modalidad de internado y/hogar sustituto durante los meses que restan de pasantías universitarias y una vez terminado el proceso, se procederá a analizar la posibilidad de egreso, una vez pueda estar ubicada laboralmente.

Expuso la actora que el 11 de mayo del presente año, tuvo una reunión con la defensora de familia y su equipo psicosocial y con una trabajadora social de la institución Clínica de Oriente, donde se le informó que se iba a dar por terminada la medida de protección a partir del primero de junio.

Por lo anterior, solicita oficie al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que le ayude a ubicarse laboralmente, pues tiene conocimiento que al interior de la Institución hay muchos cargos en provisionalidad, los cuales están que salen a concurso de

méritos y la directora del ICBF tiene la facultad para nombrarla en provisionalidad en una de esas vacantes. Así mismo, solicita se oficie a la Procuraduría para que investigue a la doctora Girley Ortiz Giraldo, Defensora de Familia y a su equipo psicosocial, por la carencia de fundamentos jurídicos para dar por terminada la medida de protección.

LAS RESPUESTAS

1.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por medio de la directora regional de Antioquia informó que la joven Daniela Alejandra Lopera de 31 años, es una joven que se ha encontrado bajo protección del ICBF desde que era menor de edad y durante su proceso administrativo culminó la carrera de derecho en la Universidad Católica de Oriente con aportes del Instituto, en procura de dotarla de condiciones para su vida autónoma.

Señaló que la defensora de familia en uso de sus competencias, procedió a terminar la modalidad de atención y a ordenar el egreso del medio institucional, toda vez que la institución brindó a la joven todas las herramientas necesarias para que pueda continuar su vida en forma autónoma y señala que carece de fundamento jurídico su pretensión relacionada con que el ICBF le brinde apoyo para vincularse laboralmente al interior de la institución, pues ésta no tiene como función vincular laboralmente a las personas que se encontraron en protección y que lograron formarse gracias al Instituto.

Agrega que en innumerables ocasiones la accionante ha desdibujado la medida de protección solicitando exclusivamente

como medida, beneficios económicos para continuar su vida de forma autónoma.

Explicó que en virtud del artículo 61 de la ley 1996 de 2019 que derogó el artículo 18 de la ley 1306 de 2009, la competencia legal que tenía el Instituto para atender a la población adulta con discapacidad desapareció, por lo que si bien la joven Lopera es una persona en condición de discapacidad, esta condición en particular no la hace sujeto de protección por parte del ICBF.

Concluyó que por parte del ICBF y la defensora de familia no se vislumbra causación de perjuicio a los derechos fundamentales de la joven, en atención a que desde la institución se le brindaron todas las condiciones que fueron necesarias para superarse en su estado de adaptabilidad, muestra de ello es que es una profesional en el área del Derecho, por lo que solicita declarar improcedente la acción por inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales.

2.- El Municipio de Rionegro a través de la Subsecretaría de la Mujer, adscrita a la Secretaría de familia, salud e integración social, informó que los documentos aportados a la acción y los presuntos derechos vulnerados están dirigidos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Clínica Corporación para la Salud Mental, entidades que no hacen parte de la estructura organizacional de la Administración Municipal de Rionegro, por lo que no existe nexo entre los derechos que se solicitan y las funciones de esa dependencia o de la Administración Municipal, pues la protección o estatus de protección y restablecimiento de derechos está en cabeza del ICBF, en consecuencia se opone a

cada una de las pretensiones presentadas y solicita se les desvincule de la acción constitucional.

3.- El representante legal de la Clínica del Oriente, Corporación para la Salud Mental, informó que sus funciones están relacionadas con la protección de niños, niñas y adolescentes que presentan vulneración de sus derechos de conformidad con la normatividad vigente por la cual se rige el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y desarrolla sus labores encaminadas a tratar patologías relacionadas con la salud mental, en aras de la rehabilitación y recuperación.

Afirmó que en el caso de la señora Daniela Alejandra, la institución ha dispuesto todas las herramientas necesarias para la reivindicación de sus derechos y la rehabilitación de su salud mental, le ha brindado un tratamiento integral, logrando con éxito la rehabilitación de su salud mental con concepto favorable de psiquiatría y además se logró graduar como abogada de la Universidad Católica del Oriente.

Aclaró sobre la dificultad del cumplimiento de las medidas de la pandemia Covid19 aducida por la señora Daniela, que ésta obedeció a que la accionante constantemente incumplía los protocolos de bioseguridad, no por sus prácticas, sino para realizar otras actividades de las cuales la institución nunca tuvo conocimiento, poniendo en riesgo al personal que presta sus servicios en la misma y a los pacientes, motivo por el cual se solicitó el cambio de modalidad, aclarando que no existe a la fecha razón objetiva para contar con una medida de protección, pues los derechos de la autora fueron restaurados y sus

patologías tratadas.

Expuso que las peticiones van encaminadas directamente a la consecución de empleo, cuestión ajena a la razón social de la entidad, por lo que solicitó la desvinculación de la presente acción.

4.- La Consejería presidencial para la participación de personas con discapacidad por medio de la apoderada indicó que no le consta ninguno de los hechos aducidos por la accionante, por lo que debido a la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Consejería y la improcedencia por falta del requisito de subsidiariedad, solicita se declare la improcedencia de la acción o en su defecto se desvincule a la entidad de los efectos de la decisión, en caso de ser favorable para el accionante.

5.- La Personera del municipio de Rionegro indicó qué consultado su sistema no registra ninguna atención a la ciudadana Daniela Alejandra Lopera Lopera por lo que apenas están conociendo de la situación. No obstante, a fin de garantizar el derecho de salud, debido proceso e integridad de la accionante, se ponen a disposición para que desde esa entidad puedan emprender las acciones pertinentes a las que haya lugar, por lo que solicita exonerar y desvincular de toda responsabilidad a la Personería municipal de Rionegro pues apenas tuvieron conocimiento de la situación.

6.- La Gobernación de Antioquia por medio del secretario de inclusión social y familia indicó que la entidad, no tiene la capacidad de tener injerencia en las decisiones administrativas y

mucho menos de índole laboral frente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pues no cuentan con programas laborales directos para atender y proteger a las personas mayores de edad que presentan alguna discapacidad, ya que esta población debe ser incluida en la oferta de servicios que disponga la Administración Municipal desde cada una de sus dependencias y su plan de Gobierno, por lo que solicita la improcedencia de la acción.

7.- El Ministerio de Trabajo manifestó que analizados los hechos y las pretensiones, se concluye que esa cartera no es la entidad que presuntamente amenazó o vulneró los derechos fundamentales reclamados por la accionante, por lo que solicitó al despacho declarar la improcedencia de la acción y en consecuencia exonerar a la entidad de responsabilidad alguna, dado que no hay obligación o responsabilidad de parte del Ministerio de trabajo, ni ha vulnerado, ni ha puesto en peligro, derecho fundamental alguno a la accionante.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juez de primera instancia negó el amparo constitucional indicando que en relación con la petición de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la ayude a ubicarse laboralmente dentro de esa institución, este mecanismo no puede sustituir los procedimientos propios relacionados con la incorporación laboral de un ciudadano a una entidad del Estado. Adicionalmente, no observa que con el actuar de las accionadas se haya afectado ostensiblemente los derechos de la joven Lopera Lopera, pues el ICBF no puede acceder de manera

autónoma a vincular en su planta de personal a determinada persona, pues dicha vinculación es por concurso de méritos.

Asimismo, no encontró afectación en el derecho a la salud pues verificada la base de datos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud -ADRES-, se observa que la accionante se encuentra afiliada al régimen contributivo en la EP es Savia Salud.

De otro lado, en relación con la segunda pretensión de que se oficiara a la Procuraduría General de la Nación para investigar a la defensora de familia y su grupo psicosocial, explicó que la acción de tutela no está instituida para tales fines, pues la accionante puede acudir directamente ante dicho organismo y formular las respectivas quejas en contra de los funcionarios del ICBF.

Agregó que si lo pretendido con la acción de tutela fuera atacar la resolución Nro. 23 del 27 de mayo del 2021 mediante la cual se ordenó la terminación de una modalidad de atención y se egresa del medio institucional, se advierte su improcedencia al no haberse agotado todos los medios disponibles y adicionalmente puede acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, e incluso demandar la suspensión del mismo a través de una medida cautelar.

Igualmente, requirió a la Gobernación de Antioquia y a la Subsecretaría de la mujer del municipio Rionegro para que en caso de que la joven Daniela decía residir de manera permanente en el municipio, procedan a registrarla en la base de datos de la

comunidad LGTBI y vincularla a los programas o proyectos dirigidos a la población con discapacidad y también requirió a la Consejería presidencial para la participación de personas con discapacidad y al Ministerio de Trabajo, para que se incluya a la joven en los programas de inclusión laboral para personas con discapacidad.

LA IMPUGNACIÓN

La accionante señala que no es cierta la afirmación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuando aduce que le brindó todas las herramientas necesarias para la preparación para una vida autónoma, pues la única acción material realizada por parte del Instituto ha sido pagar sus estudios universitarios y por parte de la Clínica del Oriente Corporación para la Salud Mental la única acción que realizó fue brindarle acompañamiento psicológico.

Aduce que no ha pretendido desdibujar la medida de protección que le ha brindado el Instituto, pues sólo solicitó una ayuda económica por un término de 6 meses mientras se encontraba realizando su práctica laboral y realizó una propuesta, que de haberse ejecutado sería buen ejercicio para su vida autónoma e independiente, pues a la fecha no sabe qué es pagar arriendo, ni servicios públicos, ni tener que mercar y si bien el ICBF no tiene como función vincular laboralmente a todas las personas que se encuentran bajo medida de restablecimiento de derecho, sí debe brindar herramientas a la persona que cumplió mayoría de edad y que se encuentra en condición de discapacidad, no sólo limitándose a sufragarle los estudios universitarios, sino que la

ayuda implícitamente conlleva ubicarlo laboralmente a través de los servicios que prestan sus operadores (Terapia Ocupacional y preparación para el empleo).

Insiste en que no cuenta con una red de apoyo familiar y que el Instituto que por 18 años ha sido su familia, ahora la pretende tirar a la calle, pues sabe que las medidas de restablecimiento de derecho no pueden ser perpetuas y tampoco quiere ser una carga para el estado, debido a que se siente en capacidad de velar por sí misma, lo que solicita es que el ICBF espere a que se ubique laboralmente, lo que resultaría más fácil si el Instituto le ayuda.

Frente a la clínica de Oriente Corporación para la Salud Mental quien manifestó ha realizado todas las gestiones médicas y administrativas para el restablecimiento de sus derechos, considera que esa afirmación no obedece a la realidad y una prueba de ello es que no aparece registrada en la base de datos de los centros territoriales y por ende en ninguno de los programas de inclusión.

En consecuencia, solicita que se revoque el fallo de tutela de primera instancia y *“se suspenda la terminación de la medida de protección que poseo por parte del ICBF, hasta tanto yo me logre ubicar laboralmente y empiece a percibir recursos económicos con los cuales pueda autosostenerme, lo anterior toda vez que, el Instituto se niega a ayudarme con la ubicación laboral”*.

CONSIDERACIONES

Como se conoce, la acción de tutela se encuentra prevista para

proteger derechos constitucionales fundamentales lesionados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas y, en determinados casos, de particulares; siendo procedente únicamente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando la misma sea instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Y si bien el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 destaca la improcedencia de la acción frente a actos generales, impersonales y abstractos, dicha preceptiva debe ser apreciada en concreto en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Así que, en términos generales, la acción de tutela ha sido concebida única y exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

Además, debe insistir la Sala en que conforme lo dispone el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces para obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, cuando existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

La accionante pretende por esta vía constitucional, se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que la ayude a ubicar laboralmente, ya que al interior de la Institución hay muchos cargos en provisionalidad y la Directora está facultada para nombrarla en una de esas vacantes, que se oficie a la Procuraduría para que investigue a la defensora de familia y su equipo psico social por la carencia de fundamentos jurídicos para dar por terminada la medida de protección que recae sobre ella y que se suspenda la terminación de la medida de protección que tiene por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, hasta cuando pueda ubicarse laboralmente y empiece a percibir recursos económicos con los cuales pueda autosostenerse.

Por ende, se entrará a determinar si se presenta la vulneración de los derechos fundamentales de la señora DANIELA ALEJANDRA LOPERA LOPERA por parte de las entidades accionadas y específicamente por parte del ICBF y la Clínica de Oriente Corporación para la Salud Mental o si por el contrario, como lo analizó el *A quo*, para lograr este tipo de pretensiones la acción de tutela se torna improcedente.

En efecto, ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias

de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.”¹

En el caso a estudio, tenemos que acción de tutela está instituida para la protección de derechos fundamentales vulnerados o amenazados por una acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, siempre y cuando no se disponga con otro medio judicial o cuando siendo instaurada como un mecanismo transitorio se busque evitar un perjuicio irremediable, características de las cuales se desprende claramente que no está establecida para ordenar la vinculación laboral y pasarse por alto los lineamientos internos de la Entidad, establecidos para dicho fin, ubicación laboral que invocó la señora Daniela en el escrito tutelar.

De otro lado, la accionante expone en la impugnación su inconformidad aduciendo que el ICBF solo le ha brindado como apoyo, el pago de sus estudios universitarios y la Clínica de Oriente Corporación para la Salud Mental, sólo se ha limitado a realizar un acompañamiento psicológico, por lo que solicitó que hasta tanto se logre ubicar laboralmente y empiece a percibir recursos económicos con los cuales pueda auto sostenerse, se proceda a ordenar la suspensión de la terminación de la medida de protección que posee por parte del ICBF; no obstante, el contexto referido, evidencia que en este asunto existe otro medio

¹ Sentencia T-625 de 2000

de defensa judicial al cual no ha acudido la señora Lopera Lopera que por ende, tornaría improcedente la acción de tutela, situación confirmada una vez más en el escrito de impugnación, al afirmar que acude al mecanismo excepcional, debido a que su derecho a vivir en condiciones dignas se verá afectado con la terminación de su medida de protección.

En el presente evento, nos encontramos frente a una decisión administrativa que se encuentra revestida por la presunción de legalidad y al existir desacuerdo con la misma, el ordenamiento jurídico tiene previstos los mecanismos y los jueces competentes para que tales actos, si es que así se considera, sean retirados del sistema. Es por ello que, si la legalidad de las decisiones acusadas no ha sido cuestionada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no es la tutela el medio establecido para atacar la legalidad de dicha disposición.

Adicionalmente en el asunto sometido a consideración de la Sala, no se aprecia un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo de forma excepcional, condición necesaria para que sea procedente la tutela, porque de promoverse la respectiva acción ante la jurisdicción competente, la accionante podría solicitar ante el juez las medidas previas pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

Se insiste que únicamente la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable y la vulneración de un derecho fundamental, haría posible tramitar la petición de tutela para proteger transitoriamente a la afectada señora DANIELA ALEJANDRA LOPERA LOPERA, pero el mismo no se observa en este caso, pues del análisis de

las pruebas allegadas no se infiere la existencia de la consecuencia dañina, que pudiera evitarse con el ejercicio transitorio de ésta acción.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la acción de tutela posee la calidad de ser un mecanismo subsidiario y no principal para la protección de los derechos constitucionales, es decir, sólo podrá hacerse uso de ella a falta de otro medio de defensa o en presencia de un perjuicio irremediable, significando que éste: *“(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. La caracterización de estas condiciones fue planteada por la Corte desde la sentencia T-225/93 y se ha mantenido de forma invariable en la jurisprudencia posterior² y en el presente caso no se acreditó dicho daño irreparable.*

Respecto de las características del perjuicio irremediable en reiteración de jurisprudencia la H. Corte Constitucional en sentencia T-900 de 2014 indicó:

“... en aquellos casos que el accionante cuente con otros mecanismos alternos para la defensa judicial de sus derechos, la acción de amparo procederá en la medida que se verifique la existencia de un perjuicio irremediable.

Sin embargo, es necesario aclarar aquellos eventos o factores que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. En relación a este tema, esta Corporación ha aplicado varios criterios para determinar su existencia; veamos:

² Sentencia T-956 del 19 de diciembre de 2013, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”

Bajo tales parámetros, en la Sentencia T-225 de 1993 la Corte Constitucional definió y explicó los elementos configurativos del perjuicio irremediable, en el siguiente sentido:

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

- A). *El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.*
- B). *Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de*

urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan (sic) señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

Asimismo, en lo que se refiere a la determinación del perjuicio irremediable, se ha definido que es obligatorio sustentar o presentar los factores de hecho que configuran el daño o menoscabo cierto a los derechos fundamentales invocados. En la sentencia SU-713 de 2006 la Sala Plena de la Corte explicó lo siguiente:

“(...) debe recordarse que la situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invocan. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección y no en relación con las consecuencias económicas que se derivarían de los efectos nocivos de un acto de la Administración. (...)”

“Así, a manera de ejemplo, en sentencia SU-219 de 2003, previamente citada, esta Corporación reconoció que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, requiere de la comprobación de un perjuicio irremediable, el cual además de su carácter personal, específico y concreto, debe comprometer los derechos de naturaleza ius fundamenal invocados por el demandante, como lo fue, en dicha ocasión, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14) derivado de la imposición de una sanción de “inhabilidad” que privó de manera total del ejercicio de la capacidad jurídica a las sociedades demandantes.

(...)

“Por consiguiente, es claro que ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, no está llamada a prosperar. Esta conclusión se complementa, por lo demás, con dos (2) argumentos adicionales que impiden la procedencia del

amparo tutelar, por una parte, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas y contractual, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con la idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos.”

Y aunque las precisiones anteriores serían suficientes para despachar desfavorablemente la presente petición, lo cierto es que la Sala tampoco encuentra que los entes accionados no hubieren procedido de conformidad con la ley, es claro que si la señora DANIELA ALEJANDRA LOPERA LOPERA considera que las accionadas no emitieron una decisión ajustada a derecho, así debe reclamarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, el problema jurídico presentado en esta ocasión a la judicatura no es de índole constitucional.

No es la acción de tutela el instrumento adecuado por el cual se pueda entrar a discutir la legalidad de una decisión administrativa que da por terminada la medida de protección que posee la accionante por parte del ICBF, además la autoridad administrativa es quien de manera directa o indirecta debe decidir sobre este punto y analizar el caso concreto y es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la que debe pronunciarse sobre la legalidad de dichas decisiones.

Se insiste la acción de tutela no puede utilizarse para reemplazar a las acciones ordinarias y ni como un mecanismo alterno o que le reabra términos para el ejercicio de otras acciones legales.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la acción de tutela posee la calidad de ser un mecanismo subsidiario y no principal para la protección de los derechos constitucionales, es decir, sólo podrá hacerse uso de ella a falta de otro medio de defensa o en presencia de un perjuicio irremediable y en el presente caso la actora tiene a su alcance otros mecanismos de defensa judicial, como lo es, acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues el objeto de la Litis versa sobre un tema de carácter administrativo. De igual forma, en tanto no se prueba la vulneración de los derechos fundamentales de quien acciona, no se observa la configuración de un perjuicio irremediable. Lo anterior sumado a que la situación que teme la actora constituye un hecho futuro e incierto que no puede ser objeto de amparo, ante la desnaturalización de la acción constitucional.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

Envíese este proceso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
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
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:

**7431cc013ce1ec709fe8e59a16a173f3e03fef6c305a3a0116d17
93d06a8f4d**

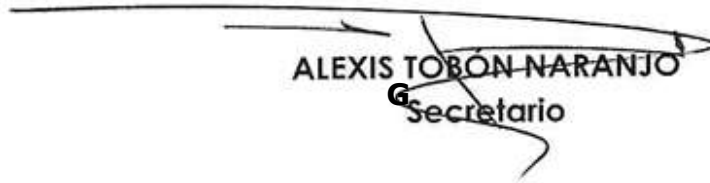
Documento generado en 23/07/2021 12:40:10 PM

Rdo. 2020-0934-2

Condenado: JOSÉ ALBERTO RODRIGUEZ ESCOBAR

Constancia Secretarial: informo a la H. Magistrada que dentro del presente tramite el **Dr. Oscar David Mestra Bustamante** en calidad de apoderado señor José Alberto Rodríguez Escobar, dentro del término de ley interpuso y sustento el recurso **extraordinario de casación**, tal y como consta en el expediente; es de anotar que el término de ley expiró el pasado diecinueve (19) de julio del año que avanza.

Medellín, julio veintidós (22) de dos mil veintiuno (2021)


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, julio veintidós (22) de dos mil veintiuno.

Rdo. 2020-0934-2

Condenado: JOSÉ ALBERTO RODRIGUEZ ESCOBAR

En atención a la constancia Secretarial que antecede, y como quiera que el profesional del Derecho Dr. Oscar David Mestra Bustamante quien funge como defensor del señor José Alberto Rodríguez Escobar sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación interpuesto, se ordena remitir ante la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal a través de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, las presentes diligencias a fin de que se imprima el trámite pertinente por parte de la Alta Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**eabb54937a07371c0913312b7aebe83e38d81f569b9a6b6a38dea
57db2587d9b**

Documento generado en 22/07/2021 05:40:24 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

RADICADO: 057366100103201780242
INTERNO: 2020-0943-2
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS
ACUSADO: BERNARDO IVÁN VELASQUEZ SILVA
DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

Medellín, veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 062

1. ASUNTO

Se apresta la Corporación en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la delegada Fiscal, contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por medio de la cual se absolvió luego de un juicio oral, al acusado BERNARDO IVÁN VELASQUEZ SILVA, de la comisión de los delitos de terrorismo, sedición y lesiones personales agravadas.

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

2. RESUMEN HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

El aspecto fáctico del sub iudice fue narrado en la sentencia de primera instancia así:

“Indica la Fiscalía General de la Nación, que toda la investigación se originó porque el día 7 de agosto de 2017, a las 04:30 horas aproximadamente, fue capturado en flagrancia el señor BERNARDO IVÁN VELÁSQUEZ SILVA, en el corregimiento La Cruzada, sector las partidas de remedios; luego de que fuera señalado por el señor NORBEY FABIÁN ACEVEDO CASTAÑEDA, como la persona que había lanzado un artefacto explosivo contra su residencia, explosivo que daño el frente de su techo, ventanas y puerta y además ocasionó heridas a una niña menor de edad”

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 08 de agosto de 2017, ante el Juzgado Doce Penal Municipal de Medellín con funciones de Control de Garantías la Fiscalía formuló imputación en contra de VELASQUEZ SILVA por los delitos de terrorismo en concurso con fabricación, tráfico y porte de explosivos, sedición y lesiones personales agravadas conforme a las previsiones de los artículos 343, 366, 468 y 111 - 112 inc 2 del Código Penal, respectivamente, cargos a los que no se allana. Presentada solicitud de imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, la misma fue concedida con carácter domiciliario.

Posteriormente el 13 de noviembre de 2015, la Fiscalía 26 Seccional de la ciudad presenta escrito de acusación por los delitos imputados, sustrayendo el reato de fabricación, tráfico y porte de explosivos, previsto en el canon 366 del C. Penal, al

considerar por principio de subsunción, se enmarca en el delito de sedición. El conocimiento en la etapa de juicio le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín con funciones de Conocimiento, cuyo titular preside las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral; al culminar anuncia sentido de fallo absolutorio. La sentencia es leída el 18 de agosto de 2020 siendo impugnada por la delegada fiscal.

4. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado de instancia hizo un recuento de los hechos jurídicamente relevantes y del trámite impartido, realizó enseguida una breve reseña de la teoría del caso presentada en juicio por la Fiscalía y la defensa, enlistó los hechos estipulados, las pruebas documentales y testimoniales presentadas por las partes, así como sus alegaciones conclusivas.

Seguidamente para dar solución al caso objeto de estudio y dado que se trata de tres conductas punibles diferentes, toda vez que por un lado está el delito de Terrorismo, de otro, el de sedición y por último lesiones personales dolosas, hizo entonces un estudio de cada una de ellas.

Así, analizó el delito de Terrorismo tipificado en el artículo 343 del ordenamiento penal, indicó que el primer ingrediente normativo de dicho tipo penal, describe dos estados emocionales intensos, el terror y la zozobra. El primero haciendo referencia a un estado

de miedo intenso producto de la idea de amenaza a la supervivencia, y el segundo, referencia un estado prologado y sostenido de angustia y miedo.

Se refirió al paro minero convocado por el sector de la minería artesanal, el cual tuvo importantes connotaciones en el municipio de Segovia, cuenta de ello dan, los testigos adscritos a la fuerza pública, quienes describieron de manera unánime la alteración del orden público que se vivía para ese momento, magnitud que llevó a solicitar refuerzos del escuadrón antidisturbios y del Ejército Nacional, situación que a la vez, fue corroborada por la señora Eliani Yorledis Arcila Salinas madre de la menor afectada.

No obstante, lo anterior, al dar por sentado las condiciones de orden público se encontraban alteradas consecuencia del mentado paro, hace claridad en distinguir dos situaciones importantes dentro de este contexto, una cosa es la huelga convocada por los mineros y otra muy distinta, lo que es objeto de debate en la presente causa.

Demostrada la ocurrencia del suceso, el Juez de instancia entró a examinar la responsabilidad del procesado por los fácticos que son objeto de juicio. Al compás estudió la materialidad del delito de terrorismo valorando la prueba testimonial recaudada, y prosiguió a verificar si existió o no responsabilidad por parte del procesado Bernardo Iván Velásquez.

Para dilucidar el primero de los tópicos, el A Quo trajo a colación, en primera medida, que en el juicio oral desfilaron los testigos de cargo Salvador Atuesta Peña, Daniel Toro López, Senober Andrés Díaz Jaramillo, quienes se refirieron a la situación de orden público del municipio. En contraposición a los testigos de cargo, Jhojan Alexis Palacio, Hamilton Londoño Monsalve y Jhoan Sebastián Montoya Rodríguez, describieron la situación de alcoholismo que padecía el procesado, además porque sus relatos fueron contundentes a la hora de ubicarlo lejos de las actuaciones del paro minero, o por lo menos, perteneciendo a la delegación de manifestantes.

Para el fallador de instancia, de acuerdo con los principios de la lógica aristotélica le resulta imposible que el procesado fuese un activista, dirigente del paro, o desarrollara actividades propias de un líder, además, porque el ente investigador no demostró siquiera someramente la pertenencia del procesado al núcleo de manifestantes, pues su aprehensión en flagrancia, se llevó a cabo cuando se encontraba departiendo en compañía de otros amigos en una fonda, en un estado de completa ebriedad, lejano de los agitados actos de los manifestantes.

Igualmente, se pregunta si ¿el procesado utilizó o no explosivos? Al respecto puntea que son tres las circunstancias a clarificar: la primera de ellas, es si las detonaciones varias que fueron escuchadas por los todos los testigos, permiten establecer un indicio de participación, circunstancia que todas luces considera “descabellada”, de acuerdo a lo relatado por el denunciante y víctima Norbey Fabian Acevedo Castañeda y su

señora Ediani Yorleidis Arcila Salinas, los elementos explosivos estaban siendo detonados desde mucho antes que se llamara la atención a los ciudadanos que se encontraban consumiendo bebidas embriagantes.

El segundo evento a depurar, el por qué dentro de los actos urgentes, se omitió ordenar experticias técnicas a los fragmentos de los explosivos, para determinar si correspondían a dinamita, tal como lo expresó el señor Norbey Acevedo, o si por el contrario fueron papeletas de pólvora, como lo manifestó la señora Yurly Johana Marín.

El tercer análisis, lo postula en el entendido, si bien la participación del procesado en los hechos materia de investigación es probable, la misma es dudosa, por cuanto ninguno de los testigos que arribó al estrado señaló de manera directa al señor Velasquez Silva como aquella persona que había lanzado el explosivo, aún cuando establecido quedó que las condiciones de visibilidad eran escasas, por las altas horas de la noche y lo defectuoso del alumbrado público producto de los ataques a la infraestructura energética por los simpatizantes del paro.

Perfecciona su estudio, argumentando *“la finalidad típica del terrorismo es crear terror y zozobra dentro de la población, lo que ya se desdibujó no solo con la contextualización del caso, sino con el testimonio de la señora Guarín Pérez y el señor Jhoan Sebastián Montoya Rodríguez, quienes hicieron una referencia tácita a la forma de celebración preferida por los mineros y por*

los habitantes de esa localidad en general; idiosincrasia que fue desconocida por los policiales, que actuaron en esta causa como testigos, y quienes por obvias razones desconocían las costumbres fuertemente arraigadas en un pueblo minero como Segovia y que generaron en los policiales preocupación y terror”.

Con el conocimiento anterior, siguió con el estudio dogmático del delito de Sedición, por el que también se acusó a Bernardo Iván y procedió a verificar la materialidad del delito y la responsabilidad del enjuiciado.

Rememoró la intervención de los testigos del ente acusador, entre ellos, los gendarmes Yesion Estiven Marín Olaya Salvador Atuesta Peña, Daniel Toro López y Senober Andrés Díaz Villamizar, quienes adujeron haber visto al procesado consumiendo licor, más no, ubicándolo como activista del paro armado, concluyendo, que lo percibido es una realidad social distinta respecto a este tópico, porque si bien es cierto el procesado es minero, ese solo calificativo, no denota en modo alguno que se localizara al interior del plurimencionado paro. Además, no le fue incautado ningún tipo de arma o explosivo, primer ingrediente normativo del tipo penal en estudio.

Concluye así, que el filtro de tipicidad no fue superado, debiendo absolverse también por esta conducta.

En lo que respecta al delito de lesiones personales, considera que no se aportó prueba alguna sobre la incapacidad médico

legal de la menor, así como tampoco prueba testimonial que indicara las lesiones sufridas por la infanta. Decisivo fue el relato de la madre de la menor, informando al foro, la conclusión del médico que la había atendido, esto es, que la niña no había sufrido lesión alguna.

Así pues, para el Juez de instancia, no quedó demostrado más allá de toda duda razonable la materialidad y responsabilidad del enjuiciado Bernardo Iván Velásquez Silva, por los delitos endilgados, profiriendo sentencia absolutoria en su favor.

5. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

El fiscal 76 especializado impugna la decisión absolutoria sustentada en el hecho que el fallador de primer grado valoró de manera indebida los testimonios de cargo presentados por el ente acusador, para darle credibilidad a los testimonios de la defensa, y así considerar que el procesado no era el autor material de los delitos que le fueron imputados.

Luego de realizar un recuento espacio temporal sobre los hechos que rodearon la investigación criminal, indicó que, en la madrugada del 7 de agosto de 2017, vándalos se encontraban en el corregimiento de la cruzada, divirtiéndose, detonando artefactos explosivos con el fin de demostrar su poderío ante la comunidad, actividad que se realizaba en cercanías a la casa del señor Norbey Fabian Acevedo Castañeda, quien vivía con su cónyuge Eliani Yurladys Acevedo Salinas y sus dos hijas menores.

El mencionado testigo advirtió haberles llamado la atención, a ese grupo de alzados porque las detonaciones se escuchaban muy cerca a su casa, lo que podía generar daños a su propiedad, avizorando entre los participantes, al señor Bernardo Iván Velásquez Silva, considerando además, lo que momentos después sucedería, una detonación que dañó la vivienda del señor Acevedo Castañeda y lesionando con el techo del inmueble a una de sus hijas menores. En ese instante, agentes del orden se desplazaron hasta el lugar de los hechos, momento en que la víctima les indicó que el procesado había sido la persona causante del nefasto incidente.

Basado en esa primera síntesis, considera que lo dicho de primera mano por el testigo de cargo es un indicio de responsabilidad, porque era minero, participaba en la protesta y como tal, sabía utilizar explosivos, análisis que obstruye el buen juicio del a-quo, quien considero que el procesado es simplemente un “borrachito alcohólico problemático” (sic), fundamentando su actuar en la misma idiosincrasia de los lugareños del sector.

Considera que se debe tener en cuenta el análisis realizado por el juez de control de garantías, quien asumió la acción de Bernardo Iván como flagrante y por ende, declaro legal la captura.

Discurre de lo visto en el desarrollo del juicio oral, pues aunque el señor Norbey Fabián Acevedo Castañeda así como su esposa

Eliani Yurladys Acevedo Salinas, se retractaron de lo dicho inicialmente a los policiales, se les impugnó su credibilidad, aceptando la última de las aludidas, que inicialmente había realizado tal señalamiento, patentizándose lo arreglado de sus testimonios, pues los mismos habían sido comprados y silenciados por la familia del procesado, los cuales arreglaron nuevamente la vivienda destruida, lo que constituye otro indicio de responsabilidad.

Resalta que no se valoraron los dichos de los policiales que realizaron la captura en flagrancia, los cuales fueron rechazados de plano, sin que se explicaran las razones de tal decisión, los cuales están revestidos de credibilidad, precisos y coincidentes, contrario a ello, da veracidad a los testigos de descargo Hamilton Steven Londoño Monsalve y Jhoan Sebastián Montoya, quienes tratan de salvar a su amigo, con una coartada, misma que no tiene validez, por lo expuesto por los policiales en su testimonio.

Aduce que con el mismo razonamiento baladí que desecha el delito de terrorismo, interpreta el tipo penal de sedición, alegando que al acusado no se le encontró en su poder ningún tipo de arma, análisis impropio frente a la estructura dogmática, lo relevante es el apoyo de actividades criminales para afectar el orden constitucional, el cual se vio afectado por el uso de explosivos y la instalación de barricadas que impedían el libre tránsito de vehículos y personas, en una de las cuales se encontraba participando el procesado.

Frente al delito de lesiones personales agravadas, el a-quo acude al sistema de tarifa legal, olvidando que hay libertad probatoria, el cual quedó demostrado con los dichos de sus padres, en la medida que aceptan que la menor fue lacerada en uno de sus ojos, no siendo relevante el dictamen médico legal.

Concluyó, el delegado del ente acusador considerando que no se realizó una correcta valoración probatoria por parte del Juez de primera instancia y que existe prueba suficiente contra el procesado, que con grado de certeza permite su responsabilidad penal los delitos que se le acusan, siendo posible desvirtuar la presunción de inocencia constitucional que lo cobija.

Por todo lo anterior, solicita se revoque la decisión absolutoria del juez de primer grado, para en su lugar, condenar a Bernardo Iván Velásquez Silva, en calidad de autor por los hechos ocurridos en el municipio de Segovia, sector la cruzada, el 7 de agosto de 2017.

En calidad de no recurrente, el defensor del procesado, en punto al análisis al recurso de alzada, argumenta que *el ente Fiscal erra en sustentar su recurso de apelación en una indebida valoración probatoria, hecha por el Juez a quo, sobre los testimonios presentados por este.*

Es claro que el fallador de instancia valoró de manera armónica en su totalidad los testimonios escuchados en la audiencia de

Juicio oral, y fue bajo ese análisis juicioso del material probatorio y en el marco de su libertad valorativa, que concluyó la intervención de su defendido en los hechos por los que se le acusaba y, por tanto, era menester emitir un fallo en sentido absolutorio.

Su estudio lo soporta en los testigos de cargo Norbey Fabián Acevedo Castañeda, Ediany Yorledis Arcila Salina, así como en los testigos de descargos Johan Alexis Palacio Villegas, Jamilthon Stiven Londoño y Jhoan Sebastián Montoya.

Afirma que los testimonios de los patrulleros Yeison Estiven Marín Olaya y Salvador Atuesta Peña, Daniel de Jesús Torre Lopera y Senober Andrés Díaz Villamizar, también fueron valorados, pero aquellos no lograron arribar al conocimiento de la judicatura elementos de juicio disidentes para emitir un fallo de condena.

Da por sentada las manifestaciones llevadas a cabo en el año 2017, por la Mesa Minera de la región, mismas que se tornaron violentas con el pasar de los días, lo cual se constata con los testimonios vertidos en juicio oral por los testigos Norbey Fabián Acevedo Castañeda, quien manifestó que estaba de acuerdo con el paro, pues él era minero y apoyaba las manifestaciones que se desarrollaban en la zona. Al igual, el testimonio de Yurley Johana Guarín Pérez, quien relata que se congregaban para ver jugar fútbol a los mineros manifestantes y demás pobladores. Además, de recibir con jolgorio las caravanas que llevaban alimentos para el pueblo.

De manera sesuda, controvierte cada uno de los argumentos expuestos por el recurrente, basados en la prueba testimonial en conjunto y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, arguyendo que en razón al paro minero, con normalidad se denotaban artefactos explosivos, y demoliendo los argumentos del apelante frente a los delitos endilgados.

En lo tocante al argumento de que el juez de garantías haya declarado la legalidad de la captura del procesado, lo cual es de indicio sobre su responsabilidad, discurre por cuanto en el sistema penal acusatorio, tal aseveración no tiene asidero, y en razón de ello, se han separado las funciones de investigación, acusación y juzgamiento. De igual manera, las diferentes etapas procesales han sido divididas para su respectivo conocimiento: las etapas preliminares son conocidas por un juez de garantías, la etapa de juzgamiento por un juez de conocimiento y la etapa de cumplimiento de la pena por el juez de ejecución de penas y medidas de aseguramiento. Garantizando con esto la imparcialidad en las actuaciones de los jueces y evitando que se contamine su conocimiento con otras actuaciones.

En cuanto a la impugnación de la credibilidad realizada por el Fiscal, a la señora Ediany Yorledis Arcila Salina, claramente no encuentra justificación, toda vez que nunca se explicaron los motivos de esa impugnación, no se trató de aclarar la supuesta versión por la cual le impugnaba credibilidad en el contrainterrogatorio hecho por la Fiscalía. No se realizó validación alguno de declaraciones anteriores vertidas por la testigo y, por último, no se confrontó a la testigo.

Por último, el impugnante hace alusión a los arreglos que le hicieron los hermanos del encausado al señor Norbey Acevedo en su vivienda, situación que no desconoce, pues solo un día después de los hechos, los hermanos del señor Bernardo Iván Velásquez se dirigieron a la vivienda de Norbey y le manifestaron la intención de ayudarlo a arreglar las afectaciones, corroboración que fue realizada por la misma víctima, pero también quedó reseñado que los otros compañeros que estaban con él no le ayudaron, a pesar de que les solicitó su ayuda.

Corolario de lo expuesto, solicita la defensa se confirme la decisión emitida por el juzgado de primera instancia.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1º 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 Sala establecerá si los medios de conocimiento aportados en el juicio oral que se siguió en contra del señor BERNARDO IVÁN VELASQUEZ SILVA, permiten mantener en su favor– tal como lo

hizo el a- quo- decisión absolutoria frente a delitos enrostrados de terrorismo, sedición y lesiones personales agravadas conforme a las previsiones de los artículos 343, 468 y 111 -112 inc 2 del Código Penal.

Se comienza por indicar que, en criterio del fallador de instancia, los elementos materiales de prueba debatidos en juicio no permiten arribar al convencimiento más allá de toda duda, sobre la responsabilidad del acusado en los mismos.

No se logra superar el estándar legal necesario para condenar consagrado en el artículo 381 del Estatuto Procedimental Penal, pues subsisten “insalvables” dudas, que como tales deben ser resueltas a favor del procesado pues el ente persecutor no logró deruir la presunción de inocencia que opera a su favor, artículo 29 de la Carta Superior, dando aplicación así al contenido del artículo 7° de la Ley 906/04; en consecuencia, emitió decisión absolutoria.

Por su parte pretende la Fiscalía la revocatoria de tal decisión favorable a los intereses del enjuiciado, al considerar que con los medios probatorios allegados a la actuación quedó demostrada la materialidad de las conductas investigadas, así como la responsabilidad que le asiste al acusado por estas ilicitudes; particularmente, este último encuentra fuerte comprobación en la prueba indirecta o indiciaria. En consecuencia, depreca la condena en disfavor del procesado.

Bajo tales premisas corresponde a la Sala abordar a plenitud el análisis del material de conocimiento atinente a estos aspectos. Previo a adentrarnos en el análisis de fondo propuesto, es menester indicar que en el juicio se admitieron una serie de pruebas, tanto estipuladas como documentales y testimoniales, aportadas por los sujetos procesales en disputa, que versan sobre hechos relevantes en la presente actuación, soportados en la prueba testimonial arimada. Las siguientes fueron las estipulaciones logradas entre las partes:

- La plena identidad e identificación del acusado BERNARDO IVÁN VELASQUEZ SILVA, identificado con C.C. N° 71.087.788, expedida en Segovia - Antioquia, nacido el 8 de mayo de 1985 en el Municipio de Remedios, Antioquia, con 33 años de edad, hijo de Luis Eduardo y Amparo del Consuelo, de estado civil unión libre, laborando como minero en la mina la primavera.
- La carencia de antecedentes penales en contra del procesado. Se soporta en el certificado de antecedentes penales expedido por la Policía Nacional.
- El arraigo familiar y social del procesado, quien reside en el municipio de Segovia, corregimiento La Cruzada. Se sustenta en el documento arraigo familiar elaborado por la Policía Nacional.

De acuerdo con los problemas jurídicos expuestos por el apelante, es evidente que la decisión que adopte esta

Corporación gira en torno a determinar si el material probatorio debatido en juicio permite alcanzar el grado de certeza más allá de toda duda que exige la ley para dictar fallo de condena, o, como lo decidiera el a-quo, en el sub lite sobresale la duda probatoria que debe ser resuelta a favor del procesado, e imposibilita la emisión de sentencia condenatoria en su contra.

Es claro que para dictar sentencia debe obrar en el proceso prueba que conduzca a la existencia de la conducta punible, así como de la responsabilidad del justiciable más allá de toda duda, para lo cual debe establecerse la presencia de los presupuestos que constituyen las infracciones penales atribuidas, como son tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En relación con la duda que deviene en absolución, es sabido que esta debe ser cierta, esencial, sustentada en el análisis de los elementos probatorios en grado tal que no permita realizar una conclusión certera en uno u otro sentido, se torna en exigencia ineludible el que el funcionario judicial explique de forma adecuada las razones por las que duda, es decir las que lo llevan a aplicar el principio in dubio pro reo².

Principio constitucional que soporta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que:

Además, no se puede perder de vista que una sentencia absolutoria que se base en el in dubio pro reo, debe tener como fundamento, no la simple duda, sino aquella que fluye razonada,

² Artículo 7 de la Ley 906 de 2004.

apoyada en la exposición que ofrezca absoluta claridad respecto a los motivos que llevaron al Juez o Tribunal a no adquirir el convencimiento suficiente para condenar. Atendiendo a que la duda debe ser cierta, esencial, sustentada en el análisis de los elementos probatorios a tal grado que no permita realizar una conclusión certera en uno u otro sentido, se torna en exigencia ineludible el que el funcionario judicial explique de forma adecuada las razones por las que duda, es decir las que lo llevan a aplicar el principio antecedentemente referido."

Como quiera que en la sentencia de primera instancia se cuestiona la materialidad y responsabilidad del absuelto en las conductas terrorismo, sedición y lesiones personales agravadas, el análisis se centrará tanto en determinar si se estructura la faz objetiva de estas ilicitudes, como si la cara subjetiva de los tipos en cuestión quedó demostrada con igual grado de convicción, o por el contrario como lo sostiene el a-quo la duda probatorio no permite tener por demostrada la existencia de las conductas punibles enrostradas al acusado, y al no quedar sentados los elementos de los tipos penales enrostrados al acusado, resulta imposible elaborar el juicio de reproche en su contra.

En consecuencia, es necesario que la Sala entre a analizar el acervo probatorio para dilucidar correctamente la solución al problema jurídico planteado. Los testimonios que hacen parte de dicho material de conocimiento son los siguientes:

Como pruebas de cargo, se escucharon en diligencia pública al señor Norbey Fabian Acevedo Castañeda, víctima en las presentes diligencias, a su esposa Edianis Yurleys Arcila Salinas, a los patrulleros de la policía Yeison Estiven Marín Olaya, Salvador Atuesta Peña, Daniel de Jesús Toro Lopera, Senober Andrés Diaz Villamizar.

Por parte de los testigos de descargo, depusieron en el foro de fondo el señor Johan Alexis Palacio Villegas, Hamilton Stiven Londoño Monsalve, Johan Sebastián Montoya Rodríguez, Yurley Yoana Guarín Pérez.

Una vez asimilado el recuento de los testimonios escuchados en juicio resulta pertinente hacer alusión a la consagración legal de cada uno de los tipos penales de la acusación.

El legislador tipificó el delito de terrorismo en el artículo 343 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

“El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.

“Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Sobre dicho punible ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³:

“Este delito, cuyo bien jurídico protegido es la seguridad pública, requiere para su estructuración típica que el sujeto -no cualificado- i) realice una de las conductas alternativas:

³ Cfr. CSJ AP, 14 ago. 2013. Rad. 40252 y CSJ AP, 26 sep. 2012. Rad. 38250, entre otras.

provocar o mantener en zozobra o terror a la población o parte de ella, ii) lo cual debe lograr a través de actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, iii) utilizando para ese fin medios que tengan la capacidad de causar daños.

“Es así como esta conducta punible instantánea, de resultado objetivo, también es de peligro real, pues demanda el empleo de esos medios potencialmente dañinos a fin de obtener la finalidad propuesta, esta es, causar pánico en la comunidad, a condición de que los actos desplegados generen peligro a las personas o bienes mencionados en el tipo” (subrayas fuera de texto).

En otra oportunidad la misma Corporación sostuvo:

“La Sala se ha ocupado de precisar que en el juicio de adecuación típica no basta la verificación del uso de las armas de destrucción así como de su nítido carácter peligroso o dañino sobre los bienes subsidiarios protegidos -vida, libertad, integridad física o de las edificaciones, medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices-, sino que el elemento subjetivo del tipo debe aparecer consolidado, de tal forma que sea claro que el agente persigue provocar o fomentar un estado de incertidumbre colectiva frente a la garantía de gozar de la paz y tranquilidad pública propios del Estado Constitucional⁴”.

De lo expuesto puede concluirse en el análisis dogmático del delito de terrorismo, que tiene un sujeto activo indeterminado, cuyo proceder se concreta en los verbos rectores alternativos de provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o una parte de ella, mediante la realización de *“actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas, las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices”*, es decir, se trata de un delito de resultado, en cuanto requiere amedrentar o poner en estado de pánico e incertidumbre a la población o parte de ella.

⁴ CSJ SP, 7 may. 2010. Rad. 31510.

Por su parte, el punible de sedición recogido en el artículo 468 del Código Penal —modificado por el artículo 71 de la Ley 975 de 2005, reza:

Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De otro lado, el delito de lesiones personales dolosas agravadas consagrado en el artículo 111 y ss señala:

Artículo 111. Lesiones. “El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes”.

A su turno, el artículo 112, dispone:

INCAPACIDAD PARA TRABAJAR O ENFERMEDAD. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si pasare de noventa (90) días, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes

Pues bien, antes de entrar al fondo del asunto, anuncia la Sala que la apreciación de la prueba arimada a este proceso, como lo ordena la ley 906/04 en su artículo 380, debe hacerse en su conjunto, y para aclarar los puntuales aspectos reclamados por el apelante; dicho análisis, debe realizarse

además acatando el mandato genérico del artículo en mención bajo las reglas de la sana crítica, lo cual conlleva la aplicación de las leyes de la lógica formal, la ciencia, el sentido común y las reglas de la experiencia al caso concreto. Generalidad que, a su vez, se singulariza en los artículos 404, 420 y 432⁵ ejusdem, en las que se establecen criterios de apreciación, y sin excepción apuntan a ejercicios de sana crítica en punto de la idoneidad de los medios de prueba, precisión, claridad, verosimilitud, pertinencia, convergencias y no contradicción.

En relación con el método de persuasión racional o de la sana crítica adoptado por el legislador penal patrio del 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia ha enseñado que:

“La sana crítica impone al funcionario judicial valorar la prueba contrastándola con los restantes medios, y teniendo en cuenta la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos con los que se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió y las singularidades que puedan incidir en el alcance de la prueba examinada.

El examen probatorio, individual y de conjunto, además de los criterios señalados, acude a los supuestos lógicos, no contrarios con la ciencia, la técnica ni con las reglas de la experiencia, para inferir la solución jurídica que la situación examinada amerita.

En consecuencia, el razonamiento para determinar en un proceso penal si un hecho dado ocurrió o no (facticidad), y, en la primer eventualidad, las posibilidades en que se ejecutó, solo puede apoyarse en premisas argumentativas que apliquen las reglas de la sana crítica, en los términos que vienen de explicarse, no a través de la personal o subjetiva forma de ver cada sujeto la realidad procesal examinada⁶.

⁵ Apreciación de la prueba testimonial, pericial y documental respectivamente.

⁶ CSJ, SP. Sentencia del 25 de mayo de 2005, radicación 21068.

(...)

El juez tiene cierto grado de libertad frente a las pruebas para arribar a un estado de conocimiento acerca de los sucesos y de la responsabilidad penal; y nada obsta para que la convicción destinada a resolver un caso la derive de un testimonio único, siempre

que el raciocinio del funcionario judicial no desborde el margen racional sugerido por los postulados de las ciencias, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia⁷.

(...)

13. También ha de tenerse en cuenta que cuando del análisis de lo expuesto por los testigos se trata, el juez está en libertad de determinar las materias que resultan inverosímiles, separándolas de aquellos elementos que sí deben ser aceptados. Para ello se procede analizando en su particularidad la narración de cada testigo confrontándola con la universalidad del cúmulo probatorio, y por medio de los ejercicios de credibilidad se establece lo que se aproxima a la verdad y lo que trata de desvirtuarla o generar confusión sobre lo ocurrido y que es objeto de reconstrucción en el proceso penal⁸."

Ahora, es sabido que el grado de conocimiento de "más allá de toda duda", es el que requiere el Juez para emitir un juicio de reproche jurídico-penal contra una persona, como con suficiente énfasis lo ha establecido la jurisprudencia, así:

"Ahora bien, en punto de la consecución de la verdad a partir de la adecuada ponderación de las pruebas, el artículo 5º de la Ley 906 de 2004 dispone que "en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia" (subrayas fuera de texto).

La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquél, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la

⁷ CSJ, SP. Sentencia del 10 de noviembre de 2004, radicación 19055.

⁸ CSJ, SP. Sentencia del 17 de marzo de 2009, Rad. 30727. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico de conformidad con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal.

(...)

La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional⁸ y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales⁹.

⁹ CSJ, SP. Sentencia del 3 de febrero de 2010, Rad. 32863. M.P. María del Rosario González Muñoz.

Con el anterior análisis jurisprudencial, anticipa esta Magistratura que en este caso no se logró transmitir a la judicatura el conocimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la responsabilidad penal del acusado como responsable de las conductas de terrorismo, sedición y lesiones personales dolosas agravadas, pues la prueba arrimada al juicio no permite demostrar la materialidad de dichas conductas punibles, ni elaborar el juicio de reproche penal en contra del justiciable, pues afloran serias dudas probatorias que como tales deben ser resueltas a favor del procesado acorde al principio in dubio pro reo, ya que la labor investigativa y probatoria desplegada por el ente persecutor en este caso concreto no logró derruir la presunción de inocencia que le asiste al enjuiciado, por lo tanto, esta permanece incólume, según las previsiones del artículo 7° del C.P.P. Para demostración de ello, cabe citar con holgura lo siguiente:

“La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de toda duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado¹⁰. (Subrayas fuera del texto original).

¹⁰ CSJ, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de marzo de 2006, radicado 22.179. M.P. Alfredo Gómez Quintero

Se hace claridad que la Sala adelantará el examen probatorio de manera conjunta para los delitos atribuidos al acusado, ya que la discusión se dirige hacia tópicos equivalentes, según los planteamientos del ente acusador. Así para todos los tipos penales, se requiere analizar las versiones contrapuestas que ubican al señor Bernardo Iván Velásquez Silva en lugares diferentes a la hora de las explosiones, así como también, la falta de evidencia demostrativa de su participación al interior del paro minero, así como señalamiento directo que lo inculpe de haber manipulado el artefacto explosivo que destruyó la casa del señor Norbey Fabián y por ende, no causo las lesiones a su hija menor.

Al analizar la prueba testimonial, así como la integralidad de todo el material probatorio arrojado a la actuación, acorde con las reglas de la lógica, la experiencia, el sentido común, y en general de la sana crítica, nos lleva a plantear multiplicidad de probabilidades acerca de lo que pudo acontecer en este caso, pero sin que la expuesta por el ente persecutor se edifique en grado de certeza racional necesario para emitir condena, en ello, se debe insistir, le asiste razón al fallador de primera instancia.

Acorde con ello, puede decirse que no se está libre de la más mínima duda razonable respecto a que el acusado sea el responsable de la comisión de las conductas punibles enrostradas por el ente persecutor; y que en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 381 del C. de P. Penal, no es jurídicamente factible sostener con lo probado una sentencia

condenatoria, pues no se supera el estándar legal que se consagra en la aludida normativa procedimental, ya que la prueba practicada a lo largo del juicio no tiene la entidad de generar una categoría de certeza respecto de la responsabilidad penal en cabeza del ciudadano procesado penalmente, ostentando el mismo un mero grado de probabilidad o posibilidad, grado de conocimiento éste que, se insiste, no es suficiente para emitir un fallo de condena.

Es bien sabido que en el proceso penal a medida que se va avanzando en los diversos estadios procesales, se deben ir agotando unos grados de conocimiento necesarios para el desarrollo de la causa, los que a continuación enunciamos: (i) Para efectos de formular imputación se requiere una inferencia razonable de autoría; (ii) para formular acusación se requiere una probabilidad de verdad; (iii) y para emitir una sentencia de condena se requiere un conocimiento más allá de toda duda razonable.

Por lo tanto, dado que en el presente proceso penal sólo se llegó al segundo grado de conocimiento, es decir el de la probabilidad, no es posible que se declare al acusado BERNARDO IVÁN VELASQUEZ SILVA responsable penalmente de las conductas punibles que se le endilgan, pues en nuestra legislación se consagra el principio de la necesidad probatoria (artículo 381 de la Ley 906 de 2004), como fundamento de un sistema Democrático y Liberal de Derecho Penal, y se erige la sentencia condenatoria proferida con arraigo a este postulado como el único mecanismo legítimo para desvirtuar la presunción

de inocencia que privilegia a la persona procesada penalmente.

Exige la norma mentada que del caudal probatorio emane la certeza, tanto de la existencia de la conducta punible, como de la responsabilidad penal que la persona procesada haya tenido en su ejecución; en este caso, frente a los dos aspectos en mención, persisten serias dudas que como ya se indicó, acorde al principio in dubio pro reo, deben ser resueltas a favor del acusado.

No desconoce la Corporación que el acopio probatorio que se ofrece, es de una gran moderación, permitiendo mínimos elementos para el análisis, empero, no aporta, en criterio de esta Colegiatura, en contraposición a lo considerado por el apelante, el valor incriminatorio insoslayable que reclama la normatividad, necesario, como se dijo, para emitir sentencia de condena. Y es que el legislador ha jerarquizado el mérito probatorio que debe sustentar las decisiones a lo largo del proceso penal.

Por ende, a medida que el proceso avanza, la calidad de lo investigado debe hacerlo en relación proporcional. Es así como puede una investigación trascender la etapa de juzgamiento sin resultar, a la postre, apta para finiquitar con sentencia de condena, como sucede en el sub lite. Y ello resulta apenas de la aplicación lógica del proceso de conocimiento: *“La mente humana puede encontrarse, con respecto al conocimiento de un hecho, en estado de ignorancia, o sea ausencia de todo*

conocimiento; en estado de credibilidad, en sentido específico, es decir, igualdad de motivos en cuanto al conocimiento afirmativo y al negativo; en estado de probabilidad, que es el predominio del conocimiento afirmativo, y en estado de certeza, que es conocimiento afirmativo y triunfante”¹¹

Como consecuencia de esos limitados resultados obtenidos mediante la actividad investigativa desarrollada por el ente persecutor, puede afirmarse sin hesitación alguna, que en este estadio procesal no existe un material probatorio contundente que le transmita a esta Sala un convencimiento tal para revocar la decisión proferida por la judicatura de primera instancia, y en consecuencia proceder a emitir juicio de reproche jurídico penal en contra del acusado, como lo petitiona el apelante; por el contrario el manto de dudas que se ha generado en este caso lleva a esta Sala de Decisión a confirmar el fallo recurrido.

Aclarando eso sí, que tampoco se trata de uno de esos eventos en los que la defensa logra finalmente demostrar la plena inocencia de su prohijado mediante la prueba de descargos. Contrario a lo que concluye el apelante, no se logró demostrar más allá de toda duda que el acusado participara de las manifestaciones del paro minero – hecho de connotación regional y nacional – y además como aquella persona que la noche del 7 de agosto de 2017, detonó un artefacto explosivo tipo dinamita cerca a la casa del señor Norbey Fabian, onda explosiva que derivó – según la fiscalía – en afectaciones a la salud de la menor S, incurriendo por ello, en las conductas

¹¹ DEI MALATESTA, Framarino, “Lógica de las pruebas en materia criminal”. Tomo I, Editorial Temis, Santafé de Bogotá 1997, cuarta edición, Pág. 12.

punibles de Terrorismo, Sedición y lesiones personales dolosas agravadas.

Sobre el particular debe señalar la Sala que particularmente el único testigo directo de los hechos es contundente en afirmar que la persona que había lanzado la dinamita tenía una mochila – no era el procesado- , al cual no conocía porque no era del sector, que había visto cuando Bernardo Iván bajaba con una caja de aguardiente y que nunca lo observó participando del paro armado – hecho este sostenido por el patrullero Salvador Atuesta, cuando lo interrogó el delegado de la Fiscalía, así:

Fiscal. ¿Usted había visto al señor Bernardo Iván Velásquez que usted acaba de señalar que estuviera participando en algún tipo de actividad en ese paro lo había visto con anterioridad?

Testigo. No doctor.

La anterior afirmación se apareja con lo manifestado por los testigos de descargo, quienes al unísono indicaron que Bernardo Iván nunca hizo parte de las aglomeraciones del paro armado. Lo traído inocultablemente se compagina con las afirmaciones del señor Norbey Fabían, aflorando convergencia en su dicho.

De entrada se cuestiona la Corporación, si demostrado está que el señor Velásquez Silva, no hizo parte de las manifestaciones, tal como lo indicaron los testimonios, tanto de cargo como de descargos, ¿Cuál es el presupuesto para configurar los delitos de terrorismo y sedición?, ¿Cuál fue el amedrentamiento, el estado de pánico o la incertidumbre que generó el procesado, sino participó de dichos eventos?.

En materia jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia ha definido los elementos básicos del terrorismo, planteando que la zozobra se debe entender como “una situación de intranquilidad, inquietud, aflicción, angustia, desazón, incertidumbre o desasosiego; de otro lado, el terror alude al miedo, pánico, temor, pavor o susto; sobra señalar que sin la acreditación de tales circunstancias no podrá tenerse por configurada la tipicidad del delito en comento”¹²

Acorde con ello, existe una relación teleológica entre los medios utilizados para infundir terrorismo por medios que pongan en peligro bienes esenciales de la sociedad, con los verbos rectores del tipo, que son provocar o mantener el estado de zozobra y terror¹³.

Por lo expuesto, será siempre necesario en el análisis del tipo penal establecer si la finalidad del sujeto agente se enmarca en crear un estado de amenaza, incertidumbre y miedo en la población; este es prioritariamente el contenido del dolo y debe estar presente en la ejecución del hecho para configurar su tipicidad en el ámbito subjetivo.

Pero es que además de aceptarse en gracia de discusión la existencia de la tantas veces explosión de la dinamita, para la Sala tampoco dicho comportamiento tendría la entidad suficiente como para catalogarlo como terrorista y sedicioso, al grado de ocasionar la zozobra, angustia y el terror desplegado

¹² CSJ, SP. auto del 8 de julio de 2020, Rad. 56.469. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

¹³ Ibid.

por el agente. Igualmente dicho actuar, no estaría relacionado con lo que se estaba viviendo para esa época en el municipio de Remedios debido al paro armado, porque aquel nunca participó de dichas aglomeraciones, y la Fiscalía tampoco demostró que el accionar de la pólvora tenía el fin concreto de crear terror, o simplemente fueron producto del ambiente habitual de la comunidad minera que ahí reside.

Lo que se observa con las declaraciones de los agentes del orden, concretamente, de lo señalado por Salvador Atuesta Peña, es que al ser la comunidad de la cruzada una población que vive de la minera, inexcusablemente, todos sus habitantes hacían parte del plurimencionado paro armado. Veamos su dicho:

Fiscal. Usted al momento de la captura ¿Escuchó que el señor acusado aquí presente hiciera alguna manifestación en relación con los hechos?

Testigo. Una manifestación pues él estaba apoyando el paro en el sector las partidas.

Fiscal. ¿Usted por qué dice que él está apoyando el paro ahí en las partidas que lo lleva usted a sacar esa conclusión señor patrullero?

Testigo. No porque ellos como trabajan minerías entonces todo el pueblo de Segovia y remedios y trabaja en la minería Cuando hacen ese tipo de paros. primera vez que me tocó ellos se reúnen todos y hacen manifestaciones en puntos específicos como el sector de las partidas de la cruzada corregimiento la cruzada.

Fiscal. ¿Usted había visto al señor Bernardo Iván Velásquez que usted acaba de señalar que estuviera participando en algún tipo de actividad en ese paro lo había visto con anterioridad?

Testigo. No doctor.

Fiscal. La fiscalía no tiene más preguntas su señoría.

Otra de las dudas que se evidencian de las declaraciones de los policiales es, y en último caso, si estaban tan convencidos de lo

que sucedía para esa época y sabían de antemano lo que iba a ocurrir por como se venía desplegando el paro minero, porque acudir dos horas después de escuchar el primer impacto de dinamita ¿Era un sonido normal para ellos? O simplemente ¿Fueron permisivos con lo que estaba sucediendo?. Notemos:

Declaración de Yeison Estiven Marín Olaya

Defensor. Quería hacerle este unas preguntas, eh me informa usted que se encontraban en el sector la herradura cuando en escucharon una de las detonaciones y otra en el sector la placa ¿recuerda usted las horas de estas explosiones?

Testigo. fue en la madrugada, pero exactamente iban a ser como las 4 la mañana si tengo conocimiento cuando escuche la primera detonación me encontraba en el sector de la placa a eso como de las tres de la mañana si no estoy mal.

Defensor. A las tres de la mañana se encontrará en el sector de la plaza ¿cuánto ha tardado se tardó usted desplazarse del sector la placa hacia el sector las partidas?

Testigo. No en ese momento yo no me traslade las partidas cuando escuche la primera detonación y vamos bajando y entramos al sector de la herradura. Igualmente estamos realizando el patrullaje cuando escuchamos la segunda detonación nos encontramos en la herradura de ahí a las partidas un minuto.

Declaración de Salvador Atuesta Peña

Fiscal. Antes de escuchar esa explosión ¿había escuchado alguna otra durante el desarrollo de su turno de vigilancia?

Testigo. Si doctor.

Fiscal. ¿Cuántas detonaciones escuchó?

Testigo. Dos detonaciones doctor.

Fiscal. ¿Antes escucho dos?

Testigo. Si doctor.

Fiscal. ¿Qué lapso de tiempo había transcurrido entre una y otra?

Testigo. Aproximadamente dos horas doctor.

Fiscal. ¿Explíqueme cuándo dice dos horas había transcurrido entre una explosión y la última que escuchó o entre las dos que había escuchado antes?

Testigo. No, antes escuchamos dos explosiones.

Fiscal. Bueno y entre esa última que escuchó y la inmediatamente anterior ¿Cuánto tiempo había transcurrido?

Testigo. Más o menos dos horas doctor.

Fiscalía. Más o menos dos horas, ¿con esa detonación que escucharon antes que usted y su compañero como integrantes

de la patrulla de vigilancia qué actividad realizaron en relación con ello?

Testigo. Estábamos pasándole revista al corregimiento para ver en qué sector fue la detonación.

Fiscal. Cuando estalló esa última detonación ¿Qué actividades hicieron en relación con esa detonación?

Testigo. Nos encontramos en la principal del sitio y llegamos de inmediato al sitio.

Dígase, además que los gendarmes llegaron en compañía de miembros del Ejército Nacional, por lo que no puede pensarse que no habían arribado antes a la zona al no contar con el personal suficiente que respaldara su incursión, situación que tampoco despejó el delegado del ente persecutor.

Ahora, si tal como lo apreciaron los agentes de policía, todos los allí reunidos estaban atentando contra el régimen constitucional y legal, y la seguridad pública, debieron ser detenidos, lo que no sucedió, por el contrario, ellos se limitaron a preguntarles a aquellos ciudadanos quien había sido el ciudadano que había causado la explosión con dinamita.

Ahora los testigos de la defensa, en verdad se esfuerzan por realizar una línea de tiempo acerca de los movimientos realizados por el procesado a lo largo de ese día, no solo a la hora de la explosión y de la aprehensión, sino desde el funeral del abuelo del señor Johan Alexis Palacios Villegas siendo prolijos en suministrar detalles o circunstancias que permitieron corroborar su versión o elementos que los respalden, encontrando consonancia con apartes de la versión rendida por la misma víctima Fabian Norbey.

Por otra parte también se contaría con la información que suministra el testigo Palacios Villegas quien relata de manera cronológica que el procesado lo acompañó bebiendo desde las 7 de la noche del día 5 de agosto hasta las primeras horas de la noche del día siguiente, y Hamilton Stiven Londoño Monsalve quien indicó que en compañía del acusado desde las 10:30 p.m. del día 6 de agosto hasta las horas de la madrugada lo que implica en concordancia con lo anterior que en sí los testigos dan cuenta del lapso vivido días antes de la aprehensión y por ello se descarta la participación del procesado en el hecho delictivo de terrorismo y sedición, apreciaciones que no logró derribar el ente acusador.

En lo tocante a la divergencia que se advierte en las intervenciones de la testigo Edianis Yurleis Arcila Salinas, se impone acudir a los criterios de valoración atinentes a la sana crítica; por ende es indispensable el análisis individual y en conjunto de las pruebas, proceso en el que debe tenerse en cuenta la tesis relativa al testimonio complementario y/o adjunto recogido de manera amplia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia con radicado 25.738 del 9 de noviembre de 2006, de manera, que si bien esas entrevistas o declaraciones no son pruebas por sí mismas, porque se practican fuera del juicio, cuando son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el debate de fondo para dos fines específicos: a) para refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d) y b) para impugnar la credibilidad del mismo ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (artículos 347, 393-b y 403).

En la mencionada sentencia, el Alto Tribunal analizó in extenso el alcance que tienen tales entrevistas en el juicio oral, en los eventos en que se empleen para impugnar la credibilidad del testigo como lo dispone el artículo 403 del Estatuto Procedimental Penal que establece la finalidad de la impugnación, y se enuncian los aspectos sobre los cuales puede recaer la misma; o al fijar las reglas del contrainterrogatorio – artículo 393-, o como lo reitera el artículo 347 ibídem que señala que las afirmaciones hechas en las exposiciones o declaraciones juradas, “para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”.

Estas precisiones para significar que contrastado lo dicho en el juicio oral por la aludida testigo, con las manifestaciones anteriores rendidas ante la Fiscalía, valoradas además las explicaciones entregadas sobre las divergencias que surgieron, no llevan a otorgarle credibilidad a sus manifestaciones iniciales, rendidas en el mes de agosto del año 2017, poco después de sucedido los hechos, al estimar que la incriminación hecha en las entrevistas no resulta veraz y acorde con las demás pruebas allegadas a la investigación, primero por cuanto el señor Norbey Fabian manifestó que su pareja mientras sucedían los hechos, estaba haciendo cremas en la cocina para vender, que nunca salió de su casa, por lo que no fue testigo presencial de los hechos como quiere hacerlo ver el ente acusador, afirmación

que se compagina con los dichos de los otros testimonios quienes afirman que la única persona que salió a increpar a los ciudadanos que lanzaban pólvora fue un hombre. Lo que se percibe es que al calor de lo sucedido, Norbey Fabían le transmitió a su señora lo que percibía, transmitiendo de esa misma manera la información, cegada por el enojo que le produjo el ver su casa destruida, pues se estableció que la vivienda era de su propiedad y no de su pareja.

En definitiva, sin mayores elucubraciones es inocultable la orfandad de pruebas incriminatorias contundentes que trasmitan a la judicatura la certeza racional que los hechos ocurrieron como se expone desde la orilla acusatoria, esto es, que fue el acusado quien además de participar en el paro armado minero, accionó el explosivo, del que ya se ha hecho mención; por el contrario, las insalvables dudas que persisten luego de escuchar tanto a los testigos de cargo, como a los ofrecidos por la defensa, impiden tal concreción de criterio. En el sub judice resultan plausibles varias explicaciones de los hechos, sin que con el material probatorio recaudado en la actuación se logre dar primacía a una u otra tesis, defensiva o acusatoria.

En primer lugar, no existe duda alguna, en punto a la materialidad de los hechos acaecidos la noche del 7 de agosto de 2017, esto es, el estallido de una dinamita cerca a la casa del señor Norbey Fabian, como quiera que la prueba testimonial es contundente respecto a ese acontecimiento.

De lo relatado por el señor Norbey Fabian Acevedo Castañeda, la fiscalía no entrega a la audiencia ninguna información relevante de cara a demostrar los punibles contra el régimen constitucional y legal, seguridad pública y vida e integridad personal que se le endilga al absuelto, su referente no vas más allá de atestiguar sobre la existencia de un paro armado minero en el sector de la Cruzada del municipio de Remedios, generando enfrentamientos con la fuerza pública, y una serie de detonaciones explosivas con dinamita que afectaron su vivienda la madrugada del 7 de agosto de 2017, en el juicio y sometido al rigor del interrogatorio y conainterrogatorio, nada dijo en cuanto a sus autores y partícipes y menos en cuanto al procesado llamado a juicio, por el contrario, fue enfático en manifestar que desconocía quien había sido la persona que había detonado el explosivo que afecto su casa, al parecer un hombre de una mochila, al cual no identifica por no ser de la zona.

En relación con la señora Edianis Yorleidis Arcila Salinas, su declaración fue por decir lo menos lacónica, en tanto se contrajo en señalar lo que sucedió la noche de los hechos, indicando escuetamente lo que había percibido, pero en sí, no hubo un solo señalamiento en contra del acusado, incluso al impugnársele su credibilidad, las disonancias entre la entrevista inicial y el restante material probatorio, son palmarias.

Continuo la Fiscalía con sus testigos de cargo, presentando en juicio a los patrulleros de la policía Yeison Stiven Marín Olaya y Salvador Atuesta Dueña, el primero refirió sobre sobre los hechos

materia de esta causa: *“que el día 07 de agosto de 2017, en horas de la madrugada se encontraba realizando labores de patrullaje en el sector La Cruzada cuando escucharon varias detonaciones y luego de uno de esos estallidos, pudo advertir que hubo una persona afectada por dicha situación y fue este ciudadano quien individualizó al responsable del hecho, explicando que fue un hombre que vestía camiseta tipo polo de color amarillo con rayas blancas y que era conocido como alias CHINCHE y tal señalamiento permitió la captura del mismo”*.

Por su parte, el segundo de los mencionados agentes del orden, denunció que el dueño de la casa les dijo que la persona responsable de lanzar el artefacto explosivo tenía una camiseta tipo polo blanca de rayas azules, conforme procedió capturarlo y leerle sus derechos como persona arrestada. Esgrimió en su deposición, que no hubo otra persona distinta al primer denunciante que identificara al procesado, pues después de la captura, siguieron con las labores de patrullaje, hallando una zona desierta.

Tanto Marín Olaya como su compañero de patrulla Atuesta Dueña, relacionaron información que el señor Norbey Fabian había dado en cuanto al presunto terrorista, refiriendo unas características en su vestimenta como que tenía una camiseta tipo polo, no obstante, ser ambivalentes en el color de las rayas de la camiseta, incluso que el sujeto tenía como alias “Chinche”.

Se tiene entonces que los testigos policiales de la fiscalía son directos en cuanto al dicho de Norbey y de referencia en

cuanto a los hechos donde resulta afectada su vivienda producto de una onda explosiva con una dinamita, pues llegaron con posterioridad al acaecimiento del hecho.

Los restantes agentes de policía – 2 en total - que desfilaron en el estrado realizaron labores de campo después de acaecidos los hechos, aportando pocos elementos de juicio a valorar, para soportar una decisión de condena frente a las conductas que se le endilgaron a Velásquez Silva.

Aunque las versiones de los testigos no se suman sino que pesan en la valoración, de la prueba testimonial allegada al plenario, para La Sala no hay prueba directa que señale o identifique de manera contundente al absuelto Bernardo Iván Velásquez Silva, como autor material de los delitos enrostrados, pues la persona que supuestamente observó y dio cuenta de las características del perpetrador terrorista, misma que fue traída a audiencia por el Representante de la Fiscalía, niega absolutamente todo, desconociendo quién fue el sujeto que accionó el elemento dinamita, la madrugada del 7 de agosto de 2017.

Reiterado es que la Fiscalía no logró despejar y darle certidumbre a su acusación, tampoco desmintió lo expuesto por los testigos de la defensa, y como se viene de exponer, prácticamente el Ente acusador no allegó prueba que lograra desvirtuar la presunción de inocencia del implicado. Se abre desde luego un manto de dudas con la información que de manera escueta recibieron los policiales y por la razón que haya

sido, no se logró sostener en juicio, quedando entonces en meros comentarios especulativos.

Huelga relatar que no se comparte el análisis del petente cuando señala que el procesado por ejercer labores de minería, conoce de dinamita, por lo que fácil resulta colegir que aquel pudo lanzar el artefacto, y es en este último aspecto en que se advierte el desafuero intelectual del representante del ente acusador, porque se asumió que tal condición lo llevaba necesariamente a ser autor del delito de sedición y terrorismo, cuando no mediaba prueba de tal análisis, por demás ligero, y carente de toda lógica. Máxime cuando el único testigo directo, no da mayores elementos suasorios, anulando la verificabilidad del indicio de responsabilidad, la imprecisión latente en el expediente ya que no se estableció su participación al interior de los mismos, argumento que refuerzan los policiales que realizaron la captura en flagrancia, tal como se ha demostrado en párrafos anteriores.

De valorarse el indicio de participante en el paro armado minero, por el solo hecho de ser ejercer dicha labor, con esa sola membresía no es posible válidamente afirmar que el enjuiciado debe responder por los delitos atentatorio de la seguridad pública y el orden constitucional y legal, porque frisaría con el proscrito derecho penal de autor, en el cual no tiene incidencia lo que las personas son, sino lo que hacen, por eso en CSJ SP, 10 jun. 2015, rad. 40478 se indicó:

..el sistema de protección de los bienes jurídicos inmanentes al mismo [Estado social de derecho] está sustentado en el principio

de derecho penal de acto, por virtud del cual la condición de punible de una hipótesis normativa tiene como exclusivo fundamento el concreto hecho (como sinónimo de acción u omisión humana) del sujeto en la ejecución de un comportamiento previsto como delito, y la correlativa sanción también tiene a la vez como sustento solamente ese hecho individual¹⁴.

*Es por lo anterior que esta Corporación tiene establecida una inveterada, pacífica y reiterada línea jurisprudencial, según la cual, de la misma manera que la demostración de antecedentes conductuales positivos del procesado **no** es idónea para sustentar la ausencia de responsabilidad frente a la imputación de una conducta punible¹⁵, la acreditación de anotaciones negativas similares o no al comportamiento atribuido, anteriores, concomitantes o posteriores a este, tampoco es eficaz para, con base en un aparente perfil antisocial del implicado, asegurar su compromiso en el delito endilgado¹⁶ en ausencia de otros elementos que de manera efectiva lo comprometan, pues valoraciones de ese calado constituyen una inaceptable manifestación del proscrito derecho penal de autor, en desmedro de su par opuesto, el derecho penal de acto.*

Además de ello, las otras valoraciones realizadas por el censor – como que los hermanos del procesado arreglaran la casa de la víctima, y en contraprestación él no lo incriminaba - debilitan la concordancia que debe caracterizar la coexistencia de indicios, esto es, que los hechos inferidos guarden armonía entre sí como partes que integran un mismo fenómeno. Lo mismo ocurre con su convergencia en tanto impide arribar a una cabal y contundente conclusión que VELASQUEZ SILVA fue quien accionó el artefacto explosivo.

Con las anteriores probanzas, debe indicar la Sala que es sabido que el material indiciario allegado al juicio debe ser valorado en conjunto con los testimonios y resto del acervo probatorio, pues

¹⁴ Jauchen, EDUARDO M. "Derechos del Imputado". Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, páginas 26 a 33.

¹⁵ Cfr. CSJ. SP 8 jul. 2003, rad. 18025; SP docenov. 2003, rad 18363; SP 4 feb. 2004, rad. 13362, y SP 5 sep. 2013, rad. 36411, entre otras.

¹⁶ Cfr. CSJ. SP 16 abr. 2008, rad. 25543; SP 15 jul. 2008, rad. 28362; SP 21 may 2009, rad. 22825; SP 1 de jul 2009, rad 21977, y AP1282-2014, 17 mar 2014, rad 41741, entre otras.

como lo enseña la jurisprudencia, aquellos no constituyen pruebas autónomas. No se trata entonces de desconocer que en la actual sistemática procedimental penal adoptada mediante la Ley 906 de 2004, las inferencias lógicas fundadas en hechos indicadores efectivamente probados, lleven a una conclusión contundente al punto que se pueda asegurar que la persona procesada cometió los delitos que se le enrostran, esto es que su accionar final estuvo dirigido a la consumación de los delitos de la acusación.

Asimismo, también es ampliamente conocido y no puede olvidarse que el indicio no posee una existencia autónoma, sino derivada y emana de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, siendo necesario e imprescindible la estructuración de un hecho indicador legalmente probado para construir a partir de él la inferencia lógica y derivar finalmente una conclusión que permita no solo demostrar la materialidad de las conductas investigadas, sino la estructuración del juicio de reproche penal en contra del enjuiciado, se insiste, más allá de toda duda.

Esto ha dicho la Corte Suprema de Justicia sobre la atribución de eficacia probatoria a los indicios:

“Las inferencias lógico-jurídicas a través de operaciones indiciarias son pertinentes dentro de la sistemática procesal vigente para permitirle al juez un “convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (Ley 906 de 2004, artículo 7º), que cuando ello se alcanza le permitan proferir sentencias de condena en contra de los acusados. La prueba indiciaria surge de un hecho indicador, probado en el proceso, del cual el operador judicial infiere lógicamente la existencia de otro, es decir, el indicio es un hecho conocido del

cual se deduce otro desconocido. Así pues, la operación del juez al encontrarse con un indicio, consiste en tomar el hecho demostrado y analizarlo bajo las reglas de la experiencia y de la lógica, para que como resultado aparezca la conclusión lógica que se está buscando. Dicho de otro modo: Todo indicio se configura a través de un hecho indicador singularmente conocido y probado, un hecho indicado a demostrar, el que a través de un proceso de inferencia lógica permite deducir la autoría, responsabilidad o las circunstancias en que se ejecutó la conducta punible. La atribución de eficacia probatoria a los indicios, como ocurre con los medios de convicción en general, depende de su confrontación o cotejo con el conjunto del acervo probatorio y de su gravedad, concordancia, convergencia y relación con las pruebas que hayan sido recolectadas en el juicio oral¹⁷.

Posteriormente, afianzándose en el proveído citado, señaló la Colegiatura en otra decisión:

“...el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho (indicador o indicante) del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado) hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido. Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados de graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y de leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece”¹⁸.

¹⁷ CSJ, SP, sentencia del 17 de marzo de 2009, radicación 30727

¹⁸ CSJ, SP. Sentencia del 13 de febrero de 2013, radicación 28.465. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

Por otro lado, no es veraz, como lo infiere el opugnante, que el a-quo exigió un dictamen pericial como la única prueba que pueda otorgar veracidad a los testimonios rendidos por los testigos de cargo, en lo referente a la demostración las lesiones personales agravadas por parte de S, pues con ello se desconoce la libertad probatoria que rige en nuestro sistema penal, valoración que realizó el fallador de primer grado en los siguientes términos: *“Sobre este tema en particular, tampoco hay que hacer mayores disquisiciones, pues en primer lugar no se encuentra soporte probatorio de las lesiones que presuntamente sufrió la niña, porque no hay dictamen médico legal, ni el médico que lo realizó no acudió al juicio oral, conforme lo cual el primer ingrediente del tipo penal no se encuentra satisfecho, pues la incapacidad médico no fue aportada. Por otro lado, concretamente la progenitora de la niña, manifestó ante toda la audiencia que después de lo sucedido, ella llevó a su hija al hospital donde fue examinada, pero el galeno de turno argumentó que la niña no tenía ningún dato; sin embargo, destacó que la molestia que la jovencita tenía en sus ojos era producto de un sucio, para lo cual no requería asistencia especial. Apoyando esta acepción el padre de la niña, manifestó que la niña es muy buena, que no presentó ningún inconveniente desde esa fecha”*.

La prueba testimonial de cargos se reduce únicamente a lo expuesto por la madre de la menor víctima, quien no alude a quién fue la persona que generó el estallido en su casa, siendo

clara además en indicar que el médico que atendió a la menor le manifestó que no tenía daño alguno.

Perdió de vista la Fiscalía que no solo se trata de demostrar la identidad de quién es el procesado, sino también y de modo esencial, que esa persona fue quien realizó la conducta que se le atribuye. Si bien quedó demostrado que el procesado no es quien realizó el hecho investigado, también es cierto, que al no estar en rigor probada su participación se presumiría en su contra.

No se trata en modo alguno de que no exista libertad probatoria, que efectivamente rige el procedimiento penal y en consecuencia al de responsabilidad penal, ni de que un solo testimonio no pueda ser plena prueba de la demostración de un hecho o circunstancia; lo que aquí se puntualiza es que con la única atestación recaudada es clara en manifestar que la menor no sufrió ningún tipo de daño. Entonces, la razón ofrecida para deducir la conducta punible de lesiones personales dolosas agravadas, no resulta cierta.

En este asunto, a diferencia de lo que opina el apelante observa la Sala que la valoración del material de conocimiento se realizó mediante un análisis hilvanado lógicamente, tanto individual, como en su conjunto, el cual permite concluir que en presente caso no se logra el conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad y participación del procesado en los delitos de terrorismo, sedición y lesiones personales dolosas agravadas. Son éstas entonces, las objeciones que pueden

plantearse al material probatorio que presentó la Fiscalía para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a BERNARDO IVÁN VELASQUEZ SILVA.

Como se vio, ninguna de ellas logra aportar el fundamento material de una sentencia de condena. En tales condiciones no se encuentra el poder suasorio del material de cargo, el mérito sustancial que reclama la sentencia de condena petitionada por la Fiscalía, como acertadamente lo concluyera la judicatura de primera instancia, como quiera que ante dos o más interpretaciones posibles de los hechos, se impone la duda y esta debe ser resuelta a favor del procesado.

Comparte de esta manera plenamente esta Colegiatura los planteamientos expuestos por el fallador singular que predica la falta de prueba certera para condenar, por lo tanto se acogen los planteamientos de absolución expuestos en el fallo confutado, resultando forzosa la confirmación íntegramente dicho proveído.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **CONFIRMÁRA** la sentencia absolutoria de primera instancia proferida 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

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: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de la naturaleza, fecha y origen indicados, con fundamento en las argumentaciones esbozadas en precedencia.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica por estrados y contra ella procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

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
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:
**c5398ab299b8fe935a0f65d9d67de2dde8d81442acbf0e1da2fb7e
c19aba18df**

Documento generado en 22/07/2021 05:36:39 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

| | |
|------------|--|
| Radicado | 2021-1043-3 |
| Accionante | Daniel Ruiz Pantoja |
| Accionados | Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario y Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro |
| Asunto | Tutela de Primera Instancia |
| Decisión | Ampara |

Medellín, veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada mediante Acta N° 174 de la fecha

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por **Daniel Ruíz Pantoja**, en contra del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario**, y el **Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro**, por la presunta vulneración del derecho fundamental de petición.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató la accionante¹ que desde el mes de enero, ha solicitado a diferentes autoridades la concesión de prisión domiciliaria por cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 38B del Código Penal.

Asimismo, refirió que elevó petición ante el **Juzgado Segundo Penal de Circuito Rionegro**, solicitado información respecto de la existencia de incidentes de reparación integral al interior de su proceso penal, en aras de corroborar el cumplimiento de los requisitos para obtener el precitado sustituto penal.

Por todo lo anterior, peticionó a la judicatura el amparo de su derecho fundamental de petición; en consecuencia, requiere orden que determine al juez de conocimiento a

¹ Folios 1 y 2, expediente digital de tutela.

pronunciarse respecto de la existencia de incidentes de reparación integral al interior de su proceso y que la misma sea remitida al juzgado que vigila su pena.

Del mismo modo, pretende orden que compela al **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario**, a dar trámite a su solicitud frente a la solicitud que pretende la prisión domiciliaria.

TRÁMITE

Mediante auto adiado el 08 de julio de 2021², se dispuso asumir la demanda, en ese sentido se decidió vincular al **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario** y al **Establecimiento Penitenciario y Carcelario El Pesebre**, con el fin de integrar debidamente al contradictorio; y, a su vez, se corrió traslado tanto a las demandadas como vinculadas para que pudieran ejercer efectivamente sus derechos de defensa y contradicción.

El pasado 16 de julio de los corrientes³, tras resultar imperiosa la presencia de la **Oficina de Recepción de Asuntos Tribunal Superior de Antioquía** al interior del trámite tutelar, fue ordenada su vinculación para que en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, procedieran a rendir informe sobre los hechos expuestos en la demanda.

RESPUESTAS

El 9 de julio hogaño⁴, el titular del **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario – Antioquia**, al recorrer el traslado de la demanda tutelar, informó que una vez revisadas sus bases de datos, no encontró ningún proceso a su cargo en el que se vigile condena del promotor.

En la misma data⁵, el funcionario a cargo del **Juzgado Segundo Penal del Circuito**, respondiendo al requerimiento realizado al interior del trámite constitucional, procedió a indicar que fue el despacho encargado de conocer del proceso penal de radicado CUI: 056156108501201680179 seguido en contra del accionante, el cual, en consideración de la sentencia condenatoria, se encuentra en etapa de ejecución, y precisa que, los sujetos allí condenados, han adelantado diferentes trámites, como

² Folio 9 y 10, ibídem.

³ Folio 21, ibídem.

⁴ Folios 29 y 30, ibídem.

⁵ Folio 12, ibídem.

tutelas, *habeas corpus* y vigilancias administrativas que siempre resultan desfavorables a sus intereses.

Respecto de los hechos de la demanda tutelar, expresó que el juzgado no ha recibido petición alguna del gestor indagando sobre la existencia de incidentes de reparación integral en su contra, lo cual sustenta informando que el correo al que el petente elevó las peticiones, esto es, repartofjdsant@cendoj.ramajudicial.gov.co, no corresponde al de su despacho ni al centro de servicios del palacio de justicia de Rionegro. De modo que, al no haber desconocido derecho alguno del promotor, solicitó efectuar su desvinculación del presente trámite y en su lugar, declarar la improcedencia del mismo.

A su turno, el 13 de julio de los corrientes⁶, la titular del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario – Antioquia**, rindió informe, en el que manifestó que el accionante se encuentra cumpliendo una condena de 56 meses de prisión y una multa de 77.77 SMLMV, que le fue impuesta el 18 de diciembre de 2020, por el Tribunal Superior de Antioquia, tras modificar la condena establecida por el juzgado cognoscente, tras hallarlo penalmente responsable del reato de cohecho de dar u ofrecer.

En consecuencia, indica que la solicitud remitida a su despacho el 2 de julio de 2021 en la cual el promotor requiere la concesión de prisión domiciliaria conforme el artículo 38B del Código Penal, fue resuelta en proveídos No. 2236 y 2237 de 12 de julio del año en curso, en la cual se le otorgó redención de la pena y se denegó el sustituto deprecado, toda vez que el delito por el cual fue condenado se encuentra excluido del beneficio rogado.

Así, indica que procedió a comisionar a la **Cárcel y Penitenciaria de Medida de Seguridad de Puerto Triunfo**, para efectuar la notificación de la decisión adoptada por el despacho.

El 19 de julio de los corrientes⁷, la coordinadora de la **Oficina Judicial** adscrita a la **Dirección Seccional de Administración Judicial de Medellín**, respondiendo al respectivo traslado, procedió a exponer que todas las solicitudes o memoriales remitidos por el actor al correo electrónico de la dependencia a cargo, fueron resueltas

⁶ Folio 13 y 14, ibídem.

⁷ Folios 23 a 26, ibídem.

dando lugar a los respectivos reenvíos de las solicitudes a los respectivos despachos judiciales competentes.

En ese orden, refiere que la solicitud recibida por su despacho el 23 de mayo de los corrientes, en la que denuncia actos ilegales del juez de conocimiento que lo condenó, fue remitida al Consejo Seccional de la Judicatura el 24 de mayo de la misma anualidad. A su vez, la solicitud conocida el 30 de mayo hogaño, en la que eleva derecho de petición ante la Corte Constitucional, fue direccionada al órgano de cierre de esa jurisdicción el 31 de mayo hogaño, y, finalmente, la solicitud adiada 11 de junio en la que peticona la sustitución de la pena por prisión domiciliaria, fue trasladada a los **Juzgado Primero y Segundo de Ejecución de Penas del Santuario**.

De conformidad a lo descrito, solicita su desvinculación de la acción pública a tratar.

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.

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 el derecho fundamental invocado por la parte actora del libelo.

3. Análisis de procedencia de la acción de tutela

En el caso concreto, **Daniel Ruiz Pantoja**, reclama la protección de su derecho fundamental de petición, en tanto, manifestó haber radicado distintos requerimientos donde deprecaba de un lado, la sustitución de su pena privativa de prisión en centro carcelario por domiciliaria e información sobre la existencia de posibles trámites de incidentes de reparación integral ante los **Juzgados Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario y Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro**, respectivamente, por lo tanto, se encuentra acreditado para actuar en la causa por activa.

De otro lado, a pesar que las solicitudes fueron radicadas a través de la **Oficina de Recepción de Asuntos Tribunal Superior de Antioquía**, las mismas debían ser remitidas a los juzgados accionados, conforme a lo requerido por el promotor, entonces, al ser los despachos competentes para resolver sus peticiones, por la atribución de sus funciones respecto del proceso penal que lo mantiene privado de la libertad, les asiste interés para concurrir al presente trámite por pasiva.

Sobre el requisito de inmediatez, deben hacerse dos precisiones en la materia:

En cuanto a la petición de sustitución de la pena, activa el análisis de la posible violación del derecho fundamental al debido proceso, por tratarse de un requerimiento que debe ser resuelto el juez en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales.

En ese sentido, el promotor acreditó haber enviado petición el 24 de mayo hogaño, ante el correo de la Recepción de Asuntos de la Tribunal Superior de Antioquia, mismo que reenvió solicitud al destinatario requerido por el gestor, siendo este el Consejo Seccional de la Judicatura, que a su vez, seguramente fue remitido al juzgado executor por ser el directo responsable de absolver estas pretensiones dentro de la fase de vigilancia de las penas establecidas en los procesos penales, así, comoquiera que la tutela fue interpuesta el 8 de julio, este criterio se encuentra a salvo.

Misma situación se advierte respecto de la petición presentada ante la misma oficina administrativa del Tribunal, en la que requería información sobre posibles incidentes de reparación iniciados en su contra, la cual data del 11 de junio hogaño, por lo tanto también sobrepasa el canon de inmediatez.

Ahora, frente a la subsidiariedad, en el caso bajo análisis, se tiene que la parte accionante deprecó el amparo constitucional, toda vez que el actor requiere la resolución de solicitud irresoluta.

En ese sentido, la Sala considera que se agota el requisito de subsidiariedad, pues el quejoso no cuenta con un mecanismo de protección de la garantía invocada, dado que en el ordenamiento jurídico no está consagrado un medio ordinario que le permita exigirle a la demandada, emitir una contestación de fondo a su requerimiento.

4. Caso concreto

Ante la existencia de dos peticiones con naturaleza diferente, como viene de analizarse, resulta procedente realizar el abordaje del problema jurídico por separado de la siguiente manera:

De la petición elevada ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro.

El amparo fue invocado por la ausencia de respuesta a la petición, realizada el 11 de mayo de 2021, con destino del **Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro**, a través de la **Oficina de Recepción de Asuntos Tribunal Superior de Antioquía**, pidiendo información sobre la iniciación de trámites de incidente de desacato en su contra, el cual fue debidamente trasladado al juzgado cognoscente como se aprecia en los correos cursados el 11 de junio.

En este sentido, se vulnera el derecho fundamental de petición del interesado, toda vez que, si bien el juzgado accionado relaciona en la respuesta no haber recibido requerimiento por parte del accionante, ya que el correo fue enviado a un correo que no correspondía, lo cierto es que, la oficina de recepción de asuntos del Tribunal de Antioquia, remitió la petición como acaba de analizarse.

De otro lado, ese Despacho informó al trámite tutelar la ausencia de aperturas de incidentes de reparación integral, pero no lo ha comunicado al accionante. En consecuencia, se protegerá la garantía contemplada en el artículo 23 superior y se ordenará al **Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro**, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si no lo ha hecho, proceda a dar respuesta de fondo, clara y precisa sobre lo peticionado, y la notifique al correo aportado para dicho fin por el promotor, siendo este, mariangelderuiz@gmail.com.

De la petición elevada ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario.

Del estudio de la demanda, se evidencia que el reparo del libelista va dirigido a que se ordene al **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario**, resuelva el pedimento de prisión presentado e invoca vulneración a los derechos de petición y debido proceso.

Así las cosas, de manera preliminar, la Sala indica que con el memorial presentado por el petente, se activa el derecho fundamental al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Carta Política. Ello, por cuanto los escritos radicados se relacionan con las actuaciones propias de la función que ejerce la autoridad judicial demandada en la vigilancia de la sanción impuesta al accionante por la comisión de una conducta punible.

“...Al respecto se debe indicar que, tal y como lo ha decantado la jurisprudencia de esta Corte, cuando se elevan solicitudes en el marco de un proceso judicial, éstas no deben ser entendidas como el ejercicio del derecho fundamental de petición, sino del derecho de postulación, que hace parte integral del derecho fundamental al debido proceso. Por eso, los jueces y magistrados que encargados de resolver las solicitudes que se presenten al interior del trámite judicial no están sujetos a los términos generales que están previstos para la solución de las peticiones, sino a los términos especiales establecidos en las leyes procesales para el efecto.”⁸

En ese orden de ideas, resulta necesario explicar que la garantía constitucional objeto de análisis, cuya consagración jurídica se encuentra en el artículo 29 de la Constitución, se reitera, impone a las entidades públicas que las solicitudes que interpongan los ciudadanos sean resueltas dentro del término previsto en el ordenamiento jurídico y, de todas maneras, con sujeción a un plazo razonable y sin dilaciones injustificadas⁹. Lo anterior, además, porque una conducta contraria a dicho mandato puede involucrar también la violación al acceso a la administración de justicia, en apego a lo establecido en el artículo 229 de la Constitución.

El respeto al derecho fundamental al debido proceso, implica la imposición de su observancia directa a quien asume la dirección de una actuación judicial, entendiéndose para este caso que recae sobre el juez que vigila la pena del accionante.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de decisión de tutelas No. 2, STP2513-2021, Rad. 114243 de 26 de enero de 2021.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T 1154 de 2004.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado: *“El respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”¹⁰.*

En igual sentido, ha indicado la alta Corporación en cita, que la dilación injustificada dentro del trámite de un proceso puede constituir la vulneración al derecho de debido proceso, así: *“La inobservancia de los términos judiciales -como lo ha sostenido la Corte Constitucional en varias oportunidades-, constituye una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución. El principio de celeridad que es base fundamental de la administración de justicia debe caracterizar los procesos penales”¹¹.*

En relación con la dilación de los términos procesales, ha considerado: *“(…) En consecuencia, la dilación injustificada de los términos procesales configura una violación del debido proceso susceptible de ser atacada por medio de la acción de tutela, pues es deber de las autoridades judiciales cumplir de manera diligente los plazos procesales”¹².*

Así, se procede a analizar si el **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario**, vulneró el derecho al debido proceso del accionante, dentro del trámite de las solicitudes de prisión domiciliaria y libertad condicional respecto de las cuales indican, no se ha emitido decisión alguna.

El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, en su respuesta, adujo haber recibido petición de redención de pena y sustitución de la pena privativa de la libertad intramural por la domiciliaria el día 2 de julio hogaño, situación que puede tener justificación en que el accionante, remitió su petición al correo electrónico de la **Oficina de Reparto del Tribunal Superior de Antioquia**, solicitando su remisión al Consejo Seccional de la Judicatura, y en el cuerpo del mensaje se lee *“Honorable magistrado pido por favor su ayuda que por*

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹ Sentencias de la Corte Constitucional T-450 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-368 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹² Sentencia de la Corte Constitucional T-647 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

favor (sic) se apersonalice (sic) de mi situación y se amparen mis derechos constitucionales y legales a los cuales tengo derecho. Que por favor se ordene al juzgado 2 penal del del circuito (sic) de Rionegro antioquia (sic) o a la honorable corte suprema de justicia (sic) el favor dar (sic) trámite inmediato a mi solicitud de Domiciliaria y se cumpla. ya que cumplo (sic) con lo exigido por la norma". Entidad que presumiblemente trasladó la petición al juzgado ejecutor accionado por ser el competente de resolver estas solicitudes, empero, se itera, no hay algún elemento que logre certificar la inferencia realizada.

Sin embargo, teniendo claro que la petición llegó a su destino, esto es, el **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario**, se pudo evidenciar que, el 12 de julio de 2021, esto es, en el trámite de la tutela, el juzgado accionado emitió los proveídos No. 2236 y 2237¹³, correspondientes a las decisiones en las que se reconoció redención de pena y fue negada petición de sustitución de pena por domiciliaria. Esta última decisión, fundamentada en la exclusión legal de beneficios contemplada en el artículo 38G del Código Penal, ya que el promotor fue condenado por el reato de cohecho por dar y ofrecer.

También se pudo establecer, que la notificación de dichos autos interlocutorios, fue notificada por comisión auxiliada por el establecimiento carcelario donde se encuentra recluido el actor, desde el 13 de julio hogaño¹⁴.

Así se tiene que no estamos en presencia de una vulneración al derecho fundamental al debido proceso, pues la petición fue radicada el 2 de junio hogaño y resuelta dentro de un plazo razonable, atendiendo el cúmulo de actuaciones asignadas a dichos despachos.

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,

¹³ Folios 16 a 19, ibídem.

¹⁴ Folio 19, ibídem.

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental de petición invocado por **Daniel Ruíz Pantoja**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 39.312.170, por las razones expuestas en el cuerpo de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR al **Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro**, si no lo ha hecho, dar respuesta a la petición trasladada el 11 de junio hogaño, por parte de la Oficina de Reparto del Tribunal Superior de Antioquia, en la que el promotor requirió información sobre la existencia de trámites de incidentes de reparación integral y notifique la respuesta al correo electrónico conforme lo indicado en el cuerpo de esta sentencia.

TERCERO: NEGAR la protección del derecho fundamental al debido proceso conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: 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
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
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: **a9790a4094f647e75af7ba11fed14d131a43d9cac387e9732be2dc68621c4e5**
Documento generado en 22/07/2021 05:14:45 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

| | |
|---------------------|---|
| Rad. CUI | 05790 60 99159 2020 00116 |
| Rad. Interno | 2020-0922-3 |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Acusado | Mónica María Callejas Gómez |
| Asunto | Auto no aprueba preacuerdo |
| Decisión | Confirma |

Medellín, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado mediante Acta No. 175 de la fecha.

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por el defensor de **Mónica María Callejas Gómez**, contra el auto proferido el 30 de septiembre de 2020, por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito de Cauca Antioquia, no aprobó el preacuerdo realizado por las partes.

HECHOS

Según el acta de preacuerdo que hace las veces de acusación¹ el 22 de agosto de 2020, miembros de la Fuerza Pública del municipio de Tarazá realizaron un puesto de control en la Troncal del Caribe kilómetro 12. Le

¹ Folio 1 y ss PDF Conocimiento 2020-00158

| | |
|--------------|---|
| Rad. CUI | 05790 60 99159 2020 00116 |
| Rad. Interno | 2020-0922-3 |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Acusado | Mónica María Callejas Gómez |
| Asunto | Auto no aprueba preacuerdo |
| Decisión | Confirma |

hicieron la señal de pare a una moto de placas OAC-70E en la que se movilizaba la señora **Mónica María Callejas Gómez**. En el moral que ésta ciudadana llevaba consigo se encontró, al interior de una bolsa plástica, un total de 1.162 gramos de cocaína, por lo que se procedió con su captura.

Por estos hechos, en audiencia preliminar realizada el 23 de agosto de 2020 ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cauca se le imputó la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 inciso 3 del C.P.). No hubo allanamiento a cargos².

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia de verificación de preacuerdo realizada el 30 de septiembre de 2020 ante el Juzgado Penal del Circuito de Cauca Antioquia, el delegado de la Fiscalía expuso los hechos jurídicamente relevantes³ y los términos del preacuerdo⁴ al que llegó con la procesada. El convenio consistió en que **Mónica María Callejas Gómez** aceptaba su responsabilidad en el delito imputado y a cambio se le degrada la participación en la conducta punible de autora a cómplice.

En virtud de la disminución de la pena prevista en el artículo 30 del C.P., la pena se pactó en 48 meses de prisión y muta de 62 s.m.l.mv.

El Juez resolvió improbar el preacuerdo realizado por las partes⁵. Manifestó que, con fundamento principalmente en las sentencias SU-479

² PDF Garantías proceso 2020-00158

³ Minuto 00:03:51 registro de audio del 30 de septiembre de 2020, los hechos se narraron tal como fueron reseñados en el acta de preacuerdo.

⁴ Minuto 00:04:55 y ss. Registro de audio del 30 de septiembre de 2020

⁵ Minuto 00:30:27 y ss. Registro de audio del 30 de septiembre de 2020

| | |
|--------------|---|
| Rad. CUI | 05790 60 99159 2020 00116 |
| Rad. Interno | 2020-0922-3 |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Acusado | Mónica María Callejas Gómez |
| Asunto | Auto no aprueba preacuerdo |
| Decisión | Confirma |

de 2019 y 52.227 de 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en este asunto la negociación no se aviene a los hechos jurídicamente relevantes, es decir, el preacuerdo celebrado es contrafáctico. Ese tipo de negociaciones, están prohibidas según la postura unificada por las Altas Cortes en tanto vulnera el principio de legalidad.

La Fiscalía pretende mutar el grado de participación de la procesada de autora a cómplice. Sin embargo, la situación fáctica conocida en este proceso, no revela ningún indicio siquiera de que la procesada ostente la calidad de cómplice. Sin lugar a duda es autora de la conducta que se le endilgó. Tampoco de los elementos de juicio aportados por la Fiscalía como respaldo del preacuerdo, es posible inferir que la procesada haya actuado como cómplice y no como autora.

Inconforme con la decisión, **la Fiscalía y la Defensa** interpusieron el recurso de apelación.

El delegado de la Fiscalía⁶ adujo que el artículo 350 del C.P.P., vigente, es la norma que lo faculta para realizar este preacuerdo con la finalidad de disminuir la pena tras el reconocimiento de una figura jurídica que no está probada en el proceso como es el caso de la complicidad.

Acoger la posición del Despacho es poner fin a la posibilidad de realizar preacuerdos entre las partes.

De los hechos de este proceso si se puede inferir una participación como cómplice para la condenada, porque el imputado es un delito de cadena

⁶ Minuto 00:44:37 y ss. Registro de audio del 30 de septiembre de 2020

| | |
|--------------|---|
| Rad. CUI | 05790 60 99159 2020 00116 |
| Rad. Interno | 2020-0922-3 |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Acusado | Mónica María Callejas Gómez |
| Asunto | Auto no aprueba preacuerdo |
| Decisión | Confirma |

que requiere la intervención de varios sujetos en todo el proceso que implica la elaboración y comercialización de la sustancia estupefaciente. Por ello es posible inferir que la procesada es parte de un eslabón de esa cadena que culminó con la elaboración del estupefaciente incautado en su poder. De ahí que sea posible afirmar que **Mónica María Callejas Gómez** puede ser cómplice en los hechos investigados.

La Defensa⁷ afirma que el preacuerdo se creó para terminar el proceso de forma anticipada y evitar un desgaste innecesario de la administración de justicia. En lo demás, adhirió a la sustentación realizada por la Fiscalía.

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 los apelantes y de aquellos que estén ligados de manera inescindible a ellos.

La Sala procederá a confirmar la decisión objeto del recurso de apelación, por las siguientes razones:

El acuerdo celebrado por las partes viola el principio de legalidad porque la base fáctica expuesta por la Fiscalía hace relación al comportamiento de un autor de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y no de un cómplice.

⁷ Minuto 00:49:42 y ss. Registro de audio del 30 de septiembre de 2020

| | |
|--------------|---|
| Rad. CUI | 05790 60 99159 2020 00116 |
| Rad. Interno | 2020-0922-3 |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Acusado | Mónica María Callejas Gómez |
| Asunto | Auto no aprueba preacuerdo |
| Decisión | Confirma |

En ese sentido, a tono con la sentencia SU-479, expuso la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52.227 del 24 de junio de 2020 con ponencia de la Dra. Patricia Salazar Cuéllar lo siguiente:

“En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que en la condena se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados”.

Según la posición jurisprudencial, unificada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 y por la Corte Suprema de Justicia en la providencia citada, el acuerdo realizado por las partes solo podía aceptarse si la participación degradada - *complicidad*- es reconocida únicamente para efectos de disminuir la pena.

Esta modalidad de preacuerdo válida para la Corte fue expuesta en la sentencia 52.227 de la siguiente manera:

“Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a

| | |
|--------------|---|
| Rad. CUI | 05790 60 99159 2020 00116 |
| Rad. Interno | 2020-0922-3 |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Acusado | Mónica María Callejas Gómez |
| Asunto | Auto no aprueba preacuerdo |
| Decisión | Confirma |

establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice...”.

En este caso, sin embargo, aunque los hechos jurídicamente relevantes no permiten inferir si quiera que la señora **Mónica María Callejas Gómez** pueda ser cómplice de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, la Fiscalía pretende que la procesada sea condenada no como autora sino como cómplice, intervención en la conducta que, a todas luces resulta contraria a la base factual. Los hechos que se aceptan en esta oportunidad contienen claros elementos típicos de la autoría.

La procesada fue capturada sola, transportando en una motocicleta por ella conducida, un total de 1.162 gramos de cocaína y, contrario a lo que pretende acreditar hipotéticamente el delegado de la Fiscalía, en los hechos a ella atribuidos no se menciona esa intervención de varios sujetos en un proceso que implica la elaboración y comercialización de la sustancia estupefaciente incautada.

El preacuerdo no podía ser aprobado porque la Fiscalía, al solicitar condena en calidad de cómplice, introdujo al proceso una calificación jurídica que no corresponde a los hechos imputados. Este tipo de acuerdos no son permitidos porque el fiscal debe reconocer la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes.

Según la sentencia SU-479 de 2019:

“al celebrar un preacuerdo el fiscal no puede seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los fundamentos fácticos y probatorios que resulten del caso”.

| | |
|--------------|---|
| Rad. CUI | 05790 60 99159 2020 00116 |
| Rad. Interno | 2020-0922-3 |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Acusado | Mónica María Callejas Gómez |
| Asunto | Auto no aprueba preacuerdo |
| Decisión | Confirma |

Por lo tanto, se confirmará el auto impugnado porque el preacuerdo celebrado entre las partes conllevó un cambio de calificación jurídica que no se corresponde con los hechos imputados.

Por último, para responder al único argumento expuesto por la defensa en su apelación, se le recuerda que aunque el sistema penal con tendencia acusatoria apueste por la terminación anticipada del proceso penal vía preacuerdo o allanamiento, esa inspiración teleológica del sistema no puede imponerse sobre el principio de legalidad ni del prestigio de la administración de justicia, prerrogativas que se ven seriamente afectos con este tipo de negociaciones.

Por las razones expuestas, encuentra la Sala que la decisión adoptada por el Juez Penal del Circuito de Cauca es acertada y por ello se confirmará.

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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de no aprobar el preacuerdo celebrado por las partes adoptada el 30 de septiembre de 2020, por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia.

| | |
|--------------|---|
| Rad. CUI | 05790 60 99159 2020 00116 |
| Rad. Interno | 2020-0922-3 |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Acusado | Mónica María Callejas Gómez |
| Asunto | Auto no aprueba preacuerdo |
| Decisión | Confirma |

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

| | |
|--------------|---|
| Rad. CUI | 05790 60 99159 2020 00116 |
| Rad. Interno | 2020-0922-3 |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Acusado | Mónica María Callejas Gómez |
| Asunto | Auto no aprueba preacuerdo |
| Decisión | Confirma |

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:

**7c3c8b229ea591450482c4750aa2a580bd79dcde6c1f8d0fef40fde2d6f5
e3bd**

Documento generado en 23/07/2021 01:44:40 p. m.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Seria del caso avocar el conocimiento de la tutela interpuesta por **Ricardo Alonso Gutiérrez Vanegas**, en procura del amparo del derecho fundamental presuntamente vulnerado, de no ser porque se aprecia la necesidad de requerir al accionante, en aras de que se enmiende un yerro congénito a su petición tutelar en virtud de lo normado en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991.

Lo anterior por cuanto, desde el origen de la pretensión de restablecimiento de derechos fundamentales, el juez constitucional tiene la obligación de asumir un papel activo en la conducción del proceso, de suerte que, con fundamento en lo sostenido en la decisión T-313 de 2018, ese mandato no implica que deba asumir las cargas procesales que le atañen eminentemente al petente y, en consecuencia, al advertir la ausencia de elementos que requiera para adoptar una decisión de fondo, deba indagarle para su corrección.

En el presente caso, **Ricardo Alonso Gutiérrez Vanegas**, actuando en nombre propio, aduce la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y libertad, pero, conforme al contenido de la demanda, no se comprenden situaciones determinantes para la resolución del caso.

Adicionalmente, no presenta prueba alguna que acredite que efectivamente radicó petición ante el ende demandado, situación que inequívocamente desembocaría en una sentencia improcedente, lejana de garantizar derechos fundamentales, por omisión de los deberes del propio accionante, quien tiene la carga de probar el daño a sus garantías superiores, así, conforme a lo expresado en la precitada sentencia del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, cuando asegura que:

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el rechazo de la tutela, que regula el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991, es una consecuencia excepcional, que procede cuando el juez (i) no pueda determinar los hechos o la razón que fundamenta la solicitud de protección; (ii) haya solicitado al demandante ampliar la información, aclararla o corregirla en un término de tres (3) días; (iii) este término haya vencido en silencio sin obtener ningún pronunciamiento del demandante al respecto y (iv) llegue al convencimiento que ni siquiera haciendo uso de sus amplios poderes y facultades podrá determinar los hechos o razones que motivan la solicitud de amparo. Por tanto, cualquier elemento necesario para resolver la solicitud (diferente a “el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela”), debe ser deducido por el Juez Constitucional, pues, en virtud del principio de oficiosidad tiene la obligación de asumir un papel activo en la conducción del proceso, no solo para interpretar la solicitud de amparo, sino para indagar por los elementos que requiera para adoptar una decisión de fondo.

Aunado a lo anterior, el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, prescribe que en la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud.

Del detenido examen del escrito de acción de tutela, no se comprende, quien es la autoridad que se demanda, pues dirige su tutela contra el juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad de Puerto Triunfo – Antioquia, el cual simplemente no existe dentro del distrito judicial de Antioquia, por lo que no se puede determinar contra que juzgado executor debe dirigirse la presente demanda, pero aunado a lo anterior, resulta relevante que, el promotor adjunta a su solicitud de amparo un documento dirigido a los “*Juzgados Ejecutores de Puerto Triunfo*”, sin firma, ni ningún tipo de recibido físico o envío virtual, entonces, teniendo la carga probatoria de acreditar el hecho generador de la vulneración que alega, pretermite información y pruebas relevantes para la solución del caso, situación que conllevará a una decisión contraria a sus intereses.

Conforme con lo expuesto, **REQUIÉRASE** a **Ricardo Alonso Gutiérrez Vanegas**, por el medio más expedito que garantice su real enteramiento, para que, dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de emisión de esta providencia, enmiende los vacíos advertidos, esto es, allegue copia del derecho de petición con acreditación de radicación, que según su ausencia de respuesta motivó esta demanda, informe la fecha cierta de radicación del mismo y determine concretamente, cual es la autoridad a la que demanda constitucionalmente, pues no existen juzgados ejecutores en Puerto Triunfo, so pena de aplicar la consecuencia contenida en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991.

CÚMPLASE,

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

Firmado Por:

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
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:

263880a8410d05208809bf38543f62c77130bfc9f28c66a9833e717082c2cce0

Documento generado en 23/07/2021 03:40:00 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

Medellín, julio veintitrés (23) de dos mil veintiuno (2021)

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.
Decisión : Confirma condena

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 078

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensora de la acusada YENIFER HERNÁNDEZ MORENO, contra la sentencia proferida por el *Juzgado Promiscuo Municipal de Remedios (Ant)*, de fecha 24 de septiembre de 2018, a través de la cual fue condenada por el delito de lesiones personales dolosas (*Arts. 111, 112, 113 del C.P.*), imponiéndosele como sanción principal 42 meses y 6 días de prisión y multa de 46.21 SMLMV, y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal restrictiva de la libertad.

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Acaecieron en la madrugada del *07 de diciembre de 2014*, en un establecimiento de comercio del Municipio de Remedios Antioquia, cuando la ciudadana YENIFER HERNÁNDEZ MORENO atacó a la señora JULIANA GÓMEZ MORENO -denunciante-causándole incapacidad médico legal de 25 días y secuelas de carácter permanente, consistentes en deformidad física que afecta tanto el rostro como otras partes de su cuerpo.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El *26 de julio de 2016*, en la audiencia respectiva ante el juez de control de garantías, le fue formulada imputación a la acusada HERNÁNDEZ MORENO por el delito de *Lesiones personales dolosas*, sin que se allanara a los cargos. Agotadas las audiencias de formulación de acusación y la preparatoria, se llevó a cabo la relativa al juicio oral los días *04 de abril, 10 de julio y 04 de septiembre de 2018*, culminando el debate con sentido del fallo de carácter condenatorio, señalándose como fecha para la lectura de la sentencia el *24 de septiembre* de del mismo año.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

En el proveído que puso fin a la primera instancia, la señora Juez condenó a la enjuiciada YENIFER HERNÁNDEZ MORENO al considerar, en esencia, que la Fiscalía logró demostrar, más allá de toda duda, que la acusada atacó intempestivamente a la víctima JULIANA GÓMEZ y le causó heridas con un arma cortopunzante, las cuales le generaron, además de deformidad de carácter permanente en el rostro y otras partes del cuerpo, incapacidad por 25 días, sin que hubiese una razón justa para ello.

Argumenta que los testigos de la Fiscalía, contrariamente a los de la defensa, ofrecieron los elementos de juicio necesarios para la reconstrucción de los hechos en una forma creíble y acorde con las reglas de la lógica y la experiencia; además, corroboran la versión de la víctima.

Respecto de los testigos de la defensa, arguye que no soportan una versión creíble de los hechos como la que pretendía sustentar el abogado que representó a la acusada durante el juicio.

Concluye entonces que no existe duda que fue la procesada, quien causó las lesiones personales a la señora JULIANA GÓMEZ, encontrándose así satisfechas las exigencias del estatuto procesal penal para emitir una sentencia de condena.

5. FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

La defensora de la enjuiciada, luego de referirse a algunos apartes de la sentencia confutada y a lo que constituyó las diferentes etapas del proceso penal, establece, en esencia, los siguientes reproches:

- Que su prohiada, debido a su alto estado de alicoramiento, *“posiblemente no era completamente consciente de su comportamiento”*; inclusive, indica la apelante no está claro, según la versión de la víctima, si YENIFER se abalanzó en contra de la denunciante o fue que perdió el equilibrio debido a su embriaguez y ocasionó un accidente que llevó a JULIANA a cortarse con algún objeto al momento de la caída de ambas.
- Menciona que existe duda acerca del elemento que causó la lesión, pues la denunciante se refiere al vidrio de una botella y después a una Cuchilla Minora; sin embargo, nadie vio los citados elementos, existiendo también la posibilidad que las heridas de la denunciante se hayan causado contra una piedra filosa al momento de la caída; además, el médico que declaró como perito no habló de un vidrio como elemento cortopunzante.
- Que su defendida ese mismo 7 de diciembre fue objeto de lesiones por CARLOS EDIER, ERIKA y la madre de JULIANA; es más, que la denunciante declaró que el *25 de diciembre posterior*, le causó, lesiones a YENIFER en la espalda con un pico de botella, lo cual es apreciable en foto adosada en el escrito de sustentación del recurso y significa que la señora Juliana tomó la justicia por propia mano.

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

- Que el testigo CARLOS EDIER SALAZAR GONZÁLEZ se contradice con la denunciante en cuanto al momento del cierre de la discoteca en donde departían, además, la denunciante mencionó que con YENIFER había tenido antes problemas verbales, empero CARLOS EDIER dice que anteriormente habían tenido problemas donde la acusada había agredido a JULIANA por la espalda; sostiene que también se contradice la denunciante con los testigos CARLOS y ERIKA, en cuanto éstos señalan no haber atacado a la señora YENIFER.
- Manifiesta igualmente que la señora Juez de primer grado no se pronunció en relación con la versión de los testigos de descargo.
- Finalmente, alude a que el defensor que actuó durante el Juicio dejó constancias relativas a que se le impidió impugnar la credibilidad a la testigo JULIANA con su propia denuncia, lo cual daría al traste con el debido proceso.

Con fundamento en los anteriores planteamientos, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a la acusada.

CONCEPTO DE LOS NO RECURRENTE

Durante el traslado correspondiente no se pronunciaron en relación con los argumentos planteados por la apelante.

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la defensora de la acusada, de conformidad con lo previsto en los *artículos 34, numeral 1º, 176, inciso final, y 179, de la Ley 906 de 2004*, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Desde esta perspectiva, deberá la Sala establecer si en la sentencia que se revisa, se incurrió en una equivocada apreciación probatoria que hubiese determinado injustificadamente la condena de la señora YENIFER HERNÁNDEZ MORENO, frente al delito investigado, tal como lo pregonan la recurrente.

Su posición nos lleva a incursionar en el análisis del acervo probatorio que sirvió de fundamento a la Juez de instancia para condenar a la acusada, con miras a determinar si el mismo, en términos del *artículo 381 de la ley 906 de 2004*, permite o no, llegar al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del punible y sobre la responsabilidad del acriminado frente al mismo.

En ese orden, la primera crítica de la impugnante va dirigida en cierta medida a desvirtuar el dolo en el comportamiento de la acusada, cuando señala que dado su estado de embriaguez, quizás pudo haber tropezado con la denunciante generando con ello que cayera y se lastimara con alguna piedra

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

filuda; sin embargo, tal aseveración carece de sustento probatorio alguno y se queda en el plano de la mera especulación, pues si bien se menciona que la enjuiciada YENIFER se encontraba en estado de ebriedad, en ningún momento se estableció el grado de alcoholemia y, mucho menos, que ello implicara que no estuviera *“completamente consciente de su comportamiento”* o que estuviera en incapacidad de desplazarse con solvencia, es más, nótese que no tuvo ningún inconveniente o dificultad para seguir a la denunciante hasta el parqueadero de la discoteca y atacarla.

Además, todos los testigos son claros en indicar que la procesada YENIFER se abalanzó sobre JULIANA para agredirla, y no simplemente que se le hubiera acercado con otro propósito y accidentalmente tropezara con ella; por consiguiente, tal hipótesis, se itera, no pasa de ser una mera conjetura elaborada por la apelante sin sustento probatorio de ninguna naturaleza.

En cuanto a la existencia de dudas acerca del elemento con el cual se causaron lesiones a la víctima, ha de indicarse que el doctor JULIO MARIO HURTADO, perito médico, con fundamento en el dictamen base de opinión pericial y la segunda valoración médico legal que él mismo le realizó a la víctima, concluye que las lesiones observadas y que se describen en la paciente son características de un elemento cortante tipo cuchilla, ya que son heridas muy bien definidas, por lo que no deviene necesaria la incautación del arma o que esté establecido qué tipo de instrumento se utilizó, ya que lo cierto del caso es que, como lo concluye el perito, se trataba de un elemento afilado tipo cuchilla, lo que de paso, descarta de plano la supuesta teoría relativa a que

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

la víctima se hubiera podido golpear en el suelo con una piedra filosa, pues de ser así, las lesiones serían de otra naturaleza.

Sumado a lo anterior, es claro que la víctima ya estaba lesionada antes de caer al piso, así lo describe la testigo LUZ ÉRIKA CASTRILLÓN al indicar:

“La señora YENIFER se acercó a ella, la agredió, yo que hice cuando vi a JULIANA chorreando sangre, la volteé, la esquivé, la volteé para que la señora YENIFER no la siguiera agrediendo, como no la agredió a ella me agredió a mí en repetidas partes, después de que ella me agredió a mí yo me volteé, la solté a ella, yo la abracé, la solté a ella, me le volteé y me le dejé ir encima, ahí fue donde me cogieron y me tiraron al piso”.

Tal versión en punto a significar, se itera, que la denunciante fue agredida y le causaron las lesiones estando aún de pie, por lo que tuvo que ser retirada por LUZ ERIKA del trayecto del ataque de la acusada, situación que, según indicó esta testigo, también le generó algunas lesiones por parte de la agresora, y por las que acepta haber recibido atención médica, ya que tenía “cortaditas” en el hombro, la cintura y la cadera, aclarando que en el hospital la atendieron y le hicieron curación, pero que ella no denunció porque consideraba que era poco importante.

En lo concerniente a que la acusada fue lesionada por CARLOS EDIER SALAZAR GONZÁLEZ, LUZ ERIKA y la madre de JULIANA el mismo día de los hechos, cabe precisar que en el juicio quedó absolutamente claro que ello sucedió después de que ella agrediera a la denunciante, por lo que tal acontecimiento no la exime de responsabilidad, y lo mismo acontece en relación con la agresión de que también fuera víctima por parte JULIANA el 25 de diciembre posterior, pues se trata de hechos aislados que no

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

son materia aquí de juzgamiento y, bajo ninguna óptica justifican el accionar de la enjuiciada YENIFER en el caso concreto materia de estudio.

Tampoco es relevante la supuesta contradicción que se menciona entre lo dicho por el testigo SALAZAR GONZÁLEZ y la denunciante, respecto al momento del cierre de la discoteca donde departían, pues todos coinciden en que era una hora cercana a las 4 de la madrugada, próxima al cierre del establecimiento, pero lo cierto del caso es que JULIANA ya había decidido retirarse del lugar para ir a descansar y la acusada YENIFER la siguió hasta el parqueadero para atacarla de manera intempestiva.

Y que la denunciante mencionara que había tenido problemas verbales anteriores con YENIFER, o que CARLOS EDIER haya indicado que anteriormente la acusada atacó a la denunciante por la espalda, se trata de aspectos que si bien no tienen relevancia para este caso en concreto, de lo único que dan cuenta es de la animadversión que de antaño existía entre las dos damas y la agresividad con que solía actuar la procesada en relación con su prima JULIANA.

Igualmente y en relación con la presunta contradicción existente entre lo mencionado por la denunciante respecto a que los testigos CARLOS EDIER y ÉRIKA atacaron a YENIFER, mientras que éstos señalan no haberlo hecho, es una imprecisión de la impugnante, toda vez que éstos sí aceptan haber reducido a YENIFER luego de observar que había herido a JULIANA, tanto así que la misma defensa trae a colación dicho acto como uno

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

de los argumentos de apelación, según se evidenció en párrafos anteriores.

Y de la misma manera, en cuanto a que la Juez de primer grado no se pronunció respecto de la versión de los testigos de descargo, cabe precisar que la funcionaria mencionó que la defensa no probó su teoría del caso, sin que hubiese sido necesario ahondar en los testimonios presentados en su momento por el otrora abogado de la procesada, pues la señora LUZ COLOMBIA no estaba en el lugar de los hechos y la señora WHITER AMALIA ratifica que hubo un enfrentamiento entre la acusada y la denunciante, agregando que YENIFER nunca permanecía armada, pero las heridas causadas a la víctima demuestran todo lo contrario.

Finalmente, no puede dejarse de lado la razonabilidad del último cuestionamiento de la recurrente, cuando pone de presente la constancia de su antecesor en el juicio, relativa a que no se le permitió impugnar la credibilidad del testimonio de la víctima con su propia denuncia, pues ciertamente se observa el inadecuado trámite en desarrollo de la audiencia del juicio oral, toda vez que cuando rendía su declaración la señora JULIANA GÓMEZ MORENO, en una ocasión la Juez impidió a la defensa el uso de la denuncia para el referido propósito; sin embargo dicha actuación no constituyó una vulneración al derecho de defensa o al debido proceso, dado que el defensor supo sortear la situación aludiendo a otros aspectos de la denuncia, lo que no impide resaltar el yerro, a efectos de que a futuro la funcionaria de instancia adecue la dirección de la actuación a los lineamientos establecidos en el interrogatorio cruzado por el Estatuto Procesal Penal.

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

Así las cosas, encuentra la Sala que el fallo impugnado se estructura en apego a las pruebas debatidas en el juicio oral, las que demuestran inequívocamente el compromiso de la acusada YENIFER HERNÁNDEZ MORENO frente al comportamiento ilícito que originó la investigación; y es que la prueba allí recaudada, constituida fundamentalmente por las declaraciones de la víctima GÓMEZ MORENO y los demás testigos de cargo, atestaciones que están revestidas de todas las características de orden objetivo y subjetivo que las hacen dignas de entero crédito, echan por tierra las aspiraciones defensivas de ubicar a la acusada al margen del comportamiento ilícito.

En otras palabras, lo que quedó evidenciado es que ninguno de los argumentos expuestos por la impugnante tiene la capacidad de derruir o socavar el juicio de reproche que se erige en contra de la enjuiciada, razón por la cual cuanto procede es la confirmación íntegra de la sentencia.

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,

FALLA

PRIMERO.- SE CONFIRMA íntegramente la sentencia proferida en contra de la procesada YENIFER HERNÁNDEZ MORENO, por el *Juzgado Promiscuo Municipal de*

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

Remedios (Ant), de fecha 24 de septiembre de 2018, a través de la cual fue condenada por el delito de lesiones personales dolosas; lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- SE SIGNIFICA que frente a esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los *cinco (5) días* siguientes a la última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 98, Ley 1395 de 2010*. En tanto surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** sea retornada la actuación al Juzgado de origen, a fin que se proceda con el archivo de las diligencias.

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Radicado : 2018-1732-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-604-61-00211-2014-80100.
Acusada : Yenifer Hernández Moreno
Delito : Lesiones personales dolosas.

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
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:

c7ce261b781c69dda130e99e2496f977fa4705272006a288246f07f8611e5d98

Documento generado en 23/07/2021 04:25:30 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 054403104001202000157 **NI:** 2021-0992-6
Accionante: BLANCA ESTELLA CARDONA QUINTANA EN
REPRESENTACIÓN DE YOHAN ORTIZ CARDONA
Accionado: DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR
Asunto: Consulta incidente de desacato
Decisión: Anula
Aprobado Acta N°:120 julio 23 del 2021 **Sala**
No.: 06

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, julio veintitrés del año dos mil veintiuno

VISTOS

Consulta el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla (Antioquia) la providencia del 24 de junio del año que avanza, por la cual sancionó por desacato al fallo de tutela de la referencia al Mayor General Hugo Alejandro López Barreto Director General de la Dirección General de Sanidad Militar.

TRÁMITE DEL INCIDENTE

Mediante escrito allegado al referido Despacho judicial el día 10 de junio de 2021, la señora Blanca Estella Cardona Quintana, da cuenta del incumplimiento por parte de la Dirección General de Sanidad Militar, frente a la sentencia de tutela proferida el día 01 de septiembre de 2020, que amparó los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y la seguridad social del joven Yohan Ortiz Cardona.

El Juez *a-quo* en auto del 11 de junio de 2021, procede, antes de dar inicio al respectivo trámite incidental, a requerir al mayor general Hugo Alejandro López Barreto Director General de la Dirección General de Sanidad Militar, con el fin de que procediera a dar cumplimiento al fallo de tutela objeto de este trámite.

Al no recibirse pronunciamiento de la entidad incidentada, el Juez *a-quo* procede mediante auto fechado 21 de junio de 2021, a dar apertura al respectivo incidente de desacato por incumplimiento al fallo de tutela, en contra de mayor general Hugo Alejandro López Barreto Director General de la Dirección General de Sanidad Militar, concediéndole un término de 02 días para que procediera a informar la razón del incumplimiento de lo dispuesto en el fallo, donde se tutelaron los derechos invocados en favor del joven Yohan Ortiz Cardona.

Posteriormente el Juez *a-quo* procedió el pasado 24 de junio de la presente anualidad, a sancionar por desacato al mayor general Hugo Alejandro López Barreto Director General de la Dirección General de Sanidad Militar.

LA PROVIDENCIA CONSULTADA

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

Señaló que, una vez analizado el material probatorio recopilado y la solicitud incidental, la cual da cuenta que el Director de Sanidad Militar ha omitido dar cumplimiento a la orden judicial, resultando infructuoso el trámite iniciado en su contra, como última medida debe acudir a la sanción contemplada en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

Así las cosas, de acuerdo al artículo 52 del decreto 2591 de 1991, dado que se demostró que a la entidad incidentada poco le interesa dar cumplimiento a los fallos de tutela, ni respetar los plazos otorgados para tal fin, decide imponer

sanción al mayor general Hugo Alejandro López Barreto Director General de la Dirección General de Sanidad Militar, consistente en arresto de 3 días y multa de 3 S.M.L.M.V.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta que la sanción por desacato debe ser objeto del grado jurisdiccional de consulta, corresponde examinar a esta Sala de Decisión, si el mayor general Hugo Alejandro López Barreto Director General de la Dirección General de Sanidad Militar, desobedeció el fallo de tutela que data del 01 de septiembre de 2020 y en consecuencia se hace merecedor a las sanciones previstas por la ley.

Ahora tenemos que efectivamente el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, en providencia del 01 de septiembre de 2020, amparó los derechos fundamentales invocados en favor del joven Yohan Ortiz Cardona, ordenando en el numeral 2º de la parte resolutive lo siguiente:

“SEGUNDO. ORDENAR a la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL, que en el impostergable término de cuarenta (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, disponga lo necesario para que a YOHAN ORTIZ CARDONA se le AUTORICE y MATERIALICE el servicio por OFTALMOTOGÍA. De igual manera, lo entidad demandada deberá proporcionar al paciente y a un acompañante el servicio de transporte cuando el tratamiento médico se fuere o practicar en lo ciudad de Medellín y Bogotá, a efectos de garantizar la continuidad del tratamiento médico que requiere el afectado.”

Adentrándonos en el objeto de esta consulta encontramos que el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, estableció que “La persona que incumpliere una orden de un Juez proferida con base en el presente Decreto **incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales**, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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

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

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

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

2.1.1. *“Como parte del trámite del incidente de desacato se contempla igualmente la consulta, como un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud de ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte*

más débil en la relación jurídica de que se trata.¹ En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela. Al tener como finalidad establecer la legalidad del auto consultado, su estudio se debe limitar a esta providencia, y no más, siendo imposible que su estudio de legalidad recaiga sobre la providencia de tutela cuyo incumplimiento se alega².³

Una vez revisada la actuación y la sanción impuesta al mayor general Hugo Alejandro López Barreto, se advierte que previamente se le requirió para que cumpliera lo ordenado en el fallo de tutela; luego la notificación tanto del auto de apertura del trámite incidental, como de la decisión que sanciona por desacato, ambas comunicaciones enviadas a la dirección de correo electrónico juridicadisan@ejercito.mil.co.

Igualmente debe advertir la Sala, que dispuso de manera oficiosa a requerir al Mayor General Hugo Alejandro López Barreto Director General de Sanidad Militar, para que en el término de 24 horas allegara la evidencia del cumplimiento del fallo de tutela.

Ahora, se tiene que en sede del grado jurisdiccional de consulta se recibió pronunciamiento del mayor general Hugo Alejandro López Barreto, por medio del cual solicita la nulidad por indebida notificación del trámite constitucional, que revisado el único correo destinado para las notificaciones judiciales es notificacionesDGSM@sanidadfuerzasmilitares.mil.co. Asegura que no existe prueba de que hubiesen sido notificados del fallo de tutela ni demás actuaciones del juzgado encausado, vulnerando el derecho al debido proceso.

La asistente jurídica de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, allegó pronunciamiento en el cual pregona el cumplimiento al fallo de tutela, solicitando se revoque la sanción impuesta.

¹ Ibídem.

² Sentencia T-421 de 2003.

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

Ahora bien, se marcó al abonado celular 320 444 41 44 número recopilado en el expediente, donde atendió la llamada la señora Blanca Estella Cardona, manifestando que la dirección encausada ha omitido proporcionar el transporte en algunas ocasiones, que la razón del presente trámite consistió en que habían negado el servicio para asistir a un procedimiento médico, el mismo fue cancelado porque no logró el traslado, que fue reprogramado para el 8 de julio de 2021 pero su hijo se encontraba hospitalizado, por ende no pudo asistir, que a la fecha se encuentra pendiente la realización de ese procedimiento además de que se le autorice el transporte para asistir al mismo; Así mismo relata que tiene pendientes algunas solicitudes para el reembolso de los gastos que por transporte ha tenido que sufragar. Recalca su inconformidad en cuanto ha tenido muchos obstáculos a la hora de las autorizaciones del servicio de transporte para asistir a los procedimientos médicos de su hijo.

Igualmente se vislumbra un yerro en el trámite sancionatorio, pues, en el fallo de tutela se le dio la orden al Director de Sanidad del Ejército Nacional, no obstante, el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla llevó a cabo el trámite incidental hasta la sanción en disfavor del mayor general Hugo Alejandro López Barreto quien funge como Director General de Sanidad Militar, quien no es el encargado de darle cumplimiento a la orden judicial.

De acuerdo a lo anterior, se observa que el trámite incidental adelantado adolece de una irregularidad que impide el pronunciamiento de fondo de la Sala, respecto de la sanción que hoy se consulta.

Ha considerado la Sala en previos incidentes de desacato conocidos en sede de consulta, que para poder sancionar como en este caso se hizo, al representante legal de cualquier entidad, se hace necesario notificar en debida forma todo el trámite incidental, desde el requerimiento hasta la sanción impuesta, además, deberá surtirse el trámite en disfavor de la persona llamada a cumplir con la orden judicial, y en este caso el juzgado de instancia conminó al trámite incidental a una persona diferente a la obligada.

En consecuencia, la Sala decretará la nulidad de la decisión adoptada por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla (Antioquia), mediante la cual impuso sanción al mayor general Hugo Alejandro López Barreto Director General de la Dirección General de Sanidad Militar, para que en su lugar se imprima el trámite incidental correspondiente, teniendo en cuenta las precisiones expuestas en precedencia.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

Las razones anteriores, son suficientes para que el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVA

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

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

CÓPIESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
MAGISTRADO
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:
065658815a6e34c3ac696849bb5e575dcaa085ac6b5e5e8c1744b008a0968a69

Documento generado en 23/07/2021 02:02:25 PM