

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 137

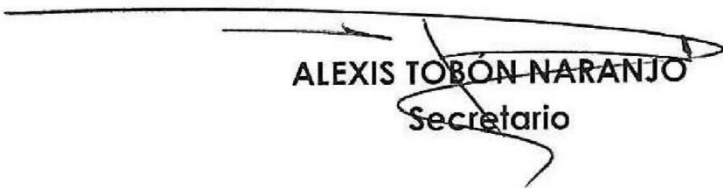
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2020-0705-2	auto ley 906	HOMICIDIO Y OTRO	LUIS EDUARDO ALVAREZ ALVAREZ	Revoca auto de 1° instancia	Agosto 10 de 2021
2021-1147-2	Tutela 1° instancia	DIEGO CAMPUZANO MAYA	JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE ANTIOQUIA	Niega por improcedente	Agosto 10 de 2021
2021-0998-5	auto ley 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	Leyson Adrián García Cano	confirma auto de 1° instancia	Agosto 10 de 2021
2021-1146-5	Tutela 2° instancia	Luis Fernando Hinestroza Paz	Dirección General de Sanidad Militar del Ejército Nacional y otros	Confirma sentencia de 1° instancia	Agosto 10 de 2021
2021-1125-6	auto ley 906	peculado por apropiación	FREY LEON RODRODRIGUEZ VARGAS,	Decreta NULIDAD	Agosto 10 de 2021
2021-1160-6	Tutela 1° instancia	wilder Ríos	Juzgado 2° de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia	Niega por improcedente	Agosto 11 de 2021

FIJADO, HOY 12 DE AGOSTO 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

**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: 0520960003312019 -80024
INTERNO: 2020-0705-2
DELITO: HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO
HOMOGENEO Y HETEROGENEO CON EL
DELITO DE FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE
O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES BAJO
LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE IRA E
INTENSO DOLOR
ACUSADO: LUIS EDUARDO ALVAREZ ALVAREZ
DECISIÓN: REVOCA DECISIÓN DE INSTANCIA

Medellín, diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 066

1. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de los señores Carlos Andrés Gil y Gloria Amparo Moreno, víctimas dentro del asunto, contra la sentencia del 15 de julio de 2020, dictada por el Juzgado Promiscuo del

¹ 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.

Circuito de Concordia - Antioquia, dada la aprobación al preacuerdo previamente presentado por el ente acusador y el procesado Luis David Álvarez Álvarez, que le señala una condena privativa de la libertad de noventa y seis (96) meses de prisión, por haber aceptado su responsabilidad penal como autor del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones con el reconocimiento de la circunstancia atemperante de ira e intenso dolor, sin la concesión del mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria y la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena principal.

2. RESUMEN DE LOS HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

La historia procesal da cuenta que el día 29 de marzo de 2019, en la vereda San Mateo del municipio de Betulia, por aviso que diera el párroco de la vereda Altamira, agentes de la Sijin hallan cerca de las inmediaciones de la finca La Playa dos cadáveres con impacto de arma de fuego, los cuales correspondían a los nombres de Rubiel Palacio Machado y Abertano de Jesús Gil Herrera,

El agresor le disparó en varias oportunidades a las víctimas, falleciendo el señor Gil Hererra como consecuencia de shock hipovolémico por heridas múltiples ocasionadas por proyectil de

arma de fuego, y el señor Palacio Machado por hemorragia cerebral intraparenquimatosa.

El victimario Luis Eduardo Álvarez Álvarez, es capturado mientras se encontraba recibiendo atención médica en el Hospital Iván Restrepo del municipio de Urao, al recibir herida en el tercio medio del pie derecho al parecer ocasionada con arma de fuego.

3. SINTESIS DE LA ACTUACIÓN CUMPLIDA

El día 31 de marzo de 2019 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Jerónimo en Función de Control de Garantías se surtieron las correspondientes audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento (Fls. 4-5 de la carpeta digital)

En dicha oportunidad se declaró la legalidad de la captura y se imputó a título de dolo el delito de *homicidio agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con el delito de fabricación, tráfico, porte de arma de fuego accesorios, partes o municiones*, frente a lo cual el procesado manifestó no aceptar los cargos, declarando así la legalidad de la imputación formulada por el ente persecutor. Así mismo, se impuso en cabeza del procesado, medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario.

El 29 de mayo de 2019, se allegó por parte de la Fiscalía de encargo, escrito de acusación en contra de Luis Eduardo

Álvarez Álvarez, documento en el cual se formuló la acusación correspondiente a la autoría material a título de dolo, por el delito de homicidio agravado homogéneo en concurso heterogéneo con el punible de Fabricación, Tráfico, porte de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, sancionado en el artículo 103, 104 N° 7, 31 y 365 del Código penal; sin embargo, llegado el 7 de mayo de 2017, fecha programada para adelantar la audiencia de Formulación de Acusación, la misma mutó en Audiencia de Verificación de Preacuerdo, en atención a solicitud verbal que hiciera la fiscalía, oportunidad en la que se impartió aprobación. Como consecuencia de lo anterior, el 30 de julio de 2019 se emitió la sentencia condenatoria misma que fue recurrida por el representante de víctimas, siendo resuelta por esta misma Sala de Decisión, anulándose lo actuado por violación a garantías fundamentales, salvando el voto la suscrita Magistrada.

Al regresar el expediente al juzgado de origen, y luego de varios aplazamientos, el día 1 de julio de la anualidad anterior, se lleva a cabo la audiencia que inicialmente estaba programada con el rótulo de formulación de acusación, variando, a verificación de preacuerdo, exponiéndose los términos de negociación por parte del delegado del ente persecutor, mismos que después de ser escuchados fueron aprobados por el fallador de instancia, indicándose la inconformidad presentada por el representante de víctimas, ante los términos negociados. La lectura de la decisión se tramitó el día 15 de julio de la misma, misma que ahora se opugna por la representación de víctimas.

4. SENTENCIA IMPUGNADA

Dentro de la decisión que se recurre, el doctor Juan Carlos Mantilla Ronderos en su calidad de Juez Promiscuo del Circuito de Concordia, tras recordar los fácticos, la actuación procesal y los elementos materiales probatorios anexados, procedió a analizar el preacuerdo celebrado entre el ente acusador y el procesado.

En principio, esgrimió de los elementos materiales probatorios allegados junto al preacuerdo, así como de los fácticos conocidos por la judicatura y aceptados por el imputado, la manifestación que de la conducta desplegada se encuadra dentro de los punibles pactados, esto es, la configuración de los elementos del tipo penal.

Para dar soporte a su análisis, trajo a colación pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de Octubre de 2014, radicado 42184, M.P Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández, en la que se expuso *“el acuerdo presentado a los jueces mantiene el delito objeto de acusación,..., pero introdujo en calidad de único beneficio otorgado al acusado por aceptar su responsabilidad penal en la conducta punible, la causal de atemperación punitiva, dispuesta en el artículo 57 de la Ley 599 de 2000, conocida como ira e intenso dolor. Esa manera de modular el delito o sus efectos, debe revelarse, se halla dentro de las facultades expresas consagradas en el artículo 351 a título de “hechos imputados y sus consecuencias” o más específicamente en lo que la corte, conforme a la*

jurisprudencia relacionada en preferencia relacionada como “reconocimiento de atenuantes”.

Asevera con base en lo que designa “reiterada jurisprudencia”, que en los preacuerdos no es necesario demostrar fácticamente lo negociado, como en este caso, la circunstancia de ira e intenso dolor consensuada, a más de ser una discusión jurídica que probatoria, es ajena a la naturaleza de los preacuerdos y negociaciones.

De manera conclusiva, el A quo indicó que no se evidenciaban vicios en el preacuerdo, por lo que procedió a atenerse a lo dicho de manera verbal para finalmente condenar a Luis Eduardo Álvarez Álvarez a una pena principal de 96 meses de prisión, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la primera y la negativa de concesión del mecanismo sustitutivo de prisión.

5. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

El doctor Nelson Fernando Idarraga Montoya, en el escrito de apelación refirió actuar en representación de las víctimas Carlos Andrés Gil y Gloria Amparo Moreno y en consecuencia de ello, pregonando que le asiste derecho para apelar la decisión en procura de la materialización del acceso a la justicia y prestigio de la administración de justicia, solicitó la revocatoria del acuerdo.

Para sustentar lo anterior señaló que si bien la sentencia condenatoria impuesta al señor Luis Eduardo Álvarez Álvarez decantó en la irrogación de una sanción privativa de la libertad por noventa y seis (96) meses de prisión, la misma no resulta ejemplar ni proporcionada en comparación a los delitos por los cuales se judicializó al condenado.

Señalo además, que se violento el principio de estricta tipicidad, al reconocerse la circunstancia atemperante de la ira e intenso dolor, sin que se contara con elemento material de prueba que soportara tal privilegio, insistiendo el no entender la aplicación del mentado beneficio en el delito de fabricación, tráfico, y porte de arma de fuego, pues si bien, en las negociaciones la fiscalía tiene margen de discrecionalidad, no puede ser desbordada, dejando en evidencia la falta de desarrollo investigativo en la presente causa, por lo que solicita a esta sede se revoque la decisión de instancia.

6. NO RECURRENTE

Por su parte, la defensa en su calidad de sujeto no recurrente, luego de hacer una breve reseña jurisprudencial en materia de preacuerdos, manifiesta que la ley 906 de 2004 facultó al Estado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, para establecer las políticas generales en lo que respecta a los preacuerdos, considerando que el principio de legalidad se cumplió cabalmente por las partes, además que el quantum punitivo acordado, se encuentra dentro de los parámetros establecidos en la ley.

En igual sentido, manifestó que se dio cumplimiento a los principios generales de verdad, justicia y reparación, habida consideración que las víctimas conocieron la persona que perpetró el hecho, misma que fue condenada. Además, las víctimas tienen la oportunidad de iniciar el trámite del incidente de reparación integral.

Con relación a la pena definitiva impuesta a su prohijado, estima que la tasación de la pena fue proporcional al daño causado con las conductas concurrentes, atendiendo los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, tal y como lo estipula la norma rectora de los principios de las sanciones penales contenidas en el artículo 3 del código represor.

Considero, además, que la decisión del despacho en fijar la pena en ocho (8) años no es descabellada, es una decisión, como lo manifestó la Fiscalía, que deviene de un preacuerdo donde una vez demostrado el estado de ira e intenso dolor, se pacta una pena que es una situación válida por las partes, trayendo a colación decisiones de la Corte Suprema de Justicia.

Al margen de lo expuesto, solicita se declare desierto el recurso impetrado por falta de argumentación, o en su defecto, se confirme la decisión primigenia, en la cual se avaló el objeto de lo negociado.

El delegado de la fiscalía, en calidad de no recurrente presentó su posición peticionando a la Corporación se confirme la decisión de primera instancia, atendiendo las finalidades de los

preacuerdos y en especial el adelantado con el hoy condenado, habida consideración que de las conversaciones que se presentaron con éste y su defensor, se pudo establecer que tenía interés en definir su caso, misma que se materializó a través de los términos negociados, al encontrarse satisfechos los elementos para el reconocimiento de la diminuyente que trata el artículo 57 del C.P.

Arguye que debe tenerse en cuenta que como lo reconoció el fallador primigenio, desde el mismo interrogatorio del procesado, se avizoraron las circunstancias que él consideraba en su concepto, es el fundamento del estado de ira e intenso dolor, sin que ello constituya dejadez por parte de la entidad, o que se este enviando un mensaje de desconfianza a la ciudadanía y a las víctimas en particular, ni mucho menos, desprestigiar la justicia.

Sostiene, que al dar aplicación a negociaciones entre las partes, la figura de la ira e intenso dolor, deba demostrarse, o que siquiera hayan rastros de tal atemperante en la investigación, tal como lo solicita el recurrente, pues de ser así, se deslegitima la finalidad del instituto en mención.

Así las cosas, solicita se confirme en su integridad la decisión del juez de primera instancia.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1 Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de los señores Carlos Andrés Gil y Gloria Amparo Moreno, víctimas dentro del asunto, contra la sentencia del 15 de julio de 2020, dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia - Antioquia, conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Problema jurídico

Vía recurso de apelación, el representante judicial de las víctimas, manifiesta su inconformidad frente a la decisión recurrida, por cuanto el preacuerdo violó el principio de estricta tipicidad al concederse un beneficio que no cuenta con soporte fáctico, evidenciándose el desprestigio a la administración de Justicia.

En tal sentido, la Magistratura, se ocupará, en primer término, de esbozar lineamientos generales sobre el estado del arte acerca del instituto de los preacuerdos en la sistemática procesal penal, seguidamente se analizará los derechos de las víctimas en el proceso penal desde la perspectiva del principio de legalidad al interior de los preacuerdos, en virtud a los lineamientos legales generales del proceso penal, y en la misma línea impetrar el recurso de apelación incoado en el proceso.

Consecutivamente descenderá esta Sala de decisión a establecer la procedencia de las reconvenciones vertidas sobre la sentencia condenatoria de primera instancia, de los cuales, de hallar en su integralidad, garantía legal y jurisprudencial, procederá a revocar las decisiones de instancia, o en contrario, de ajustarse las determinaciones del A quo al marco jurídico vigente, fallará tomando la decisión que para el momento corresponde.

Estado del arte del Instituto Procesal de los preacuerdos consagrado en la ley 906 de 2004

Desde los albores de la entrada en vigencia del Sistema Procesal Penal de Corte Acusatorio, se ha entendido que el control judicial que debe realizar el juez de conocimiento frente al preacuerdo, no se satisface con una simple revisión formal al constatar la voluntad y libertad con la que el procesado asiente los términos del mismo, pues como garante y protector del proceso debe ir más allá, verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.

Sus funciones entonces, frente a las formas de terminación anticipada del proceso y en particular en casos de responsabilidad preacordada consisten en realizar un estudio de ese pacto logrado entre la Fiscalía y el imputado o acusado, con la asesoría de su defensa técnica, en aras a que con los términos del mismo se ciñan a la legalidad y no vulneren

garantías fundamentales de las partes e intervinientes dentro un proceso de criminalización penal de corte garantista. Al respecto es pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia².

En ese orden, el uso de las facultades concedidas a la Fiscalía General de la Nación no se puede entender como una patente de corso que permita desconocer el marco de la legalidad, obligando en consecuencia, por una parte, a que la Fiscalía se ciña a los fácticos investigados, para así atribuir la calificación jurídica, y por otro, al juez de conocimiento a respetar lo convenido por las partes. Al respecto el máximo Tribunal de la justicia penal ordinaria ha señalado:

“Más adelante, en SP13939-2014, concluyó que en términos de legalidad o estricta tipicidad, **el Fiscal puede definir qué conducta imputa o imputar una menos gravosa, pero no le está permitido «crear tipos penales».** Así mismo, señaló, que el Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales, verifique algún vicio en el consentimiento o afecte el derecho de defensa. A título de ejemplo, señaló que dichas circunstancias se estructurarían cuando el Fiscal pasa por alto aspectos como dos beneficios incompatibles, acceda a una rebaja superior a la permitida o no cumpla las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado.”³ (Negrillas de la Sala).

No obstante, lo dicho, el tema del control que debe hacer el juez de conocimiento a la acusación, así como al allanamiento a cargos o preacuerdos que a aquella se asimilan, no ha sido cómodo, en la medida que la jurisprudencia de la Corte

² La tesis puesta de presente ha sido sostenida por la Alta Corporación de forma muy reiterada, entre otras en las sentencias del 27 de abril 2011, Rad. 34.829 y del 23 de noviembre de 2011, Rad. 37.209. Igualmente se puede confrontar la sentencia del 27 de octubre de 2008, Rad. 29.979. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Asimismo, dentro del radicado SP931-2016, 43.356, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez.

³ CSJ, Sala de Casación Penal, Rad 98071, 26 abr 2018. M.P. Luís Antonio Hernández Barbosa.

Suprema de Justicia⁴ ha trasegado desde las posiciones que restringen tal labor, pasando por las intermedias e incluso ha llegado a las que otorgan amplísimas facultades al juzgador en punto al tema. En esa línea se mantuvo, con el argumento que el juez no puede realizar control material a la acusación que presente la Fiscalía⁵, salvo que aquella represente un claro quebrantamiento a las garantías procesales de las partes, siendo certera al afirmar que tal situación no debe estar afinada en la discrepancia que el juzgador pueda tener con la posición asumida por el acusador, pensando que su valoración jurídica o probatoria es la que debe imperar por encima de la que a consideración del persecutor se ha plasmado en el convenio. Sobre el punto así se refirió:

“Una vez establecido que la acusación se ha realizado según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (que incluye las posibilidades de control a esta actividad de parte), el juez debe proceder a evaluar si los términos del preacuerdo se ajustan a las normas aplicables al caso, según el desarrollo que de las mismas ha hecho la jurisprudencia, bajo el entendido de que tiene la obligación de aceptarlo, salvo que este desconozca o quebrante garantías fundamentales, como lo dispone expresamente el artículo 351, inciso cuarto, de la Ley 906 de 2004.

Frente a este tema la Corte ha resaltado:

Para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, **no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.**

⁴ Con relación al tema en la sentencia SP14191-2016 Rad 45594. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, se trajo a colación los referentes jurisprudenciales sobre las posturas manejadas en relación al punto tratado.

⁵ “Finalmente, en el fallo de casación CSJ 16 Jul. 2014, Rad. 40871, la Corte, luego de hacer un recorrido por su propia línea jurisprudencial⁷ (CSJ AP, 15 Jul. 2008, Rad. 29994; CSJ AP, 14 Agost. 2013, Rad. 41375; CSJ SP, 21 Mar. 2012, Rad. 38256; CSJ SP, 6 Feb. 2013, Rad. 39892 y CSJ AP, 16 Oct. 2013, Rad. 39886), concluyó que “por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”. (Cfr. CSJ SP1484-2015, Rad 43436, 28 oct 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar). (Negrillas fuera de texto).

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio del consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-. (CSJ SP, 15 oct. 2014, Rad. 42184)."⁶ (Negrillas de la Sala)

Si embargo, a día de hoy se sabe que del estado actual del arte de la Sala de Casación Penal, tiene sentado una postura que representa una actitud diametralmente opuesta - pues si bien, se puede vislumbrar, que los criterios de la jurisprudencia en materia de preacuerdos no son unánimes - ahora existe una línea con criterio mayoritario⁷, según la cual el Juez debe propugnar porque la imputación y la acusación cumplan los requisitos formales previstos en la ley, sin que ello implique realizar un control material ni una habilitación para proponer o insinuar los cargos, pues ello no solo implicaría el compromiso de su imparcialidad, sino, además, superar las barreras funcionales establecidas en el ordenamiento jurídico.

En la mentada decisión se propone que los fiscales deben precisar en qué eventos un cambio en la calificación jurídica corresponde a la estructuración de los cargos, y en qué casos la misma obedece a beneficios otorgados al imputado o acusado, pues solo de esa forma podrán verificarse los límites que el legislador estableció puntualmente para la celebración de los acuerdos, ello para que los jueces constaten que el convenio se ajusta al ordenamiento jurídico. De suerte que:

⁶ CSJ SP1484-2015, Rad 43436, 28 oct 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁷ CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, rad.51596.

“los fiscales no están facultados para modificar el contenido de la imputación (la procedente, según las reglas atrás relacionadas), como una forma de otorgar beneficios a cambio de la eventual aceptación de cargos o la posterior celebración de acuerdos, por diversas razones, entre ellas: (i) los requisitos materiales de la imputación y la acusación, así como sus aspectos formales, fueron regulados expresamente por el legislador; (ii) el fiscal no puede suprimir, a título de beneficio, aspectos factuales de la hipótesis que estructuró a la luz de las normas que regulan esta faceta del ejercicio de la acción penal, entre otras cosas porque no podría incluirlos en una eventual acusación en caso de que el acuerdo no se materialice, habida cuenta de la consonancia fáctica que debe existir entre los cargos incluidos en ambos escenarios; (iii) de lo contrario, un procesado podría beneficiarse con una imputación ajena a la legalidad, así decida posteriormente desistir del preacuerdo “prometido”, o intentar la consecución de beneficios ilegales, producto de un cambio subrepticio de la imputación y del posterior allanamiento a cargos; (iv) en este tipo de escenarios, se le privaría al juez de realizar las verificaciones inherentes a estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, entre ellas, la existencia del “mínimo de prueba” a que alude el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, la concerniente a la acumulación ilegal de beneficios o el desconocimiento de las prohibiciones legales frente a determinados delitos, límites que, sin duda, constituyen una clara expresión de la política criminal del Estado, a la que están sometidas este tipo de convenidos (Art. 348 ídem)».

Acorde con ello, las diversas formas de terminación anticipada de la actuación penal están sujetas al concepto de “discrecionalidad reglada”⁸, orientado a lograr un punto de equilibrio entre el margen de maniobrabilidad que debe tener la Fiscalía y la materialización, entre otros, de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal, por lo que el Juez debe verificar: i) el consentimiento y voluntad del procesado (ii) la claridad del acuerdo en lo que atañe a los beneficios concedidos al procesado, (iii) la existencia de un

⁸ SP2073-2020, jun. 24, rad. 52227

mínimo de prueba, (iv) el respeto a los límites establecidos por la ley en materia de beneficios; (v) que se acataron las prohibiciones de conceder este tipo de prerrogativas frente a algunos delitos; (vi) se realizó el reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004; (vii) se garantizaron los derechos de las víctimas.

En los eventos en los que el juez advierta que la delimitación del cargo obedece al inequívoco propósito de conceder beneficios adicionales, o que se ha optado por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos con la clara finalidad de eludir una prohibición legal en materia de acuerdos *«el juez debe ejercer sus funciones de director del proceso, en orden a aclarar la situación, y, a partir de ello, tomar las decisiones que considere procedentes. En todo caso, como bien lo resalta el delegado de la Fiscalía, esas labores de dirección deben realizarse en el momento procesal adecuado (la respectiva audiencia de control de legalidad)»*⁹. En reciente pronunciamiento¹⁰, el análisis fue zanjado bajo el argumento que:

Los preacuerdos serán controlados por el juez de conocimiento para verificar que cumplan las exigencias legales y, en general, preserven las garantías fundamentales de las partes e intervinientes. Cuando aquéllos conservan el núcleo fáctico de la imputación y/o acusación y su exacta calificación jurídica, pero remiten a la consecuencia establecida para un supuesto típico diferente, por supuesto más benévola que la procedería en estricta legalidad, el control judicial debe constatar, especialmente, la proporcionalidad del beneficio que se establece, sin perjuicio de los demás requisitos legales.

⁹ CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, rad.51596.

¹⁰ CSJ AP1745 – 2021, 5 mayo 2021, rad. 59232

Acogiendo las precisiones de la Corte Constitucional en sentencia SU479 de 2019, indicó el alto tribunal que los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida –según el estándar previsto para cada fase-, pues les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos. Así, los acuerdos en los que se opta por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes «no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes».

En los preacuerdos, se ha expresado, la Fiscalía debe obrar con objetividad, lo cual implica que la actuación del ente acusador no puede de manera ligera, descuidada o intencionadamente hacer uso indebido de sus facultades, dar a la información recopilada en la indagación o investigación un uso indebido, alterar, ocultar o manipular la verdad, los hechos, las consecuencias jurídicas de la conducta delictiva consumada, actuar con abuso de sus facultades, formular acusaciones infundadas, o modificar medidas cautelares para favorecer sin razón a una parte o interviniente, su proceder con base en dicho principio debe revelar rectitud y probidad en la definición de la existencia del delito, la declaración de responsabilidad y la negociación de la pena¹¹.

¹¹ Reiterada, entre otras, por la SP2295-2020, jul. 8, rad. 50659; y la SP3002-2020, ago. 19, rad 54039.

Así, en este sentido, el Juez debe verificar no solamente el cumplimiento de los requisitos legales¹², sino también constatar el respeto por las garantías fundamentales de partes e intervinientes, el acatamiento a las finalidades del preacuerdo y en especial, que dicho pacto refleje en forma estricta los hechos imputados y soportados en los elementos de prueba obrantes en la actuación, en salvaguarda de las garantías, principios y valores de orden constitucional y de convencionalidad¹³, de los que son titulares las partes e intervinientes en el proceso.

En ese orden, debe darse cumplimiento a las normas legales que regulan los preacuerdos o a la interpretación que de estas ha realizado la jurisprudencia penal que se ha plasmado, así como el enfoque actual que se la ha venido otorgando al rol que han de cumplir los delegados del ente acusador y de contera, el que debieran ejercer los funcionarios judiciales que tienen bajo su conocimiento causas penales.

Derechos de las víctimas en el proceso penal desde la perspectiva del principio de legalidad al interior de los preacuerdos

Si bien es cierto el proceso penal en primera instancia gira en torno a las garantías del procesado, las víctimas están investidas

¹² Este control meramente formal, tiene por objeto la constatación de que no se trate de pactos prohibidos por el legislador o que la aceptación de responsabilidad se haya realizado de manera libre, consciente, voluntaria e informada

¹³ La Corte Constitucional en CC SU-479 de 2019 señala «El presupuesto de todo preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, lo que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica. Por esta razón, el juez de conocimiento debe confrontar que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes alcanzan su acuerdo»

de prerrogativas especiales¹⁴ que deben ser materializadas al interior del proceso penal, tanto por la Fiscalía como por la Judicatura, en garantía de que les serán respetados sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

Al respecto, en principio se refieren los límites que surcan dentro de la realización y elaboración del preacuerdo, exhibiendo claramente la necesidad de respeto y garantías para el procesado; no obstante, es de recordar que en el proceso penal, concurren, además de las partes (acusador y defensa), los intervinientes, dentro de los cuales se elevan el ministerio público y el representante de víctimas, actores que si bien, no concurren directamente en el debate principal, tienen potestades y derechos dentro de la pugna.

A ello, que sea necesario para desentrañar el asunto, precisar acerca de los derechos que jurisprudencial y legalmente se ha reconocido para las víctimas dentro del sistema penal acusatorio, con énfasis claro está, en los mecanismos de terminación anticipada del proceso, es decir, de los preacuerdos.

En este contexto de los preacuerdos y los derechos de las víctimas, los órganos de cierre en materia penal y de lo constitucional, han manifestado que el Juez deberá propender por la salvaguarda de los derechos de las partes e intervinientes en el proceso penal y que los preacuerdos que sean verificados

¹⁴ Como forma de materialización de los derechos de las víctimas, la Corte Constitucional se ha pronunciado, entre otras, en las sentencias C – 454 de 2006; C – 343 de 2007; C – 209 de 2007 y C – 260 de 2011, en las cuales de manera detallada ha señalado el quebrantamiento del derecho a la igualdad de las víctimas con interpretaciones restrictivas de sus derechos con respecto a normas del C. de Procedimiento Penal, resaltando las facultades de intervención durante el proceso penal.

por aquel deberán sobrepasar el juicio respecto de justicia y verdad para las víctimas.

De manera literal, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal como a continuación se transcribe:

Este criterio acerca del control sustancial que ejerce el juez ya había sido aludido por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005 para el sistema de procedimiento penal consagrado en la ley 906 de 2004: “[...] la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, [pues tiene que] buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, [...] ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”¹⁵.

También fue ratificado de manera más reciente en el fallo C-516 de 2007, cuando dicho tribunal sostuvo que el control que ejerce el funcionario de conocimiento es de carácter eminentemente judicial:

“El control sobre los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado o imputado es judicial, debe ser ejercido por el juez de conocimiento, quien verificará si el mismo desconoce o quebranta garantías fundamentales. Sólo recibirán aprobación y serán vinculantes para el juez de conocimiento cuando superen este juicio sobre la satisfacción de las garantías fundamentales de todos los involucrados en la actuación (arts. 350 inciso 1º y 351 inciso 4º y 5º).” El ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el respeto por los derechos fundamentales de quienes intervienen en la actuación y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (art.10); el imperativo de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 4), así como el

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005.

imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (art. 5)¹⁶ ¹⁷ (Subrayas fuera de texto)

En ese orden, la jurisprudencia ha estudiado el papel de la víctima en el proceso penal, decantando de ello, la necesidad de garantizarle al afectado directo de las desdidas causadas, un papel relevante y protegido al interior del proceso en cualquiera de sus modalidades, recalcando incluso la necesidad de ir más allá de una reparación económica y señalar la tenencia de derechos que trasciendan a una esfera que proteja integralmente sus derechos fundamentales, en especial reparo el de la dignidad.

En tal sentido, se han establecido tres derechos principales que la jurisdicción penal debe proteger en nombre de los afectados, siendo tales la verdad, la justicia y la reparación; mismos que en conceptualización explícita ha referido el órgano colegiado de cierre:

“De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

“1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.¹⁸

“2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007.

¹⁷ CSJ SP, 27 oct. 2008, Rad. 29979.

¹⁸ Ver, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia.

“3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.”¹⁹”²⁰
(Negrilla dentro del texto original)

Por tanto, se alzan tales prerrogativas como máximos de garantías en cualquier manifestación de la justicia reglada bajo el sistema penal acusatorio, refiriendo igualmente, su papel tanto al interior de un juicio contradictorio, como, en un escenario de terminación anticipada o anormal del proceso.

Ahora bien, es de recalcar, que tales preceptos denominados como derechos y garantías de las víctimas en el proceso, no significa que la judicatura no tenga libre potestad de ejecutar sus funciones, es decir, bajo ningún punto, los reconocimientos realizados a las víctimas implican una incidencia tal que determine sin mayor fundamento el rumbo de una pugna penal o la viabilidad de un preacuerdo.

Respecto a la facultad que asiste a la víctima para el uso de los recursos ordinarios, en especial contra sentencias, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia manifestó:

“En los anteriores términos, queda claro que si efectivamente hace parte de los derechos de las víctimas obtener justicia en el proceso penal para que al perpetrador del delito se le imponga una sanción condigna, adecuada, justa o seria, deviene indiscutible la posibilidad de promover impugnación cuando advierten que ello no se garantiza con la establecida²¹.”

¹⁹ Casi todos los sistemas jurídicos reconocen el derecho de las víctimas de un delito a algún tipo de reparación económica, en particular cuando se trata de delitos violentos. Esa reparación puede ser solicitada bien dentro del mismo proceso penal (principalmente en los sistemas romano germánicos) o bien a través de la jurisdicción civil (generalmente en los sistemas del common law). Ver Pradel, Jean. *Droit Pénal Comparé*. Editorial Dalloz, 1995, páginas 532 y ss.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

²¹ C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia del 02.12.2015. Radicación SP 16558-2015 44.840 MP. JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

Aterrizando a la esencia del asunto tratado, se tiene al preacuerdo como fáctico principal del mismo, acto que decanta en referir el papel de la víctima en tal supuesto. Al tema, se ha instituido que en respeto de los derechos de verdad, justicia y reparación, se debe garantizar a las víctimas su representación legal en el juicio, en calidad de interviniente con especial protección por la judicatura, concediendo en su poder la posibilidad de efectuar pronunciamientos, incorporar medios probatorios a través del órgano persecutor, entre otras actuaciones propias del proceso; al caso de preacuerdos, con el derecho a conocer los acápites del convenio y de igual forma, ser escuchada frente a los términos de pacto, resaltando; sin embargo, que tal vocería no representa veto o capacidad de rechazo del preacuerdo.

Ahora bien, tal limitación de acción frente a un mecanismo que enmarca la terminación de la acción perseguida puede inferir la comisión de vulneración frente a los derechos de las víctimas; no obstante, el Alto Tribunal Superior concluyo²² frente al tema: *“-No es factible alegar que con lo ocurrido se privó a las víctimas del “derecho a un juicio justo y pleno –dotado de las garantías de publicidad, contradicción, inmediación y concentración”, simplemente porque el único referente legal que se verifica sobre el particular en la Ley 906 de 2004, establece este como derecho pero del imputado o acusado (literal k) artículo 8º)”*.

Es válido entonces, iterar en que frente a los derechos de las víctimas con ocasión de los preacuerdos la Corte Suprema ha expresado que estas tienen el derecho de participar en el conocimiento del acuerdo a fin de conocer la forma de resolución de su conflicto, sin que en ningún momento esto se

²² CSJ SP 15 oct. 2014 Rad. 42184

interprete como una potestad consultiva o con injerencia en los términos del acuerdo.

Debe reconocer la Sala que hace algunos años, las víctimas no podían oponerse a lo que era objeto de negociación, pero esa postura ya fue superada y hoy en día es pacífica la doctrina en el punto según la cual, sí está habilitada la representación de víctimas para interponer recurso de apelación cuando estime que la pena no se ajusta a la gravedad de los hechos o se reconocen beneficios que a su juicio no proceden; con mucha más razón cuando, como en este evento, lo que se cuestiona es un tema de tipicidad el cual, cómo no, conlleva a una disminución muy significativa de la sanción.

A modo de colofón, las víctimas poseen un papel relevante en la administración de justicia bajo el sistema penal acusatorio; sin embargo, en materia de preacuerdos, el deber de la judicatura y el acusador se limita a brindar el conocimiento y presencia en la elaboración del pacto, así como la posibilidad de alegar en función del mismo, sin que, como se refirió anteriormente, signifique la concesión de veto a su favor.

Del caso concreto

El problema jurídico que ha de resolver esta Corporación se ciñe a confrontar si al preacuerdo suscrito entre las partes resulta respetuoso del principio de legalidad, o si por el contrario, con tal negociación se ha evidenciado el desprestigio a la administración de Justicia.

De entrada debe aclararse que, en principio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, corresponde a la Fiscalía General de la Nación la titularidad de la acción penal y, por lo tanto, bien puede celebrar los preacuerdos que considere ajustados a la ley, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 348 a 354 de la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes.

Como de tiempo atrás lo ha sostenido esta Corporación con ponencia de quien ahora ejerce igual función, es claro que el funcionario de conocimiento no se debe entrometer de fondo en la imputación y en la acusación, como quiera que hay lugar a respetar la autonomía que la Fiscalía posee en tal sentido por disposición legal y constitucional; sin embargo, para el caso de los preacuerdos el juez sí está obligado a realizar un control material en cuanto no basta con analizar si fue libre, voluntario y debidamente asistido, ya que existen multiplicidad de factores que se enmarcan dentro del principio de legalidad y que no pueden pasar desapercibidos al instante de su aprobación. Dígase por ejemplo los principios de congruencia, razonabilidad y proporcionalidad, en consideración a que el juez está en la obligación de verificar que la negociación cumpla con los fines para los cuales fue creada con miras a la autocomposición de los conflictos, incluidos los intereses de las víctimas.

De lo anterior, surge diáfano que el preacuerdo debe ser cuidadoso con el principio de legalidad de los delitos y las

penas, por lo cual el juez de conocimiento en materia de allanamientos, preacuerdos y negociaciones, debe verificar que en cada caso se presente una correcta adecuación típica de los hechos y que los preacuerdos sólo tengan fuerza vinculante cuando no vulneren garantías fundamentales, porque en caso de advertir algún menoscabo debe rechazar la manifestación de culpabilidad del imputado.

Acompasando lo que se viene exponiendo en cuartillas anteriores, ha quedado claro que en la actualidad, el criterio jurisprudencialmente aceptado, avala que el Juez debe propugnar porque la imputación y la acusación cumplan los requisitos formales previstos en la ley, sin que ello implique realizar un control material ni una habilitación para proponer o insinuar los cargos, pues ello no solo implicaría el compromiso de su imparcialidad, sino, además, superar las barreras funcionales establecidas en el ordenamiento jurídico.

Aterrizando al análisis del sub júdece, de la información arrojada a la actuación se desprende que al señor Luis David Álvarez Álvarez le fue imputada en audiencia realizada en marzo 31 de 2019, en calidad de coautor de los delitos de *homicidio agravado homogéneo (Art. 103 y 104 N°4 y 7) en concurso heterogéneo y sucesivo con el punible de fabricación, tráfico, porte de arma de fuego accesorios, partes o municiones agravado (Arts. 31 y 365 N° 4 y 5)*, al haber llevado a cabo la muerte por impacto de arma de fuego de los señores Abertano de Jesús Gil Herrera y Rubiel Palacio Machado, al parecer,

porque las víctimas, venían amenazando al padre de aquel, para que abandonara sus tierras.

Al presentarse el respectivo escrito de acusación, en el mismo se plasmó en el acápite de cargos por el cual se le acusa, los punibles de *“Homicidio, circunstancias de agravación N° 4 y 7, fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, en concurso material homogéneo, heterogéneo y sucesivo de conductas punibles”*. Al inicio de la ratificación de los cargos en acusación, el delegado del ente acusador, solicitó cambiar el objeto de la diligencia, de acusación a verificación de preacuerdo, verbalizándose los términos de negociación que reconoció el procesado debidamente asesorado por su defensor, por medio del cual se aceptó responsabilidad por *“los delitos de homicidio con circunstancia de agravación punitiva y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en concurso homogéneo dos homicidios, y heterogéneo una fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y a cambio se le reconocerá la circunstancia del artículo 57 del código penal que dice ira o intenso dolor”*, y se partiría del mínimo de la pena a imponer por el delito más grave, dando una pena de cinco años y medio por el punible de homicidio agravado, aumentado en año y medio por el concurso homogéneo de los dos homicidios, y en un año más por el delito de porte de arma de fuego, lo cual arrojaba en criterio de la Fiscalía un monto de 8 años de prisión, no teniendo derecho a los subrogados penales. Petición a la cual se opuso el representante de las víctimas al existir violación del principio de estricta tipicidad, al cotejar con la totalidad de las pruebas, para concluir en que no se estructuraba la atenuante.

Se rememora que la figura de los preacuerdos y negociaciones y su control por parte del juez, como así lo ha referido la H. Corte Suprema²³, fue prevista con la finalidad de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, y lograr la participación del imputado en la definición de su caso. Por tanto, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a negociaciones preacordadas que impliquen la terminación del proceso a voces del art. 348 CPP.

Así mismo y como de tiempo atrás lo tiene sentado igualmente la jurisprudencia nacional, es deber del ente acusador hacer una presentación clara de lo que constituye la imputación fáctica para que los funcionarios judiciales puedan ejercer un control efectivo con respecto a su coincidencia con la imputación jurídica; es decir, que ello no puede ser algo abstracto o gaseoso, como quiera que es indispensable con miras a hacer la proposición jurídica completa que exigen los cargos en materia penal.

Lo anterior encuentra sustento en decisión de la Corte Constitucional y posteriores decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal que de manera expresa resolvió el dilema de si bastaba la imputación fáctica o si era indispensable además la jurídica; y, por sobre todo, si lo jurídico

²³ CSJ STP, 24 sep. 2013, rad. 69.478.

tenía o no que coincidir con lo fáctico. Momento a partir del cual se dejó esclarecido que la facultad otorgada por la ley al fiscal se refiere a una operación de adecuación típica de la conducta, por medio de la cual los hechos objeto de investigación (imputación fáctica) deben corresponder a la descripción de ese punible que hace el legislador (imputación jurídica), a consecuencia de lo cual el fiscal no puede hacer una adecuación típica caprichosa o arbitraria y en estos casos debe hacerse primar el principio de legalidad para que se pueda lograr la justicia material acorde con lo dispuesto por el Acto Legislativo 03/02 - Sentencia C-1260 de 2005-.

En este caso el funcionario de primer nivel aprobó el acuerdo pactado con el procesado, bajo el raciocinio *“se observó que efectivamente el referido preacuerdo presentado por la Fiscalía, la defensa y acusado no violaba, no desconocía, ni quebrantaba garantías fundamentales, que efectivamente a través del preacuerdo se estaba generando en las víctimas la verdad, pues, tenían pleno conocimiento quienes fueron reconocidos como víctimas de quien fue el autor del hecho de sangre que en su momento enluto a los familiares, se estaba generando justicia, pues el actuar de ÁLVAREZ ÁLVAREZ tenía un reproche social consecuencia de su conducta y que por ello se le imponía una pena atendiendo la negociación, y que por último, se le advirtió a la representación de víctimas la oportunidad de acudir al incidente de reparación integral, quiere ello decir que jamás este Juez de conocimiento desconoció los derechos que tiene la víctima en el proceso”*, completando su disertación en el entendido *“tal como lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, que en este tipo de preacuerdos o negociaciones y más en el que se examinó por este Juez de conocimiento, no es menester presentar en el preacuerdo los hechos que generaron esa circunstancia de ira e intenso dolor para avalar*

el preacuerdo, pues esa discusión jurídica más que probatoria es ajena a la naturaleza de los preacuerdos y negociaciones”.

La Corporación atendiendo los nuevos planteamientos del Órgano de cierre ordinario, entre otras²⁴, aquella en la que se ocupó con detenimiento sobre los tipos de preacuerdos y su legalidad, para lo cual tuvo como referente la sentencia de la Corte Constitucional que sobre el particular, marco el rumbo de lo que hoy se conoce, en uno de sus apartes indicó que el presupuesto de todo consenso consiste en: “no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, lo que incluye obviamente todas las circunstancias específicas de mayor y menor punibilidad que fundamentan la imputación jurídica”²⁵.

En otras palabras, una negociación no puede hacer caso omiso del núcleo fáctico de la imputación, porque mediante este se realiza la correcta adecuación de la conducta típica que se investiga. Y justamente por ello la Corte Constitucional en la aludida sentencia sostuvo: “[...] el juez de conocimiento debe confrontar que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes alcanzan su acuerdo [...]”.

Además de lo anterior, la directiva 01 de septiembre 28 de 2006 de la Fiscalía General de la Nación -reseñada igualmente en la sentencia de la colegiatura constitucional- señala que respecto de aquellos preacuerdos que básicamente modifican los

²⁴ CSJ SP2073-2020, rad. 52227.

²⁵ Corte Constitucional SU479-19

términos de la imputación: “[...] se puede acordar la tipificación en una forma que traiga como consecuencia la disminución de la pena, y que la nueva adecuación típica deberá hacerse **de tal forma que no modifique la esencia de la conducta, el objeto material ni los sujetos activo y pasivo**”. -negrillas excluidas-

Como se aprecia, la plurimencionada decisión constitucional precisó las facultades que tiene el juez de conocimiento para realizar un control material a los preacuerdos que son puestos a su consideración, en claro acatamiento a lo que la Corte Constitucional denominó como “la segunda postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia”, en la cual dijo que los fiscales no podían disponer de la acción penal a su antojo y que los preacuerdos estaban sometidos al principio de legalidad.

Lo que la Corporación observa en este caso específico, es que la Fiscalía solo se encaminó a endilgarle al señor Luis David Álvarez Álvarez las conductas atentatorias imputadas inicialmente sin verificar el contenido de las mismas, y aunque es totalmente verídico que al momento de efectuar la negociación reconoció la disminuente del “estado de ira e intenso dolor”, como se indicó con antelación, en momento alguno en las diferentes salidas procesales -imputación, escrito de acusación, ni al verbalizar el acta de preacuerdo- se adujo la presunta existencia de elementos fácticos que probaran tal circunstancia, convalidación que encontró apoyo en la decisión del juez de instancia cuando sin atisbo de duda, expresó “Por último y tal como lo ha dicho la Honorable Corte Suprema

de Justicia en reiterada jurisprudencia, que en este tipo de preacuerdos o negociaciones y más en el que se examinó por este Juez de conocimiento, no es menester presentar en el preacuerdo los hechos que generaron esa circunstancia de ira e intenso dolor para avalar el preacuerdo, pues esa discusión jurídica más que probatoria es ajena a la naturaleza de los preacuerdos y negociaciones”.

Ese raciocinio develado por el a-quo excluye frontalmente que en esa materia la actuación de los fiscales está regida por el principio de discrecionalidad reglada, según lo establece la jurisprudencia constitucional y penal de la cual se ha hecho ampliamente referencia; además, es falaz porque los valores que se persiguen con los preacuerdos no pueden logarse a cualquier costo o, mejor, solo es legítimo obtenerlos si se han respetado límites normativos intransitables que garantizan, entre otros, la legalidad y la seguridad jurídica.

A tono con lo que viene planteándose, por las particularidades del asunto debe abordar la Sala por decir que si bien al momento de imputar cargos la Fiscalía sostuvo que el procesado en calidad de coautor incurrió de los *delitos de homicidio agravado homogéneo en concurso heterogéneo y sucesivo con el punible de fabricación, tráfico, porte de arma de fuego accesorios, partes o municiones agravado*, tal circunstancia no era obstáculo alguno para poder proceder a una variación en la calificación jurídica, la cual, como se tiene decantado, es provisional, flexible o relativa²⁶, y, por ende, al percatarse el órgano persecutor que en efecto de los

²⁶ Al respecto en CSJ SP, 12 sept. 2019, Rad. 52816, se indicó: “[...] como la congruencia no es estricta, sino flexible, es viable que, sin lesionar dicho principio, el juez se desvíe jurídicamente del contenido de la acusación y condene por un hecho punible diferente al allí imputado”.

elementos materiales probatorios, bien podía hacer el reconocimiento del beneficio al momento de efectuar el preacuerdo, sin que ese proceder afectara la imputación fáctica esencial contenida en la imputación atinente al delito de homicidio agravado, razón por la cual no encuentra reparo el Tribunal en que se hubiera procedido de esa manera, claro está, de contar con elementos que respaldasen tal beneficio.

No obstante, otra situación sucede en lo atinente con el punible contra la seguridad pública, porque esta conducta se ve reflejada en lo fáctico, pero no en lo jurídico. Significa lo anterior, que estamos en presencia de una calificación parcial que debe corregirse antes de proceder a una negociación, y se explica en la medida, que el estado de ira o intenso dolor no se puede hacer constar en lo fáctico, frente al tipo penal de Fabricación, tráfico, porte de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, contenido en el artículo 365 del C.P, lo que marca un supuesto fáctico esencial en este acontecer.

De otro lado, la Sala al verificar el acuerdo suscrito entre las partes con el reconocimiento de la atenuante, se puede evidenciar, que tal concesión en los términos en que fue planteada, es contraria a derecho y desconoce el principio de legalidad, porque: (i) en ningún momento se llevó a cabo un control material a la acusación, ya que la Fiscalía realizó esta actividad de parte con amplia libertad; (ii) al verificar la procedencia de la condena anticipada solicitada por el acusador –con la anuencia de la defensa-, se encuentra que la circunstancia de menor punibilidad invocada por la Fiscalía no

tenía ningún soporte fáctico ni probatorio, pues en los hechos jurídicamente relevantes no se incluyeron los referentes estructurales de la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 57 del Código Penal, ni las evidencias aportadas daban cuenta de los mismos. Siendo así, es de concluir que el referido cambio de calificación jurídica obedece a una concesión del fiscal, orientada a que el procesado renuncie al trámite ordinario.

Otra irregularidad que se advierte es que los cargos inicialmente imputados, fueron los de *homicidio agravado homogéneo en concurso heterogéneo y sucesivo con el punible de fabricación, tráfico, porte de arma de fuego accesorios, partes o municiones agravado*, y los cargos negociados, tal como se escucharon en el registro de audio derivaron en la aceptación de cargos, por la vía consensuada, frente a “los delitos de homicidio con circunstancia de agravación punitiva y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en concurso homogéneo dos homicidios, y heterogéneo una fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y a cambio se le reconocerá la circunstancia del artículo 57 del código penal que dice *ira o intenso dolor*”, dejándose de lado, la agravante endilgada en el porte de arma de fuego, misma que incide en la punibilidad de la sanción, no teniendo en cuenta el juzgador de primer grado, que la pluralidad de beneficios es solo una de las formas de conceder prerrogativas desbordadas a cambio del sometimiento a una condena anticipada, ya que el mismo efecto –en ocasiones más intenso- se presenta con ciertos cambios de calificación jurídica sin ninguna base fáctica, como

sucede, precisamente, con la inclusión de circunstancias de menor punibilidad como la regulada en el artículo 57 del Código Penal.

Lo dicho adquiere más trascendencia, cuando la agravante omitida constituye precisamente el medio a través del cual se llevó a cabo la conducta final, resultando ineludiblemente atado en forma inescindible al *delito fin* (homicidio agravado), y en ese evento se está ante una conexidad sustancial que no se debe romper.

Como puede deducirse de la hilatura analítica que viene proponiendo la Sala, lo sensato es que ANTES de procederse a una negociación, los términos de las imputaciones estén debidamente decantados a efectos de hacer coincidir lo fáctico con lo jurídico, sin dar lugar a un rompimiento anticipado de la unidad procesal que podría incluso jugar en contra de los intereses ya sea del procesado ora de la víctima.

Así lo ha planteado el máximo órgano colegiado de la justicia ordinaria, cuando puntualizó:

Valga reiterar que la obligación del fiscal de especificar en qué eventos las modificaciones a los cargos son producto del ajuste a la legalidad y cuándo corresponden a un acuerdo, no se reduce a la simple enunciación de la razón del cambio. Cuando se plantea que no se trata de un beneficio sino de la corrección de la imputación, es necesario que la Fiscalía cumpla las obligaciones legales, entre ellas, la relación clara de los hechos jurídicamente relevantes y la selección de las normas aplicables al caso.

Lo anterior opera tanto para el delito base como para las circunstancias de mayor o menor punibilidad. En cuanto a estas,

el fiscal, al estructurar la acusación, y el juez, al emitir la sentencia, deben: (i) precisar sus elementos estructurales, previstos en la respectiva norma penal; (ii) verificar que en la hipótesis factual se incluyeron los aspectos que encajan en cada uno de esos requisitos legales; y (iii) constatar que estos elementos factuales encuentran un respaldo suficiente en las "pruebas" allegadas, según el estándar dispuesto para cada una de esas actuaciones (CSJSP, 12 agosto 2020, Rad. 53596, entre otras.).

De ese modo, la Fiscalía deberá primero determinar los punibles objetos de imputación, para seguidamente definir si hay o no lugar a conceder la atenuante de que trata el artículo 57 del C.P. frente al delito de homicidio agravado o de ambas conductas, con base en los elementos fácticos con que cuenta la actuación. Lo dicho, para evitar equívocas interpretaciones, dado que en el ambiente existe la idea que la agravante contenida en el ilícito contra la seguridad pública hizo parte de una de las concesiones tácitas en la presente negociación, y de ser así entonces se trataría de una gracia adicional abiertamente incompatible con la concesión del estado atenuante de ira e intenso dolor, porque se estaría patrocinando la violación de una prohibición legal consistente en que no pueden existir dobles beneficios en un mismo preacuerdo.

Debe quedar claro con lo anterior, que no es correcto y desde luego la judicatura debe impedirlo²⁷, que las partes lleven a cabo preacuerdos, con miras a evitar: (i) que se soslayen las

²⁷ Al margen del debate acerca de si la denominada "justicia premial" es, en efecto, un elemento estructural del sistema acusatorio, lo cierto es que no podría hablarse de un modelo de enjuiciamiento criminal verdaderamente democrático bajo la idea de que cada funcionario judicial pueda decidir a su antojo y sin control la suerte de los procesados, con una notoria e inaceptable afectación de la legalidad, la igualdad –de trato–, la seguridad jurídica, entre otros aspectos constitucionalmente relevantes; como tampoco podría considerarse ajustado a la Constitución el que las víctimas estuvieran sujetas al capricho, la ideología o la forma de pensar de cada fiscal o cada juez, lo que, al igual que lo anterior, en nada contribuiría a la prontitud, eficacia y prestigio de la administración de justicia.

prohibiciones legales en materia de terminaciones anticipadas; (ii) que existan elementos que estructuren las concesiones que se pretenden; y (iii) que se desconozcan derechos fundamentales de las partes e intervinientes.

Retomando lo que fue objeto de inconformidad, resta por decir que encuentra la Sala razón en los argumentos expuestos por el apoderado de víctimas para oponerse a la celebración del preacuerdo logrado entre las partes.

En síntesis, se tiene que en tratándose de trámites propios de preacuerdos, si bien la fiscalía puede ajustar la calificación jurídica contenida en la acusación en respeto del principio de legalidad, esa facultad no puede ser utilizada a efectos de conceder beneficios que no se soportan en la descripción fáctica, pues, de proceder de esa manera, el juez tiene la facultad de ejercer un control material de esa acusación, dando lugar como en este asunto, a REVOCAR la decisión adoptada por el juzgador singular durante la audiencia de verificación de preacuerdo, llevada a cabo el 1 de julio de 2020, en la que se aprobó el celebrado entre la Fiscalía y el acusado. En su lugar, se IMPRUEBA EL PREACUERDO celebrado entre las partes.

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,

8. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión adoptada por el señor Juez Promiscuo del Circuito de Concordia, durante la audiencia de verificación de preacuerdo, llevada a cabo el 1 de julio de 2020, en la que se aprobó el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado. En su lugar, se IMPRUEBA EL PREACUERDO celebrado entre las partes.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica por estrados y contra ella procede no procede recurso alguno.

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
Sala 003 Penal**

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior 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:
**50cbf95e5ec5a0d9866d0ac92432cab9c6bd8165d33521d9c8bc
c8d9e2df459**

Documento generado en 10/08/2021 05:04:25 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 050002204000202100442
No. interno: 2021-1147-2
Accionante: DIEGO CAMPUZANO MAYA
Accionado: JUZGADO PRIMERO PENAL
DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO
DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE
ANTIOQUIA
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No.036
Decisión: Se niega

Medellín, diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta No. 066

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de tutela incoada por el señor **DIEGO CAMPUZANO MAYA** en contra del **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO** por la presunta vulneración al derecho fundamental de petición.

¹ 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.- HECHOS

Manifiesta el accionante que, el día 26 de mayo de 2021, dentro del proceso de extinción de dominio con Rdo. 0500031200012020-001 que se sigue en contra de los bienes del señor Andrés Fernando Pérez Restrepo, solicitó que se le reconociera en calidad de tercero poseedor de buena fe de un inmueble situado en el municipio de Necoclí, Antioquia, ya que al momento del secuestro por parte de la Fiscalía General de la Nación, estaba en su poder en calidad de poseedor y no de simple ocupante.

En virtud de lo anterior, solicita se proteja el derecho fundamental de petición y en consecuencia se ordene a la entidad accionada dar respuesta de fondo a su solicitud.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta por parte de la doctora Penélope Sánchez Noreña, secretaria del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Antioquia, en la que informa:

“...Sea lo primero indicar que la solicitud elevada por el accionante fue recibida en el correo electrónico del despacho en dos oportunidades, a saber, una el día 24 de febrero de 2021 por parte del fiscal 45 Especializado E.D. Armel Gutiérrez Betancourt, y otra el 9 de marzo de 2021 por parte del abogado Mauricio Alberto Jaramillo Velásquez. Esta aclaración inicial se hace, toda vez que no se encontró ninguna solicitud con fecha del 26 de mayo de 2021 como señala el accionante y, adicional a ello, no se encuentra en el escrito de tutela remitido anexo alguno que dé cuenta de la misma

Ahora bien, en la solicitud objeto de estudio el accionante requirió:

“[...] se sirva ordenar el archivo de las presentes diligencias en lo referente a declarar la extinción del dominio sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria 034-52715 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Turbo, Antioquia, pues, además, solicito se decrete el levantamiento del embargo y de la anotación de medida provisional, que como medidas cautelares fueron decretadas y practicadas por la fiscalía 45 de Extinción de Dominio [...]”.

Ello, aunado al argumento de que es un tercero de buena fe exento de culpa y, además, poseedor del inmueble referido desde hace más de veinte años.

De esta manera, una vez revisado el expediente se procedió a dar respuesta a la solicitud impetrada por el accionante, mediante auto de sustanciación No. 75 del 19 de marzo de 2021, el cual fue notificado por estados electrónicos el día 23 del mismo mes y año, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 14 de la Ley 1849 de 2017.

En dicho auto se resolvió, en primera medida, negar su vinculación como afectado dentro del trámite extintivo pues, a pesar de afirmar ser un poseedor de buena fe del inmueble objeto de la acción de extinción de dominio, no acreditó de forma siquiera sumaria tal calidad.

Al respecto, el artículo 30 de la Ley 1708 de 2014, señala:

“Afectados. Se considera afectada dentro del trámite de extinción de dominio a toda persona, natural o jurídica, que alegue ser titular de derechos sobre alguno de los bienes que sean objeto de la acción de extinción de dominio:

- 1. En el caso de los bienes corporales, muebles o inmuebles, se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue tener un derecho patrimonial sobre los bienes objeto de la acción de extinción de dominio. (Expresión subrayada y en negrilla modificada por el artículo 1º de la Ley 1849 de 2017). [...]”.*

En este sentido, al no encontrar el despacho la acreditación del interés patrimonial señalado en la norma transcrita no era plausible proceder a su vinculación como afectado dentro del trámite extintivo, lo que propició además la imposibilidad de emitir un pronunciamiento adicional respecto a

sus otras solicitudes, habida cuenta que las mismas son facultades propias de los sujetos procesales.

Por lo anterior, la acción de tutela resulta improcedente si se tiene en cuenta que este judicial no vulneró el derecho de petición invocado por el accionante y que es este último quien deberá cumplir con la carga de acreditar sumariamente el interés patrimonial que ostenta sobre el inmueble referido, a fin de que se pueda vincular como afectado dentro del proceso de extinción de dominio y, de esta manera, hacer valer sus derechos de defensa y contradicción al interior del mismo.

Finalmente, es importante resaltar, respecto a la comunicación que el accionante afirma no haber recibido que, con ocasión de la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, se facilitaron distintas herramientas a los despachos judiciales para poder cumplir con sus fines y mitigar la propagación del virus. Es por esto que los estados se publican en la página de la Rama Judicial y no en secretaría como se hacía tradicionalmente. En este sentido, el desconocimiento de la norma y de las distintas formas de notificación de las actuaciones no puede ser considerado como una omisión del despacho que, como se expuso, actuó conforme a derecho..."

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

La Sala es competente para resolver la acción, en términos del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y los decretos 2591 de 1991 artículo 37 y 1382 de 2000, numeral 2º, en atención a la calidad de la entidad accionada.

4.2 Problema Jurídico

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentra conculcado el derecho fundamental de petición invocado por el señor DIEGO CAMPUZANO MAYA al no haberse resuelto una solicitud fechada del 26 de mayo de 2021 por medio de la cual requirió a la entidad accionada se le reconociera la calidad de poseedor dentro del proceso 0500031200012020-00001.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela ha sido instituida como mecanismo para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente de los particulares, en los casos específicamente previstos en la ley.

Así, el Juez Constitucional está llamado no sólo a verificar si se vulneran los derechos fundamentales invocados por quien demanda la acción, sino que si advierte la trasgresión de cualquiera otro que tenga tal entidad, debe ampliar el marco de protección a esos otros derechos conculcados.

Se invoca por la accionante la vulneración del derecho fundamental de petición, para lo cual la Constitución y la ley han determinado el término para su atención y de otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en diferentes decisiones en sede de tutela, establece las características y núcleo esencial del mismo, veamos:

Acorde con la consagración Constitucional se tiene lo siguiente: *“Art. 23. Derecho de Petición. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El Legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*².

El desarrollo legal del derecho de petición, se encuentra en el artículo 14 de la ley 1755 de 2015 Código Contencioso Administrativo, que dispone:

ARTÍCULO 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. *Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15)*

² Constitución Política de Colombia.

días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

PARÁGRAFO. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

En torno al derecho de petición señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-149 del 19 de marzo de 2013³:

“Esta Corporación ha precisado que el derecho de petición consagrado en el Artículo 23 de la Constitución Política, es una garantía fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 85), cuya efectividad resulta indispensable para la consecución de los fines esenciales del Estado, especialmente el servicio a la comunidad, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma Carta Política y la participación de todos en las decisiones que los afectan; así como el cumplimiento de las funciones y los deberes de protección para los cuales fueron instituidas la autoridades de la República (C.P. art. 2). De ahí, que el referido derecho sea un importante instrumento para potenciar los mecanismos de democracia participativa y control ciudadano; sin dejar de mencionar que mediante su ejercicio se garantiza la vigencia de otros derechos constitucionales, como los derechos a la información y a la libertad de expresión. La garantía real al derecho de petición radica en cabeza de la administración una responsabilidad especial, sujeta a cada uno de los elementos que informan su núcleo esencial. La obligación de la entidad estatal no cesa con la simple resolución del derecho de petición elevado por un ciudadano, es necesario además que dicha solución remedie sin confusiones el fondo del asunto; que este dotada de claridad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto; e igualmente, que su oportuna respuesta se ponga en conocimiento del solicitante, sin que pueda tenerse como real, una contestación falta de constancia y que sólo sea conocida por la persona o entidad de quien se solicita la información”.

³ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Es de anotar que, al tratarse de una petición dentro de un proceso judicial de extinción de dominio las actuaciones que se surten dentro del mismo se rigen por lo dispuesto en la ley 1708 de 2014, y en ese sentido, las notificaciones de las providencias que se dictan en esa actuación judicial, están reguladas en el "CAPITULO III" de la citada norma, indicándose en el artículo 54 lo siguiente:

ARTÍCULO 54. POR ESTADO. <Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 1849 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Con excepción del auto admisorio de la demanda de extinción de dominio, el que admite la demanda de revisión y la sentencia, todas las providencias se notificarán por estado que se fijará por el término de un (1) día en la Secretaría y se dejará constancia de la fijación y desfijación.

Finalmente, en punto de la carga de la prueba en sede de tutela indicó la Corte Constitucional en sentencia T-620 de 2017, lo siguiente:

(...)

La carga de la prueba en el trámite de tutela

19. De conformidad con el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, la tutela es un mecanismo informal, lo que significa que simplemente se exige que en la solicitud se exprese: la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de quien es autor de la amenaza o agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión, porque quien conoce la manera como se presentaron los hechos y sus consecuencias, es quien padece el daño o la amenaza de afectación.^[39]

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante. Por consiguiente, si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta no tiene justificación.^[40]

En ese orden de ideas, la Corte ha señalado que la decisión judicial “no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela.”^[41]

20. Ahora bien, en esta clase de procesos el régimen probatorio se rige por las facultades excepcionales que confieren los artículos 18, 20, 21 y 22 del Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo.^[42] En consecuencia, el juez de tutela debe hacer uso de sus facultades oficiosas y constatar la veracidad de las afirmaciones realizadas por las partes. En ese orden de ideas, cuando el juez de tutela tiene dudas acerca de los hechos del caso concreto, le corresponde pedir las pruebas que considere necesarias de manera oficiosa. De este modo, su decisión se basará en hechos plenamente demostrados, para lograr decisiones acertadas y justas que consulten con la realidad procesal^[43].

Por consiguiente, en sede de tutela la regla según la cual corresponde al accionante probar todos los hechos en que fundamenta su solicitud de amparo, se aplica de manera flexible, pues el juez debe hacer uso de sus poderes oficiosos para conocer la realidad de la situación litigiosa, “(...) de manera que no sólo está facultado para pedir informes a los accionados respecto de los hechos narrados en el escrito de tutela, sino que está obligado a decretar pruebas cuando persisten las dudas respecto de los hechos del caso estudiado.”^[44]

En síntesis, a pesar de que en principio el accionante tiene la carga de la prueba, corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso y proteger los derechos fundamentales de las personas.

Con fundamento en las consideraciones anotadas, a continuación se estudiará la procedencia de la tutela en el asunto objeto de análisis.

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del accionante está encaminada a que se le brinde respuesta a una solicitud fechada del 26 de mayo de 2021, elevada ante Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Antioquia, relacionada con el reconocimiento de poseedor dentro del proceso con radicación final 2020-00001.

Ante tal pedimento, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Antioquia, advirtió que no encontró solicitud fechada del 26 de mayo de 2021 pendiente por resolver, pero de cara a lo requerido por el actor, indicó la existencia de dos peticiones, una fechada del 24 de febrero de 2021 remitida por competencia por el Fiscal 45 Especializado de Extinción

de Dominio y otra del 9 de marzo de 2021 signada por parte del abogado Mauricio Alberto Jaramillo Vásquez, en las que **solicitó el archivo de las diligencias relacionada con la declaración de la extinción de dominio sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria 034-52715 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Turbo, además del levantamiento del embargo y de la anotación de la medida provisional, decretadas como medida cautelar por la Fiscalía 45 de Extinción de dominio, ello conforme el argumento de que es un tercero de buena fe exento de culpa y poseedor desde hace mas de 20 años.** Solicitudes que fueron resueltas mediante auto de sustanciación No. 75 del 19 de marzo de 2021, notificado por estados electrónicos el día 23 del mismo mes y año, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 14 de la Ley 1849 de 2017, allegando constancia de tal actuación.

Como corolario de lo anterior, para la Sala es claro que la entidad accionada no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante, o por lo menos ello no fue acreditado por éste, en el entendido que, **las peticiones relacionadas con el reconocimiento de “la calidad de afectado” dentro del citado trámite de extinción de dominio, se resolvieron y notificaron conforme el procedimiento dispuesto en la ley 1708 de 2014,** y es claro que, en lo que respecta a la acreditación de una nueva petición como la aducida por el accionante Diego Campuzano Maya, fechada del 26 de mayo de 2021, es una prueba que solo aquel puede aportar, pues es este quien deberá acreditar que efectivamente realizó la petición de la cual requiere una respuesta y que la misma fue puesta en conocimiento de la entidad accionada a través de los medios pertinente para ello, situación que en la presente causa no ocurrió en tanto no se allegó copia de la petición realizada el 26 de mayo de 2021, y mucho menos, que ésta fue remitida al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Antioquia para su consecuente respuesta.

En consecuencia, se **NEGARÁ** la tutela impetrada por el señor DIEGO CAMPUZANO MAYA al no existir prueba, al menos sumaria, de la violación al derecho de petición alegada por el actor.

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 ley,

5. RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la tutela impetrada por el señor **DIEGO CAMPUZANO MAYA**, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación el cual deberá interponerse dentro del término de ley.

TERCERO: Una vez en firme, se ordena la remisión del cuaderno original ante la Honorable Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO

ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior 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:
621d2fb01a600e24f07206a08ca10184a5a380ae432fc480d989db133a318
f31

Documento generado en 10/08/2021 05:04:39 PM

Interlocutorio de Segunda instancia Ley 906 de 2004

Procesado: Leyson Adrián García Cano
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones.
Radicado: 05-895-60-99161-2020-00056
(N.I TSA 2021-0998-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, diez (10) de agosto dos mil veintiuno

Magistrado Ponente:

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 104 de la fecha

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Fiscalía
Tema	Nulidad de la imputación – Hechos jurídicamente relevantes – Adecuación típica en la imputación
Radicado	05-895-60-99161-2020-00056 (N.I. TSA 2021-0998-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra del auto proferido el 29 de junio de 2021 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre – Antioquia, mediante el cual decidió no acceder a la solicitud de nulidad presentada por ella.

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 Y ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

El 13 de mayo de 2020, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Zaragoza – Antioquia, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación en contra de LEYSON ADRIÁN GARCÍA CANO.

En aquella oportunidad, la fiscalía a fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 288 del C.P.P., realizó individualización completa del imputado, incluyendo el domicilio: *“reside en el barrio Centro, sector comercio – frente a nomenclatura visible 37-09, del municipio de Zaragoza. Lugar donde también labora”*. Luego en cumplimiento del numeral segundo del citado artículo expuso lo siguiente: *“el día de ayer en cumplimiento de una orden de registro y allanamiento le fue encontrado en un lugar de su residencia un arma de fuego tipo revolver marca Smith & Wesson, color gris, con empuñadura de plástico, color negro, sin número externo visible, y con numero interno 66736, con 6 cartuchos calibre 38, de inscripción de indumil de 38 sin percutir, (...) se realizó una consulta al CINAR y no encontró registro que evidencie que tiene permiso para ello. Se realizó un informe de investigador de campo, una prueba preliminar del estado del arma de fuego y la munición, (...) se encontraron aptas para producir el fenómeno de disparo, y la munición se encuentra en el estado ideal para el cual fue creado”*¹.

Se le imputó el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado, artículo 365 numeral 8º del C.P. en calidad de autor.

El 19 de febrero del año 2021, una vez instalada la audiencia de acusación, la defensa informó que el escrito cumplía con las exigencias del artículo 337 del C.P.P. La fiscalía, a fin de cumplir con lo dispuesto en la norma citada realizó la individualización completa del imputado, incluyendo el domicilio: *“reside en el barrio Centro, sector comercio – frente a nomenclatura visible*

¹ Audiencia de imputación, archivo “Audiencias Leyson Adrián García Cano - 13-05-2020Parte 2”, récord 49:30.

37-09 del municipio de Zaragoza. lugar donde también labora “. Luego expuso lo siguiente: “el 12 de mayo de 2020, siendo las 20:20 horas, fue capturado en flagrancia LEYSON ADRÍAN GARCÍA CANO, identificado con C.C. No. 3.674.240 de Zaragoza, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones Art. 365 C.P., como resultado de diligencia de registro y allanamiento, ordenada por esta delegada, en su lugar de residencia. Se cuenta con certificación del CINAR (Centro de información nacional de armas de Bogotá), de no poseer permiso para porte o tenencia de armas de fuego. Además, se tiene informe de la prueba preliminar de disparo del arma de fuego, incautada, tipo revolver marca Smith & Wesson, color gris, número interno 66733, número externo no visible; con resultado apta para producir el fenómeno del disparo y la munición en buen estado de conservación ideal para el fin que fue creada”².

El 29 de junio luego de instalarse audiencia preparatoria el nuevo defensor del procesado solicitó el uso de la palabra e indicó que se vulneró el principio de legalidad, de congruencia concretamente en la presentación de los hechos jurídicamente relevantes y el derecho a la defensa técnica, en la formulación de imputación y acusación. solicitó la nulidad de lo actuado informando lo siguiente:

1. La defensa anterior al momento de hacer las observaciones y velar por que se cumpliera con los requisitos formales de la imputación y de la acusación no lo hizo.

La imputación no cumplió con el contenido del numeral 2º del artículo 288 del C.P.P., es decir, no se realizó una imputación fáctica como tal sobre los hechos jurídicamente relevantes del “cómo, cuándo, y donde”. Por el contrario, se limitó a mencionar y a relacionar elementos materiales de convicción.

² Audiencia de acusación, archivo “Leyson García Cano. Formulación de acusación. 11 de septiembre de 2020”, récord 6:47.

En la acusación referente a los hechos jurídicamente relevantes, no se evidencia “*el dónde, cuándo y cómo*”. No aparece, donde fue la captura, donde queda la residencia de la captura, nomenclatura, coordenadas. No aparece en el escrito que su prohijado fue capturado con un arma de fuego, sino que dice que fue capturado con un porte ilegal de arma de fuego, sin decirse cuál era el arma, la descripción del arma, para luego hacer una narración sobre los elementos materiales de convicción.

No hay ninguna circunstancia de tiempo, modo y lugar, solamente que fue capturado por porte ilegal de armas, pero, no se dice en qué parte estaba ubicada el arma; en qué municipio fue. No se puede presumir, porque mi prohijado reside en tal lugar, el hecho se cometió en ese lugar. Lo anterior comporta un vicio de garantía porque conforme quedó explicado la correcta definición de la imputación fáctica es la que permite a la persona investigada ejercer una adecuada defensa.

Por último consideró que frente al agravante imputado del numeral 8° del artículo 365, va en contra del artículo 4° de la Constitución Política. Se debe aplicar principio de constitucionalidad, porque la norma vulnera derechos fundamentales como el *in dubio pro reo*, la presunción de culpabilidad frente a las personas que residen en el Bajo Cauca y el Nordeste antioqueño.

2. La Fiscalía informó que la oportunidad procesal para realizar ese tipo de reparos era en la audiencia de acusación. Siempre se han respetado las garantías del procesado. Solicita considerar bien el hecho jurídicamente relevante atribuido en la formulación de imputación y en la acusación.
3. El Ministerio Público no presentó observación alguna frente a lo solicitado por la defensa.

La Juez decidió no acceder a la petición de la defensa. No le asiste razón al afirmar que se genera la nulidad por violación al principio de congruencia por los hechos jurídicamente relevantes, si la defensa está apuntando la nulidad al debido proceso en punto de confrontación, es claro que tiene la claridad suficiente sobre la situación fáctica de los hechos consignados por la Fiscalía. Su prohijado fue capturado con un arma de fuego en el sitio de residencia, estableciéndose también al interior de ambas diligencias, imputación y acusación, que esa arma era apta para producir disparos y que LEYSON carece de permiso para porte de este tipo de armas.

Frente al derecho de defensa: la parte tiene el pleno conocimiento de los hechos que dan lugar a la presente actuación, la defensa siempre ha conocido cuál fue el arma incautada, cómo se desplegaron las diligencias de registro y allanamiento y las circunstancias en que fue capturado LEYSON GARCÍA. No puede alegar ahora el nuevo apoderado un desconocimiento de esos hechos, afirmando no poder efectuar el derecho de confrontación sin que pueda aplicarse un remedio extremo como el que ahora pretende.

Indicó que las solicitudes de nulidad deben de cumplirse bajo los parámetros de taxatividad con la carga argumentativa y principalística. El principio de convalidación, trascendencia, instrumentalidad y residualidad que permite concluir que debe verificarse que no existe otro remedio procesal para subsanar el yerro. Concluyó que en este caso las circunstancias expuestas hacen parte estricta del derecho de confrontación, en torno a las circunstancias que dieron lugar a la aprehensión del procesado y que son debidamente conocidas por la defensa a quien no se le está violando garantías como alega en su exposición de nulidad.

En punto a la discusión del agravante del numeral 8º del artículo 365, advirtió que no tiene relación con la solicitud de nulidad y es un asunto que podrá debatir en juicio.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación con el que pretende la declaratoria de la nulidad. Sus razones son esencialmente las siguientes:

1. A pesar de existir otro estadio procesal para debatir el tema del agravante, considera una vulneración al principio de legalidad, ya que su prohijado podía haberse allanado a los cargos en la imputación, lo que fue imposible por realizarse una imputación inflada.

Existe afectación al principio de congruencia. El escrito de acusación no dice qué arma fue que se le incautó a su prohijado, si era un arma de uso personal o de uso restringido de las fuerzas armadas, solamente dice que se le imputó un delito. No cumple con los requisitos porque no hay una imputación fáctica. No dice como fueron los hechos de tiempo, modo y lugar. No dice en qué dirección se le incautó el arma, información fáctica necesaria para poder planear una estrategia defensiva. La audiencia de imputación y de acusación no cumplieron con su fin.

No se podría aplicar el principio de convalidación porque supuestamente la defensa dejó pasar el momento procesal para ello. La Corte ha indicado que cuando llega una defensa nueva es precisamente porque se discute la falta de defensa técnica que dejó pasar los momentos procesales para actuar. Frente a la residualidad no hay otro remedio jurídico porque como tal se está desconociendo el principio de legalidad y esa estructura del debido proceso. Sin acusación no hay sentencia y esta acusación sin una debida imputación tampoco debe de existir porque son estadios procesales que se componen entre si.

El fiscal debe verificar la hipótesis de la imputación y de la acusación que abarque todos los aspectos previstos en la ley, donde se establezca la diferencia entre hecho jurídicamente relevante, hechos indicadores y medios de prueba.

CONSIDERACIONES

Se determinará si fue correcta la decisión de la Juez de negar la nulidad presentada. La Sala anuncia desde ya que confirmará el auto. Para el efecto se abordará tres puntos, a saber: i) La relevancia jurídica del hecho y congruencia en los HJR, ii) Derecho de defensa y contradicción. iii) Adecuación típica en la imputación.

- I) La sentencia 44599 de 2017 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en atención al actuar de los operadores judiciales en punto de la fijación de los hechos en el trámite penal, resaltó la trascendencia del asunto, concretando, lo que debe entenderse por hecho jurídicamente relevante, desde la relevancia jurídica del hecho.³ La relevancia jurídica del hecho tiene como presupuesto una mínima fijación de cuándo ocurrió, cómo ocurrió y dónde ocurrió; así como quién lo cometió y quién fue víctima- si fuere del caso-.

Conforme a la línea jurisprudencial, si bien la formulación de acusación es el escenario donde en estricto sentido puede analizarse la relevancia jurídica de los hechos, los mismos ya deben encontrarse descritos de forma sucinta y clara al momento de imputarlos⁴.

³ **“La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal.** En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan las características de un delito; y **el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga.**

Como es obvio, **la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales,** sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.” (Negrillas fuera del texto original).

⁴ 287, 288 numeral 2, y 290 del C.P.P. 1. “El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios... se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”. “Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible...”. “Con la formulación de imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal”.

El apelante sostuvo que se incumplió con el numeral 2º del artículo 288 del C.P. no hubo imputación fáctica, *“no dice cómo fueron los hechos de tiempo, modo y lugar. No dice en qué dirección se le incautó el arma.”* En concreto indicó: se mezclaron hechos jurídicamente relevantes con hechos indicadores, y con el contenido de los medios de prueba, impidiendo de manera trascendental e insubsanable, el derecho de contradicción y defensa, afectando el principio de congruencia y legalidad, motivo por el que procede la nulidad.

La Sala escuchó el registro de la audiencia de imputación del 13 de mayo de 2020 y constató que: iniciada la formulación de imputación, antes de la relación clara de los HJR, la fiscalía en la individualización indicó claramente el lugar de residencia del procesado *“reside en el barrio Centro, sector comercio – frente a nomenclatura visible 37-09 del municipio de Zaragoza”*. Luego al momento de narrar los HJR le informó: *“el día de ayer en cumplimiento de una orden de registro y allanamiento le fue encontrado en un lugar de su residencia un arma de fuego tipo revolver marca Smith & Wesson, color gris, con empuñadura de plástico, color negro, sin número externo visible, y con número (...)”*⁵. De lo anterior, se desprende mínimamente las circunstancias de tiempo modo y lugar.

En esas condiciones el Juez aceptó la imputación propuesta por la fiscalía en la audiencia preliminar. No se advierte irregularidad. La fiscalía logró proponer una hipótesis fáctica en la que delimita las circunstancias modales en que Leyson Adrián García Cano fue capturado en situación de flagrancia en su residencia. Previamente al momento de la individualización expuso el lugar exacto donde residía el procesado. En estas condiciones no se advierte transgresión a las garantías del procesado.

Afirmó el apelante que existe afectación al principio de congruencia debido a que en el escrito de acusación no se dijo qué arma fue que

⁵ Audiencia de imputación, archivo *“Audiencias Leyson Adrián García Cano - 13-05-2020Parte 2”*, récord 49:30.

se le incauto a su prohijado, si era un arma de uso personal o de uso restringido de las fuerzas armadas, solamente dice que fue capturado por el delito fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado. Además, hizo el mismo reparo realizado en la imputación frente al lugar de los hechos y refirió la falta de aplicación del numeral 2º del artículo 337 de C.P.⁶

Luego de escuchado el registro de la formulación de acusación, se evidenció que la fiscalía indicó nuevamente el lugar de residencia: *“reside en el barrio Centro, sector comercio – frente a nomenclatura visible 37-09 del municipio de Zaragoza”*. Luego al momento de narrar los HJR le informó: *“el 12 de mayo de 2020, siendo las 20:20 horas, fue capturado en flagrancia LEYSON ADRÍAN GARCÍA CANO, identificado con C.C. No. 3.674.240 de Zaragoza, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones Art. 365 C.P., como resultado de diligencia de registro y allanamiento, ordenada por esta delegada, en su lugar de residencia. Se cuenta con certificación del CINAR (Centro de información nacional de armas de Bogotá), de no poseer permiso para porte o tenencia de armas de fuego. Además, se tiene informe de la prueba preliminar de disparo del arma de fuego, incautada, tipo revolver marca Smith & Wesson, color gris, número interno 66733, número externo no visible; con resultado apta para producir el fenómeno del disparo y la munición en buen estado de conservación ideal para el fin que fue creada”*

En esas condiciones la fiscalía acusó al procesado, sin que previamente se realizaran reparos por parte de la defensa frente al cumplimiento de los requisitos del artículo 336 y s.s. del C.P.P. Si bien, el modelo de presentación de los hechos jurídicamente relevantes expuestos no es un modelo a seguir, sí logró proponer la misma hipótesis fáctica comunicada en la imputación, es más, adicionó la hora de los hechos y delimitó mínimamente las circunstancias

⁶ “ARTÍCULO 337. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN Y DOCUMENTOS ANEXOS. El escrito de acusación deberá contener: 1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones. **2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.** 3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.”

modales en que Leyson Adrián García Cano fue sorprendido en su residencia, describiendo las características del arma que le fue incautada al acusado.

Que en la acusación se haya referido el eventual contenido de algunos medios de prueba que la fiscalía podría llegar a presentar en juicio, y que se aludiera a hechos indicadores o hechos sin mayor relevancia, no implica por sí solo que la fiscalía no haya cumplido con enunciar el componente fáctico que soportaba la calificación jurídica. En este escenario tampoco se advierte transgresión a las garantías procesales del acusado.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁷ ha sido clara respecto a que la fijación de los hechos jurídicamente relevantes, corresponde por determinación legal y constitucional a la fiscalía, actuación que debe respetar la correspondencia y la congruencia, según el momento procesal del que se trate. Aunque puede darse cierta controversia respecto a la utilización del término "*congruencia*" al hablar de la imputación, lo cierto es que en el proceso penal el supuesto fáctico se delimita desde tal audiencia, elemento que debe guardar relación de "*correspondencia*" con la acusación, sin que ello impida que con posterioridad a dicha audiencia preliminar se puedan precisar algunas circunstancias de la conducta, siempre y cuando no se afecte el núcleo esencial de la imputación fáctica.⁸ Es claro que en el presente no se afectó la congruencia, pues entre la imputación y la acusación se determinó la correspondencia en relación a la premisa fáctica expuesta por la fiscalía.⁹

No es que la acusación haya sido perfecta, pero los errores detectados en la narración de los HJR, la referencia de medios de conocimiento y la imprecisión para indicar el lugar exacto de la

⁷ SP CSJ, Radicado 51007, SP2042-2019 del 5 de junio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁸ Sobre el tema, ver SP CSJ radicado 42357 del 28 de mayo de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

⁹ Entre otras, SP CSJ, Radicado 51007, SP2042-2019 del 5 de junio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, y radicado 47671, SP3831-2019 del 17 de septiembre de 2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

residencia donde se halló el material bélico, entre otros; no conllevan al desconocimiento de los aspectos sustanciales que gobiernan la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes. Se reitera, la relevancia jurídica del hecho tiene como presupuesto una mínima fijación de cuándo ocurrió, cómo ocurrió y dónde ocurrió, lo que se cumplió en los actos procesales.

- ii) La Sala no observa afectación al derecho de defensa. El defensor que acompañó al procesado en las audiencias preliminares, realizó una defensa activa, oponiéndose a las solicitudes de legalización de registro y allanamiento y captura del procesado, lo que deja ver un mínimo conocimiento en la materia, quien no presentó ningún reparo luego de formulada la imputación. Respecto a la defensora pública que lo representó en la audiencia de acusación, ésta comprendió en debida forma los hechos jurídicamente relevantes. No tuvo reparo cuando fue interrogada por la Juez para advertir sobre observaciones al escrito según el artículo 337 del C.P.P., de lo que se infiere que logró extraer del escrito la relevancia jurídica del hecho en cuestión.

- iii) Finalmente, frente la vulneración del principio de legalidad alegada por la defensa, en relación con el componente jurídico de la imputación realizada por la fiscalía, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 51007 del 5 de junio de 2019, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar¹⁰ dejó claro que la Fiscalía como titular de la acción penal, es quien tiene el deber de realizar el juicio de imputación cuando un hecho reviste las características de un delito, sin que esa imputación pueda ser rebatida por la defensa ni controlada materialmente por los jueces, claro está, sin perjuicio de la labor de dirección que le compete a la judicatura de cara a hacer prevalecer garantías fundamentales de las partes e intervinientes en el proceso penal.

¹⁰ "Existe una obvia correlación entre el concepto de hecho jurídicamente relevante y la calificación jurídica que debe realizar la Fiscalía, precisamente porque lo primero (la relevancia jurídica), depende de que la hipótesis factual encaje o pueda ser subsumida en una o varias normas penales".

Ese acto de comunicación de cargos, en todo caso, debe guardar correspondencia entre el hecho jurídicamente relevante y la hipótesis jurídica seleccionada por la Fiscalía. Del escrito de acusación se extrae que Leyson Adrián García Cano Toro fue capturado el 12 de mayo de 2020 sorprendido con un elemento bélico de uso personal en su residencia del municipio de Zaragoza, municipio que hace parte del Bajo Cauca Antioqueño y se encuentra dentro del grupo de los 170 municipios que están priorizados en los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial. Por esa razón, la Fiscalía imputó el agravante descrito en el numeral 8 del artículo 365 del C.P.

Encuentra la Sala que los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación se adecúan a el tipo penal seleccionado por la fiscalía. Siendo así, el principio de legalidad que reclama el impugnante como presuntamente vulnerado, no ha sido trastocado con la calificación jurídica dada por la fiscalía al comportamiento atribuido de Leyson Adrián García Cano. Como bien lo informó la Juez de primera instancian la inconformidad acerca de la agravante es un asunto que podrá debatir en el juicio, poniendo de presente en su hipótesis defensiva la inconstitucionalidad que alega.

Sin necesidad de más argumentos, se confirmará la decisión de la Juez de no decretar la nulidad propuesta por la defensa, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de naturaleza y origen ya referidos.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Interlocutorio de Segunda instancia Ley 906 de 2004

Procesado: Leyson Adrián García Cano
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones.
Radicado: 05-895-60-99161-2020-00056
(N.I TSA 2021-0998-5)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Interlocutorio de Segunda instancia Ley 906 de 2004

Procesado: Leyson Adrián García Cano
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios partes o municiones.
Radicado: 05-895-60-99161-2020-00056
(N.I TSA 2021-0998-5)

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - 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:

f8b4ddeec771c167327dfc10ff6371d59c03a51cc11bb14e4f66ee8a6a73a06c

Documento generado en 10/08/2021 09:03:52 PM

Tutela segunda instancia

Accionante: Luis Fernando Hinestroza Paz
Accionado: Dirección General de Sanidad Militar del Ejército
Nacional y otros
Radicado: 05045310400120210016600
(N.I. TSA 2021-1146-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, diez (10) de agosto de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente:

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 104

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Luis Samuel Hinestroza Parra
Afectado	Luis Fernando Hinestroza Paz
Accionado	Dirección General de Sanidad Militar del Ejército Nacional y otras.
Tema	Derecho a la salud y vida digna
Radicado	05 04531 04001 2021 0016600N.I. TSA: 2021-1146-5
Decisión	Confirma

ASUNTO

Decidir la impugnación interpuesta por la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO contra la decisión proferida el 19 de julio de 2021, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó Antioquia que concedió el derecho a la salud de Luis Fernando Hinestroza Paz.

Tutela segunda instancia

Accionante: Luis Fernando Hinestroza Paz
Accionado: Dirección General de Sanidad Militar del Ejército
Nacional y otros
Radicado: 05045310400120210016600
(N.I. TSA 2021-1146-5)

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Expresó el accionante que su hijo Luis Fernando Hinestroza Paz el 22 de junio de 2020 sufrió un accidente en el municipio de Apartadó, siendo remitido al Hospital Militar de la ciudad de Bogotá por daños en la medula espinal. El 11 de febrero de 2021 fue trasladado al Dispensario Médico 6030 de la Brigada Militar No. 17 de Carepa (Ant.), con diagnóstico de G822 – paraplejía no especificada. Debido a la gravedad de la patología es necesario el uso de pañales de forma permanente, pero el Dispensario 6030 no los cubre. Indicó que su sueldo no le alcanza para comprar el insumo para su hijo de manera particular.

Solicitó que Sanidad Militar entregue los pañales que necesita su hijo ya sea por intermedio del Dispensario de la Brigada 17 o por quien corresponda.

2. El Juzgado de primera instancia, concedió la acción constitucional considerando lo siguiente: la falta de suministro de los pañales, vulnera la vida digna del accionante quien tiene diagnóstico M523 síndrome de inmovilidad (parapléjico). El insumo no puede ser remplazado por otros incluidos en el PBS. El accionante manifestó que su sueldo solo le alcanza para mercar y para los gastos del hogar, lo que no fue desvirtuado por las entidades accionadas. Los pañales fueron prescritos por el médico tratante adscrito a la institución accionada.

DE LA IMPUGNACIÓN

El suministro de pañales no es un insumo médico que va a beneficiar la salud o rehabilitar al paciente, sino por el contrario son elementos de aseo, no contemplados en el Acuerdo 002 del 2001 *“Por el cual se establece el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial”*, por lo tanto, NO pueden autorizarse con el rubro asignado a la salud, ya que con ello se estaría

Tutela segunda instancia

Accionante: Luis Fernando Hinestroza Paz
Accionado: Dirección General de Sanidad Militar del Ejército
Nacional y otros
Radicado: 05045310400120210016600
(N.I. TSA 2021-1146-5)

contraviniendo las normas legales establecidas, las cuales regulan dichos suministros.

El Instituto Nacional de Vigencia de Medicamentos y Alimentos INVIMA indicó que los pañales y toallas húmedas, pertenecen a la canasta familiar como un producto de aseo y limpieza y no están catalogados como medicamentos.

El grupo familiar debe asumir la carga del insumo con base en el principio de solidaridad. LUIS SAMUEL HINESTROZA PARRA es un Soldado Profesional que devenga un salario superior a DOS MILLONES Y MEDIO DE PESOS MONEDA LEGAL (\$2.500.000.), más primas y bonificaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación interpuesta por la entidad accionada.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará en esta oportunidad si le corresponde a LA DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO garantizar la entrega de los pañales con ocasión a la patología que padece el accionante.

3. Valoración y resolución del problema jurídico

El objeto de la presente, está consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada mediante los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, no

Tutela segunda instancia

Accionante: Luis Fernando Hinestroza Paz
Accionado: Dirección General de Sanidad Militar del Ejército
Nacional y otros
Radicado: 05045310400120210016600
(N.I. TSA 2021-1146-5)

es otro que obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados en ese decreto.

En cuanto a la naturaleza del derecho a la salud de las personas, nadie discute que se trata de un derecho prestacional de carácter fundamental, tal y como lo ha considerado la Corte Constitucional¹. Veamos:

“El derecho a la salud como derecho fundamental

“El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna...”

Frente al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, la Corte Constitucional² se ha referido en los siguientes términos:

“2.2. El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (SSMP), a través de los establecimientos de sanidad, y con plena observancia de los principios de calidad, ética, eficiencia, universalidad, solidaridad,

¹ Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

² Sentencia STP17832-2017. Radicación n. ° 94509. M.P. Eyder Patiño Cabrera

Tutela segunda instancia

Accionante: Luis Fernando Hinestroza Paz
Accionado: Dirección General de Sanidad Militar del Ejército
Nacional y otros
Radicado: 05045310400120210016600
(N.I. TSA 2021-1146-5)

protección integral, equidad y racionalidad están en la obligación de prestar la atención médica integral a las personas afiliadas y sus beneficiarios.

El Decreto 1750 de 2000, que lo regula, señala que se halla integrado por un Plan de Servicios de Sanidad o plan obligatorio, y por planes complementarios, en los términos del artículo 35, que requieren previo concepto favorable del Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. “

Se ha reconocido la salud como un derecho fundamental autónomo, y en cabeza del Estado se ha radicado la obligación de garantizar la atención médica a través de las distintas entidades -incluidas las del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y Policía- que las personas requieran bajo los elementos esenciales de: disponibilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, entre otros, implicando ello el disfrute del más alto nivel de salud física y mental posible.

El afectado tiene como asegurador en salud a La Dirección de Sanidad Ejército Nacional, presenta “*diagnóstico de G822 – paraplejía no especificada*”, el médico adscrito a la demandada el 26 de marzo de 2021 ordenó “*pañales desechables talla L por seis (6) meses*” los que a la fecha no ha recibido. No se observa justificación válida por parte la accionada para materializar la entrega del insumo. En el trámite de impugnación expresó que los pañales se encuentran por fuera del PBS, ya que es un producto de la canasta familiar y no un medicamento.

Según lo manifestado por la Dirección de Sanidad del Ejército, es preciso considerar lo expuesto por la Corte Constitucional en varias decisiones:

*“Por otra parte, y concretamente en lo relacionado con el **suministro de pañales** y elementos esenciales para llevar una vida en condiciones dignas, esta Corporación ha indicado, además, que, en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud, las personas que requieran con necesidad del suministro de estos insumos y elementos, que, **aunque no sean medicamentos, deberán***

proveérsele por parte de la EPS, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS.

(...)

Ahora bien, teniendo en cuenta las citadas circunstancias, es preciso concluir que la Corte permite un margen de apreciación mucho más amplio, en orden a proteger efectivamente el derecho a la salud de aquellas personas que requieren con necesidad el suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas aun cuando no aparezcan incluidos dentro del POS. Por tanto, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrarlos, siempre y cuando éstos sean vitales para garantizar una vida digna de las personas.”³

Es claro entonces que procede la entrega del insumo así no se encuentre dentro del PBS y no esté catalogado como medicamento. Además, la Corte Constitucional en sentencia T 122 de 2021 expresó que, el plan de beneficios en salud está planteado de forma tal que, en caso de que un servicio no se encuentre expresamente excluido, deberá entenderse incluido. En consecuencia, el otorgar una tecnología en salud que no esté expresamente excluida del PBS, en ningún caso debe suponer un trámite adicional a la prescripción que realiza el médico tratante, pues ello implicaría una barrera en el acceso a los servicios y medicamentos cubiertos por el PBS.

*“Como se mencionó, al tratarse de insumos no incluidos expresamente en el PBS, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos para determinar si procede su autorización: **(i)** la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida o a la integridad personal de quien lo requiere; **(ii)** el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan de Beneficios en Salud; **(iii)** ni el interesado ni su núcleo familiar pueden sufragar las sumas que la entidad encargada de*

³ **Sentencia T-111/13.** Referencia: AC T- 3.688.601; T-3.689.726; y T-3.694.861. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Tutela segunda instancia

Accionante: Luis Fernando Hinestroza Paz
Accionado: Dirección General de Sanidad Militar del Ejército
Nacional y otros
Radicado: 05045310400120210016600
(N.I. TSA 2021-1146-5)

garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada a cobrar y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien lo solicita, o se puede deducir razonablemente que la persona requiere dicho servicio”.

La Sala solo procederá a manifestarse frente al requisito (iii) “*ni el interesado ni su núcleo familiar pueden sufragar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada a cobrar y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie*”. Realizó el reparo la entidad impugnante al indicar que se debe aplicar el principio de solidaridad y, que el padre de Luis Fernando Honeztrosa cuenta con un salario de “*DOS MILLONES Y MEDIO DE PESOS MONEDA LEGAL (\$2.500.000), más primas y bonificaciones*”. Los demás requisitos fueron verificados de manera detallada por el Juez de primera instancia.

Si bien, la entidad indicó la posibilidad de aplicar el principio de solidaridad, no estableció qué persona en particular puede hacerse cargo, no puede escudarse con la aplicación de una figura sin detallar de manera específica la persona que por solidaridad está en capacidad de suministrar el insumo. Y, aunque informó cuál era el salario del padre del afectado, esto no es un hecho nuevo dentro de la presente, el actor indicó desde un principio que su salario lo destinaba para “*mercar y para los gastos del hogar*”, no desestimó la demandada cuál era la totalidad de los gastos del actor a fin de determinar que el insumo pueda ser garantizado por la familia del afectado.

Siendo así, se confirmará la sentencia de primera instancia en su integridad.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 prorrogado, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su

Tutela segunda instancia

Accionante: Luis Fernando Hinestroza Paz
Accionado: Dirección General de Sanidad Militar del Ejército
Nacional y otros
Radicado: 05045310400120210016600
(N.I. TSA 2021-1146-5)

aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Sala de Decisión Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado primero penal del circuito de Apartadó Antioquia, el 19 de julio de 2021 en su integridad.

SEGUNDO: Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Tutela segunda instancia

Accionante: Luis Fernando Hinestroza Paz
Accionado: Dirección General de Sanidad Militar del Ejército
Nacional y otros
Radicado: 05045310400120210016600
(N.I. TSA 2021-1146-5)

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - 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:

960191a3c5391ecae1534b82ec132fcb5f7cb4318e682a8e13881c68a269bcbb

Documento generado en 10/08/2021 09:04:18 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No. 050016000718201300068 **NI:**2021-1125-6
Procesado: FREY LEON RODRIGUEZ VARGAS, GUILLERMO ANTONIO
CASTILLO VARGAS Y OTROS
Delito: PECULADO POR APROPIACION Y OTROS
Decisión: Decreta Nulidad
Aprobado Acta No.: 131 de agosto 10 del 2021 **Sala No: 6**

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

Medellín, agosto diez del año dos mil veintiuno

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del señor GUILLERMO ANTONIO CASTILLO VARGAS, contra la determinación que toma el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, de escuchar el testimonio de DARIO CARVAJAL RUEDA, por cuanto había sido decretado en la audiencia preparatoria del pasado 16 de diciembre de 2020.

2. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

El 24 de octubre de 2017, fue radicado escrito de acusación en contra de los señores FREY LEON RODRIGUEZ VARGAS, GLORIA ASTRID PARRA MARIN, BEATRIZ HERNANDEZ PAUCAR, y GUILLERMO ANTONIO CASTILLO VARGAS, por las presuntas conductas punibles de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y prevaricato por acción, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia. La correspondiente audiencia de

formulación de acusación se inició el 13 de diciembre de 2017 y culminó el 9 de febrero de 2018, fijándose en dicha oportunidad la audiencia preparatoria para el 10 de mayo de 2018, fecha en la cual se instaló dicha diligencia, fijando como fecha para continuar el 27 de febrero de 2019, y seguidamente el 8 de abril de 2019 día en el cual se dio continuidad a la misma, pero ante el volumen de solicitudes probatorias se debió programar una nueva fecha, el 25 de junio de 2019, ocasión para la cual no se pudo continuar por aplazamientos, encontrando que para el 16 de diciembre de 2019 se dio continuidad a la audiencia preparatoria resolviéndose por parte del Despacho las solicitudes de inadmisión, rechazo y excluirían de medios de prueba deprecados por las partes, para lo cual el Despacho expide el auto 025 de 16 de diciembre de 2019.

Se programó como fecha para dar inicio al Juicio oral el 14 de febrero de 2020, pero por aplazamientos impetrados por las partes la misma solo se desarrolla desde el 16 de abril del presente año, fecha en la cual se pretendía dar inicio a la práctica probatoria de la Fiscalía con el testimonio del señor DARIO CARVAJAL RUEDA, pero ante el recurso de apelación interpuesto por la abogada defensora suplente del señor GUILLERMO ANTONIO CASTILLO VARGAS, se debe proceder a desatar el mismo, expediente que solo fuera enviado al Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal desde el 26 de julio de 2021.

3. AUTO DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante audiencia celebrada el pasado 16 de abril de 2021, ante oposición mostrada por la bancada de la defensa en punto a que se escuchara el testimonio del señor DARIO CARVAJAL RUEDA, como prueba de cargo, ello por cuanto dicho testimonio no había sido decretado en audiencia preparatoria, el Juez de instancia, decide efectuar un receso para verificar en el audio la audiencia preparatoria efectuada el 16 de diciembre de 2020, retomando la diligencia luego del receso ordena la práctica del testimonio por cuanto el mismo si fue decretado mediante clausula general.

En virtud de lo anterior, fueron interpuestos sendos recursos de reposición y un recurso de apelación, que el que hoy debe proceder a desatar esta Magistratura.

4. DEL RECURSO

Refirió la togada defensora del señor GUILLERMO ANTONIO CASTILLO VARGAS, quien indica que la decisión que se tomó no es una orden sino un auto interlocutorio que está decidiendo respecto a un aspecto sustancial y es el traer nuevos testigos, pues el despacho está decretando pruebas de oficio, ya que en el auto interlocutorio 025 del 16 de diciembre de 2019, los testigos DARIO CARVAJAL RUEDA, EDGAR ANTONIO ESCOBAR LOPEZ y BAYARDO, no fueron decretados.

Hace alusión al auto penal 5911 de 2015 de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, proferido por el Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, en el que claramente se indica que debe de existir un auto mediante el cual se efectuó el decreto probatorio, y sostiene la recurrente que ello no ocurrió así, el auto que profirió el Despacho se presta para confusiones, porque no se indicó allí claramente que pruebas se decretaron y no puede el Juez manifestar que el auto contenía todas las pruebas solicitadas y frente a las cuales no existió oposición alguna, la omisión en este caso fue del Señor Juez y de la Fiscalía, por el Juez no se indicó claramente cuáles fueron las pruebas que se decretaron para la Fiscalía, y por ello no pueden ser decretadas en esta etapa procesal y la omisión por parte del ente acusatorio fue el no haber solicitado a la judicatura el control, y claridad dicho auto, estar vigilante a la respuesta que da el Juez de las peticiones probatorias y al no haber estado atenta la Fiscalía a ese decreto probatorio no puede ser una carga que asuma la bancada de la defensa, por esto solicita se dé trámite al recurso de apelación.

FISCALIA COMO NO RECURRENTE

Indica, que la actuación del Juez se encuentra ajustada a derecho, que lo que realizó fue usar una metodología en el auto de decreto de prueba, refiriéndose únicamente a lo problemático, esto es, a las solicitudes de inadmisión, exclusión o rechazo, por lo que considera que no es procedente dar trámite al recurso de apelación deprecado, pues se realizó un decreto probatorio asertivo, frente al cual única y exclusivamente es procedente el recurso de reposición y no de alzada y está claro que para esa providencia que decretó o acogió la solicitud probatoria

no tiene recurso, solo el que rechaza o un admite, decisión que se rodeó de unas garantías superiores como el recurso de alzada.

Afirma que no encuentra ningún vacío en la providencia del 16 de diciembre de 2019 que contiene el decreto de la prueba que el juicio de hoy nos ocupa.

Precisa tal y como lo relata la procuradora que guardó silencio en esa oportunidad frente al auto que resolvió las solicitudes probatorias, no por omisión, sino porque conoce la metodología usada por el Juez de instancia, pues también ha sido una práctica realizada por otros juzgados y por esto solicita al Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal, que mantenga la decisión del señor Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia,, pues dio claridad el día de hoy de la forma en la que efectuó el decreto probatorio y considera que si es posible realizarse una aclaración o corrección a una sentencia, como no va a ser posible hacer la aclaración en un auto, y con ello considera que el Juez no se está inmiscuyendo.

DEFENSOR de FREY LEON RODRIGUEZ

Considera que la decisión adoptada por el Juez de instancia es una decisión que tiene recursos porque es ilegal, porque el Juez esta decretando una prueba de oficio.

Afirma que el acto realizado por la Judicatura, es un acto de parte pues el Fiscal pidió y no se concedió, y ahora se concede algo que no se pidió por la negligencia de la Fiscalía, porque omitió, omitió solicitarle al Juez que aclarara el auto mediante el cual resolvió las solicitudes de inadmisión, rechazo o exclusión, y además porque no hizo uso de los recursos ordinarios con los que contaba.

Relata que el Fiscal indicó tener claro lo sucedido, que el entendió el auto de decreto probatorio, cuando al inicio de la audiencia manifestó no conocer cuáles fueron los testigos decretados.

Refiere que, en este caso, el Juez le subsana el error el Fiscal, y con ello se transgredieron las garantías de la defensa, pues pretende que declare un testigo que no fue decretado, y prueba de ello es que, en el audio de la audiencia del 16 de diciembre de 2019, no se dijo que se admitían los tres testigos que pretendían declarar el día de hoy-

Refiere el defensor que no es aceptable lo dicho por el Juez, respecto a que mencionó en el auto precitado que se decretaba conforme a la Jurisprudencia, y que al haber adoptado una clausula general se entendían contenido allí esos testigos, y que ello no es decretar.

Señala que el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, prescribe que es deber del Juez decretar las pruebas solicitadas; no se dice que guarde silencio, y que con ello se entienden decretadas; y que a su vez el artículo 359 del mismo estatuto procesal, prescribe el deber del Juez de motivar las pruebas que rechazara, inadmitirá, o excluirá, porque son susceptibles de recurso, y refiere no entender porque el Juez en este caso decretó gran cantidad de evidencia, pero excluyó, inadmitió y rechazó otras pero cuando decretó, decretó expresamente los testigos que acudirían al Juicio oral, y que no fueron atacados por la defensa, pero cuando llegó a estos tres testigos olvidó manifestar si los decretaba o no, y de ello debía estar atento el señor Fiscal, y no lo hizo, con lo que convalido el error.

No entiende como puede interpretarse el silencio del Juez como un decreto de pruebas?

Finalmente reitera, que esta decisión es ilegal y por ello tiene recursos, y en consecuencia se debe revocar íntegramente y en su lugar no se permita escuchar estos tres testigos que no fueron decretados.

DEFENSOR DE GLORIA ASTRID PARRA COMO NO RECURRENTE

Lo primero a lo que se refiere es si procede o no el recurso ante la emisión de una orden por parte del Juez mediante la cual decreta unos testigos. Y para ello indica que, en una audiencia en escenario normal, si se decreta una prueba no es procedente recurso de alzada, pero hoy atípicamente ha sucedido algo que hace que procede el recurso de apelación en este caso, pero cuando una decisión de un Juez, viola garantías fundamentales y derechos fundamentales tan ostensible como en este caso, es procedente el recurso, independiente de si es o no una orden.

Señala que lo sucedido en este acaso es una omisión que se ha querido desdibujar llamándola de otra manera y queriendo arreglar lo que no se puede arreglar, diciendo que si hubo decreto probatorio cuando no lo hay. Lo extraordinario y por lo cual procede el recurso es que hay un Juez de la Republica decretando prueba en un escenario que no es, en juicio y no estamos ante

una prueba sobreviniente, que sería la procedente. Acá lo que ha pasado es que un Juez le está enderezando el camino al Fiscal convalidando una omisión con otra. La omisión del Juez con la omisión del Fiscal y hoy en el juicio dice se decreta.

Lo que es atípico e inusual es que estamos en juicio, y hay un Juez decretando prueba de oficio, por lo que es procedente Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal, se pronuncie de fondo ante la flagrante violación al derecho al debido proceso probatorio antes de acudir a la nulidad se están agotando recursos, pues con la actuación del Juez hoy hay un sorprendimiento a la defensa.

DEFENSA DE BEATRIZ HERNANDEZ PACUAR COMO NO RECURRENTE

Refiere que la decisión tomada por el señor Juez, afecta el debido proceso, las garantías procesales, por lo que depreca la revocatoria del auto recurrido.

APODERADO VICTIMAS COMO NO RECURRENTE

Por principio de taxatividad refiere que no es procedente ese mecanismo de oposición. Por ello, solicitó no se diera trámite de recurso apelación.

MINISTERIO PÚBLICO COMO NO RECURRENTE

Si bien el juez no tenía que argumentar frente a las pruebas solicitadas y no tuvieron opción si tenía que hacer un auto en el cual debía indicar cuáles eran las pruebas a decretar, por ello hay una falencia, una omisión de indicar esas solicitudes probatorias, por ello hay una nulidad desde ese momento y se pasó por alto por las partes. Por ello encuentro ajustado a derecho el recurso Interpuesto.

Considera que no está bien lo dicho por el juez, y el fiscal respecto a que se debía de interpretar el auto de decreto probatorio. La falta de claridad en el auto del 16 de dic de 2019, que fue extenso resultó ambigua.

Momento de proferirse la decisión de decreto probatorio por parte del despacho y que, al no haberse solicitado la aclaración o la apelación del caso, no puede permitirse escucharse un testigo no decretado. Si bien no existía la obligación de fundamentar, si tenía la obligación de decretar. Por ello no se opone a la interposición del recurso de apelación y solicita que se revoque la decisión proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Seria del caso entrar a determinar si es procedente la interposición del recurso de apelación en contra el auto proferido por el Juez de instancia, mediante el cual ordenó la práctica del testimonio de DARIO CARVAJAL RUEDA, ello por cuanto el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, indicó estar emitiendo una orden, respecto de la cual claramente no procedería recurso alguno, situación que también se predica respecto al auto que decreta pruebas.

Lo primero que hay que indicar es que evidencia esta Magistratura, una flagrante vulneración al debido proceso al interior de esta actuación, al no encontrar auto de decreto probatorio, se tiene que la audiencia preparatoria se inició el 10 de mayo de 2018, y ante los continuos aplazamientos culminó el 16 de diciembre de 2019, pudiendo constatarse que en dicha oportunidad el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, ante las varias solicitudes de inadmisión, rechazo y exclusión probatoria deprecadas por la bancada de la defensa y en igual sentido por la Fiscalía, dispuso la emisión de un auto interlocutorio No. 025 del 16 de diciembre de 2019, encaminado a resolver dichos pedimentos, olvidando realizar un decreto organizado de la prueba que en efecto se practicaría al interior del juicio oral, nótese como en esa oportunidad si bien decretó algunos testimonios lo hizo por cuanto respecto a ellos verso oposición, pero respecto a los que no existió controversia alguna, constituyendo ello una omisión insoslayable, pues la normatividad procesal penal es clara en esbozar a la luz del artículo

357 del Código de Procedimiento Penal, que el Juez tiene el deber de decretar la práctica probatoria, y ello no se hizo en el caso de marras.

No se encuentra asidero alguno a lo argumentado por el Juez de instancia en la audiencia del 16 de abril del presente año, en la cual ordena la práctica del testimonio del señor DARIO CARVAJAL RUEDA, indicando que si bien no efectuó en la audiencia preparatoria un decreto expreso de los medios de prueba que se practicarían en la audiencia de Juicio Oral, lo realizó a haciendo uso de una clausula general, debiendo las partes entender del auto fechado el 16 de diciembre de 2019, que al no pronunciarse respecto a los demás medios probatorios respecto a los cuales no había existido oposición alguna, era por cuanto se debían entender decretados, incumpliendo con ello la normatividad penal.

Respecto a la dinámica de la Audiencia Preparatoria, refiere la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal lo siguiente:

“La Ley 906 de 2004 se encuadra dentro de una perspectiva acusatoria, regida, entre otros, por el principio adversarial, en la cual se reclama respeto integral por las posibilidades de contradicción y controversia, en el denominado «proceso de partes». Bajo esta perspectiva, el legislador dispuso en los artículos 356, 357, 358, 359, 360 y 362 del referido compendio normativo, un procedimiento de depuración probatoria que debe llevarse a cabo en la audiencia preparatoria, en el cual las partes (Fiscalía y defensa) e intervinientes procesales (Ministerio Público y víctima) a más de dirigir sus solicitudes a la admisión de las evidencias que pretenden sean se sometidas a contradicción en la audiencia de juicio oral, peticionan la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de las postuladas por su contradictor, en este último evento, ya sea por considerarlas impertinentes, inútiles, repetitivas o por estar encaminadas a probar hechos notorios¹. En este contexto de debate dialéctico, los roles de quienes intervienen en audiencia preparatoria estarán plenamente definidos; así, la Fiscalía peticionará la práctica de las pruebas que estén dirigidas a sustentar la acusación y la necesidad de la pena; las víctimas las que conduzcan a demostrar la responsabilidad penal del acusado² y, excepcionalmente, el Ministerio Público, solicitará la práctica de aquellas que no habiendo sido requeridas por las partes, pudieran tener esencial influencia en el resultado del juicio. Por su parte, la defensa solicitará se

admitan las evidencias que confutan las allegadas por el acusador y, por ende, confirman su inocencia o atenúen su situación jurídica. Así, entonces, el ritual de la audiencia se desarrollará entre la solicitud de pruebas que hagan las partes en orden a demostrar sus pretensiones; las cuales deben reunir tres exigencias para considerárseles admisibles: (i) que se refieran directa o indirectamente a los hechos de la acusación – pertinencia-; (ii) que se requieran para el juicio oral – utilidad- , y (iii) resulten legalmente obtenidas o recolectadas. Esa carga argumentativa que se le impone cumplir a las partes procesales, con el fin de que sean acogidas sus peticiones probatorias por el funcionario judicial, cumple una doble función en esta fase de la actuación, pues a más de poner en evidencia la estrategia defensiva de la contraparte, en procura de que ejerza su derecho a controvertir, posibilita que el funcionario judicial, ante esa breve exposición fáctica que contienen las alegaciones, determine o establezca los hechos a probar y el material probatorio a practicar, los cuales constituyen los insumos necesarios para proferir la decisión que delimitará el objeto del juicio oral, esto es, el auto de decreto de pruebas. Para comprender la trascendencia de esa determinación en el proceso penal, resulta importante resolver el siguiente cuestionamiento: ¿Qué significa la admisión de evidencias para juicio oral? En orden a dar una respuesta plausible a dicho interrogante es necesario establecer el papel que se le asigna al juez en un sistema acusatorio. Al respecto, basta señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, mediante los cuales se implementó el sistema penal acusatorio en Colombia, consagran principios implícitos que determinan el rol del juez como un tercero imparcial, tales como la separación categórica de funciones de acusación y juzgamiento³ y la prohibición del decreto oficioso de la prueba (artículo 361 del C.P.P.) Así, entonces, a esa controversia que libran las partes procesales en audiencia preparatoria debe dársele fin a través de una decisión emitida por quien, despojado de iniciativa probatoria en el nuevo esquema procesal⁴, tenga la condición de árbitro⁵ de la contienda, esto es, el Juez de Conocimiento; pues es éste el llamado a determinar con imparcialidad, pero sobre todo, de forma clara, precisa e inequívoca cuáles de las evidencias solicitadas por la Fiscalía, el acusado, la víctima⁶ y, excepcionalmente, el Ministerio Público cumplen con los requisitos de conducencia, pertinencia y licitud para ser admitidas o, en su defecto, rechazadas o excluidas. Conforme a lo anteriormente expuesto, es posible concluir que el ejercicio cabal del derecho a controvertir las pretensiones probatorias de la contraparte cumple su propósito cuando el funcionario judicial determina de manera inequívoca aquello que va ser objeto de conocimiento en el juicio oral, mediante el proferimiento de un auto de decreto de pruebas, en el que se señale cuáles de los medios que pretenden

introducir las partes e intervinientes procesales al debate oral son admitidos, cuáles rechazados y excluidos¹.”

De la jurisprudencia antes citada, colige que es deber del Juez de conocimiento proferir el decreto probatorio de manera clara, expresa y precisa, ello en procura de salvaguardar las garantías procesales de las partes, en punto a delimitar el debate probatorio, y con ello garantizar el derecho de defensa y contradicción de las partes, pues al conocer expresamente que testigos acudirán al Juicio y sobre qué tema en concreto versara su dicho, y así mismo que otros medios probatorios se recepcionaran en la vista pública, y con ello preparar la estrategia defensiva, o la pretensión de condena por parte del Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación.

Así las cosas, encuentra eco la Judicatura en lo dicho no solo por la togada recurrente en que lo ocurrido, violenta garantías procesales y derechos fundamentales de los procesados, al haberse decretado por parte del Juez la práctica de un testimonio que no fue objeto de decreto probatorio, al igual que de los dichos de los no recurrentes quienes mostraron su descontento con la actuación desplegada por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, que contraría el equilibrio procesal, al favorecer a la Fiscalía con medios de prueba no decretados.

En consecuencia, no otra decisión deberá tomarse que la de decretarse la nulidad del auto No. 025 del 16 de diciembre de 2019, por cuanto en el mismo el Juez de conocimiento como ya se indicó no hizo pronunció de manera clara, expresa y precisa respecto a los medios de prueba decretados siendo ese su deber en cumplimiento al mandato del artículo 357 del Estatuto Procesal Penal, por tal razón, se deberá retrotraer la actuación justo hasta ese momento, para que el Juez proceda a pronunciarse en debida forma, esto es, realizando un auto organizado de cuál será la prueba decretada para cada una de las partes, para lo cual deberá analizar la pertinencia y conducencia

¹ Auto interlocutorio No.AP5911 de 2015 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, del 8 de octubre de 2015. M.P.

solicitada respecto de cada medio probatorio, pronunciándose a su vez de las oposiciones que fueron presentadas en su momento.

Proyecto discutido y aprobado por medios virtuales.

En mérito y razón de lo expuesto la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: Decretar la nulidad de la presente actuación a partir del momento en el que el Juez se pronuncia respecto al decreto probatorio en la audiencia preparatoria, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído, para que el Juez proceda a pronunciarse en debida forma, esto es, realizando un auto organizado de cuál será la prueba decretada para cada una de las partes, para lo cual deberá analizar la pertinencia y conducencia solicitada respecto de cada medio probatorio, pronunciándose a su vez de las oposiciones que fueron presentadas en su momento.

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

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
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior 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:
52e56286992f96d726a47f00cf87c9841cb2d9d5021af021a0d7f09d683f3d3c
Documento generado en 10/08/2021 05:38:30 p. m.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050002204000202100448 **NI:** 2021-1160-6
Accionante: WILDER RÍOS RODRÍGUEZ
Accionados: JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS
DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO (ANTIOQUIA) Y EL ESTABLECIMIENTO
PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PUERTO TRIUNFO (ANTIOQUIA)
Decisión: Niega
Aprobado Acta No: 132 de agosto 11 del 2021
Sala No: 6

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, agosto once del año dos mil veintiuno

VISTOS

Procede esta Corporación a resolver la acción de tutela que interpone el señor Wilder Ríos Rodríguez, reclamando la protección de sus derechos fundamentales que en su sentir le vienen siendo vulnerados por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia).

LA DEMANDA

Manifiesta el señor Wilder Ríos Rodríguez en su escaso escrito tutelar, que apeló ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario una negativa de libertad condicional hace 3 meses atrás, cuestiona que el despacho encausado solo le dio trámite al recurso en el mes de junio, encontrándose a la expectativa de una solución.

Argumentó, además, que el motivo de disenso se basó en que el despacho judicial omitió reconocerle lo establecido en el artículo 144 del Código Penitenciario y Carcelario.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 30 de julio de la presente anualidad, se dispuso la notificación al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia) y al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo (Antioquia).

El Dr. Benigno Robinson Ríos Ochoa Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia) por medio de oficio número 0410 del 2 de agosto de 2021, manifestó que el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia por medio de la providencia calendada el día 12 de diciembre del 2018 condenó al señor Ríos Rodríguez a la pena principal de 50 meses de prisión por los delitos de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico, o porte de estupefacientes.

Asevera que halló en la carpeta del actor, solicitud de libertad condicional la cual fue atendida por medio del auto número 926 del 2 de agosto del año en curso, negándose la misma por falta de documentación.

Posteriormente y con el fin de aclarar los hechos manifestados por el señor Wilder Ríos Rodríguez en el escrito de tutela, se requirió nuevamente al despacho judicial demandado, así las cosas, por medio de oficio número 0440 del día 6 de agosto de 2021, respondió al requerimiento reiterando que por medio del auto interlocutorio número 926 del 2 de agosto de 2021 negó la libertad condicional presentada por el accionante.

Señaló que el día 3 de agosto de 2021 por medio de los autos interlocutorios N° 927 y 928, redimió pena y concedió la libertad por pena cumplida al señor Wilder Ríos a partir del día 5 de agosto de 2021. Que conforme a las labores

de notificación se remitió el despacho comisorio número 683 junto a la boleta de libertad 042 con destino al Centro Penitenciario de Puerto Triunfo. Que en el auto aludido, instó al Inpec para que no remitieran documentación para el trámite de libertad condicional por carencia actual de objeto.

Nada expresó sobre el presunto recurso de apelación interpuesto por el señor Ríos Rodríguez, ni tampoco adjuntó las solicitudes por él presentadas, en las condiciones que fue requerido.

Adjunta a la respuesta copia del auto número 926 del día 2 de agosto de 2021, por medio del cual niega la libertad condicional, junto a la copia del despacho comisorio número 0682 y el oficio 0409 dirigió al director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo.

CONSIDERACIONES

Competencia

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

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el señor Wilder Ríos Rodríguez, solicitó se amparen en su favor sus derechos fundamentales, presuntamente conculcados por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), al omitir darle trámite al recurso de apelación interpuesto en contra del auto que negó la libertad condicional.

Naturaleza de la acción

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

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

Así mismo, se ha reiterado que este mecanismo sólo tiene cabida en ausencia de otra vía judicial de defensa apta para proteger los derechos violentados o colocados en peligro, o cuando existiendo no sea eficaz al punto de enfrentar a la persona a un perjuicio irremediable.

Del caso en concreto

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

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda

el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

En este caso señala el interno Wilder Ríos Rodríguez, que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, omitió darle trámite al recurso de apelación interpuesto en contra del auto que negó la libertad condicional.

Respecto al motivo de disenso del actor, que es frente al recurso de apelación presentado ante la negativa de solicitud de libertad condicional, a la cual presuntamente no se le ha dado trámite, frente a este tópico el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario manifestó que por medio del auto interlocutorio número 0926 del 2 de agosto de 2021 le negó la solicitud de libertad condicional a su vez que requirió documentación relacionada al centro penitenciario donde se encuentra detenido el actor. Posteriormente, en respuesta a un nuevo requerimiento señaló que por medio de los autos N° 927 y 928 del 3 de agosto de 2021 se redimió pena y se le concedió la libertad por pena cumplida al señor Ríos Rodríguez.

Así las cosas y ante la acusación que efectúa el actor, en cuanto a que el juzgado encausado omitió darle trámite a un recurso de apelación interpuesto ante la negativa de libertad condicional, no existen pruebas suficientes que denoten que efectivamente el actor hubiese recurrido tal determinación y a su vez de que el juzgado hubiese omitido darle trámite al mismo, pues no adjuntó a la solicitud de amparo prueba alguna de la presentación del recurso.

En relación al tema que nos ocupa la atención en esta oportunidad, la Corte Constitucional en sentencia T-571/15, señaló lo siguiente:

...” Si bien uno de los rasgos características de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que: “el juez tiene el deber

de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso”.^[14]

En igual sentido, ha manifestado que: “un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.”^[15] *Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.”*

De ahí que deba arribarse a la conclusión de que, en materia de acciones constitucionales, aquel que active el mecanismo constitucional, debe demostrar al menos de manera sumaria la vulneración de uno de sus derechos fundamentales, aportando los elementos probatorios que denoten lo acaecido.

Si bien, pregoná el accionante la protección a sus derechos fundamentales a interponer los recursos de ley en contra de las decisiones judiciales, este no se probó, pues no existe evidencia de que el mismo se hubiese recurrido, ni de la existencia del proveído 3 meses atrás que negara dicho beneficio liberatorio, pues solo queda claro que el día 2 de agosto de 2021 por medio de auto 926 el despacho demandado se pronunció sobre la solicitud de libertad condicional, negando la misma por falta de documentación.

Recuérdese además, que promedio del auto interlocutorio número 928 del día 3 de agosto se le concedió la libertad por pena cumplida, lo que denota que sería improductivo pronunciarse respecto al beneficio reclamado por medio de esta acción de tutela, por lo que perdería entonces eficacia dar una orden

en tal sentido. Para probar lo anterior el despacho demandado remitió copia del auto interlocutorio N° 927 y 928 del 3 de agosto de 2021.

Se tiene información que en el despacho del Dr. René Molina Cárdenas Magistrado de esta Sala, se tramitó acción de tutela radicada con el número interno 2021-1165-5 presentada por el señor Ríos Rodríguez, una vez analizada la solicitud de amparo se tiene que el tema a desatar dentro de esa acción constitucional es frente a la protección al derecho de petición, relacionada a una solicitud de libertad por pena cumplida incoada ante el juzgado demandado, por lo que aunque concomitante con esta acción se refiere a una petición diversa que fue precisamente la que el juzgado de instancia menciona se resolvió en días pasados y no hace tres meses que es la que menciona el accionante en el escrito que dio origen a esta acción.

En consecuencia, itera la Sala no se percibe vulneración a los derechos fundamentales incoados por el señor Wilder Ríos Rodríguez, por ende, no queda más que NEGAR las pretensiones de la presente solicitud de amparo. Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: SE NIEGA el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Wilder Ríos Rodríguez, en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia); de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Se desvincula del presente trámite al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo (Antioquia).

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

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior 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:
0232ce06415b1f0471cde1a9adeeb073425db196c8c7fbd1ba37bb37bd9d796e

Documento generado en 11/08/2021 10:47:02 AM