

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



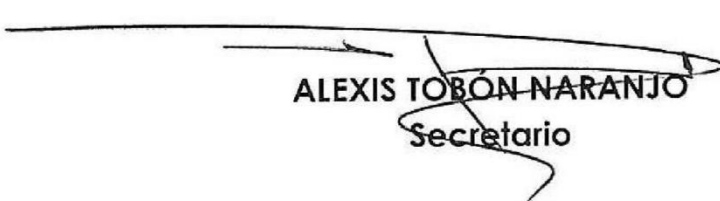
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 161

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
2021-1265-1	Tutela 2º instancia	JHONATAN COBOS CASTRO	GRAN COLOMBIA GOLD SEGOVIA Y OTROS	Revoca sentencia de 1º instancia	Septiembre 13 de 2021
2021-1361-2	Tutela 1º instancia	CARLOS MARIO ACUÑA ARAGÓN	Juzgado 1º de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia y o	Concede derechos invocados	Septiembre 14 de 2021
2020-0847-2	Sentencia 2º instancia	Concierto para delinquir agravado	DAVID SANTIAGO GRANDA HENAO	Modifica sentencia de 1º instancia	Septiembre 14 de 2021
2021-1386-3	Tutela 1º instancia	William Antonio Palacio Becerra	Juzgado 23 Penal Municipal Conocimiento de Medellín y o	Niega por hecho superado	Septiembre 15 de 2021
2021-0337-3	Auto ley 906	extorsión tentada	Johanna Milena Álzate López	concede recurso de casación	Septiembre 15 de 2021
2021-1295-3	Auto ley 906	acceso carnal con menor de 14 años	Ramón Enrique David Corrales	confirma auto de 1º instancia	Septiembre 15 de 2021
2019-0122-4	Sentencia 2º instancia	violencia contra servidor publico	Miller Farley Arroyave Vélez.	Confirma sentencia de 1º instancia	Septiembre 15 de 2021
2021-0178-4	Auto ley 906	falsa denuncia	Rodrigo de Jesús Osorno Osorno	Revoca auto de 1º instancia	Septiembre 15 de 2021
2021-1392-5	Tutela 1º instancia	Nelson Enrique Henao Gallego	Juzgado 2º de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia	Niega por improcedente	Septiembre 15 de 2021
2021-1419-5	Consulta a desacato	Rubén Antonio Quintero García	Alianza Medellín Antioquia EPS-S SAS	revoca sanción impuesta	Septiembre 15 de 2021
2021-1370-6	Tutela 1º instancia	FEDERICO CALDERÓN DUARTE	Juzgado 1º Penal del Circuito de Rionegro Antioquia y o	Rechaza solicitud	septiembre 16 de 2021
2021-1321-6	Sentencia 2º instancia	Actos sexuales con menor de 14 años	Luis Eduardo Madrigal Alzate	Confirma sentencia de 1º instancia	Septiembre 15 de 2021

FIJADO, HOY 16 DE SEPTIEMBRE DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 121

PROCESO : 2021-1265-1 (05736-31-89-001-2021-00161)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JHONATAN COBOS CASTRO
ACCIONADO : GRAN COLOMBIA GOLD SEGOVIA Y OTROS
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Representante Legal Judicial de GRAN COLOMBIA GOLD SEGOVIA SUCURSAL COLOMBIA en contra de la sentencia del 09 de agosto 2021 emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, mediante la cual concedió al señor JHONATAN COBOS CASTRO el amparo solicitado por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

Al trámite constitucional se vinculó al Ministerio del Trabajo.

LA DEMANDA

En síntesis, manifiesta el señor JHONATAN COBOS CASTRO que laboró como técnico de mantenimiento en Gran Colombia Gold Segovia Sucursal Colombia desde el día 19/05/2020 hasta el 05/04/2021, con contrato a término fijo de un año, pero aduce que por sus problemas de salud, la empresa decide terminar el contrato de manera unilateral y sin justa causa, el día 5 de abril de 2021.

Señala que presenta una hernia de tipo umbilical y problemas con el manguito rotador, patologías diagnosticadas en el examen de egreso realizado el 8 de abril del presente año por el médico de salud ocupacional, quien lo remitió a la EPS para su valoración médica, en donde luego de los exámenes correspondientes se arrojó como resultado “*hernia umbilical y síndrome del manguito rotatorio*”.

Afirma que su núcleo familiar depende económicamente de él y que los servicios de salud los debe sufragar de manera particular porque se encuentra desafiliado al sistema de salud por la terminación del contrato laboral.

Aduce que la empresa debió solicitar el respectivo permiso a las autoridades competentes para dar por terminado su vínculo laboral, en atención a las diferentes patologías de salud que presenta, motivo por el cual considera que tiene derecho a gozar de la estabilidad laboral reforzada.

Por lo anterior, solicita se amparen sus derechos y se ordene el reintegro sin solución de continuidad al mismo cargo u otro de

superior jerarquía que el que venía desempeñando al momento del despido, la cancelación de los salarios y prestaciones legales y convencionales, aportes a la Seguridad Social, que se causaron desde el momento del despido hasta que se haga efectivo el reintegro y se conceda la indemnización contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

LAS RESPUESTAS

1. La empresa GRAN COLOMBIA GOLD SEGOVIA SUCURSAL COLOMBIA por medio de un apoderado del representante legal indicó que efectivamente existió un contrato de trabajo suscrito a término fijo, que tuvo la duración mencionada, pero no es cierto que terminara por presuntos problemas de salud, ya que el accionante no tenía una afectación en su salud que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares o inclusive no fue notificada así fuera de forma sumaria, nunca manifestó la imposibilidad o molestias para trabajar, ni mucho menos se generan incapacidades.

Señala que nunca fue reubicado, ni manifestó molestias o dificultades para desempeñar el cargo como técnico de mantenimiento; nunca contó con restricción ni recomendaciones médicas; nunca estuvo incapacitado; no venía en tratamiento o tenía citas médicas pendientes; no tenía una calificación de invalidez o porcentaje de pérdida de la capacidad laboral; no se encontraba en proceso de recuperación médica; no tenía

patologías declaradas y no se encontraba en proceso de investigación de origen de una enfermedad.

Explica que la finalización del contrato no obedeció a una causa de enfermedad y que no se dio por terminado desconociendo los derechos fundamentales del accionante porque la empresa antes de llevar a cabo cualquier terminación de contrato verifica que no tenga un estado de salud que pudiera determinar la existencia de una debilidad manifiesta. Establece que la entidad dio uso de la potestad legal de terminación sin justa causa, asumiendo el correspondiente pago de la indemnización legal, aportando como constancia la liquidación.

Aduce que de conformidad con la historia clínica aportada por el accionante algunas patologías son de origen común, nunca fueron reportadas por el trabajador y no representaron restricciones o dificultades para que pudiera desempeñar su cargo.

Indica que de acuerdo con consulta de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, el accionante se encuentra al 28/07/2021 en estado activo por emergencia, por lo que el accionante continúa vinculado al régimen contributivo en salud, bajo dicha modalidad.

Manifiesta que no se ha demostrado una real causa de discriminación y no se ha probado que el accionante al momento de la terminación se encontraba en estado de indefensión o en un tratamiento para la recuperación de una dolencia o enfermedad, hecho que en últimas será un Juez Laboral en la instancia

ordinaria quien deberá emitir si hubo o no causa lícita de terminación de contrato. Por lo que la acción de tutela se torna improcedente por existir otro medio de defensa.

En consecuencia, concluye que el actor no contaba con el fuero de estabilidad laboral reforzada por motivos de salud por el cual fuera necesario solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo. Por lo que solicita se declare improcedente la acción de tutela en contra de la entidad.

2. - El Ministerio del trabajo por medio del Director Territorial de Antioquia indicó que no le consta lo manifestado por el accionante y que estén siendo vulnerados los derechos fundamentales invocados por parte de la empresa accionada.

Expone que el Ministerio de Trabajo por mandato de la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad, estableció la protección constitucional a la estabilidad laboral, preceptúan lo concerniente a la prohibición de discriminación laboral de la persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad debido a condiciones de salud y la obligación del empleador de solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo para la correspondiente desvinculación, cuando la situación de salud del trabajador se haya demostrado incompatible con el cargo a desempeñar, cuando exista justa causa para desvinculación o cuando haya causal objetiva, como sería, la terminación de la obra o labor

contratada, para que el empleador realice el procedimiento de solicitud de autorización de despido del trabajador.

Agregó que esa Cartera Ministerial no puede determinar la legalidad o ilegalidad de la conducta desplegada por el empleador, cuando toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral con un trabajador que esgrime causales que se encuentran incluidas en el grupo de personas con el fuero de estabilidad laboral reforzada, sin el permiso del Ministerio de Trabajo, solo un Juez de la República sería el competente para definir el conflicto.

Informó que revisadas las bases de datos de la Coordinación Grupo de Atención al Ciudadano y trámites del Ministerio de Trabajo-Dirección Territorial de Antioquia de los años 2019, 2020 y lo que va del 2021, no aparece solicitud de la Empresa Grand Gold Segovia Sucursal Colombia, para que le fuera autorizada la terminación de la relación laboral con el señor Jonathan Cobos Castro.

Concluye indicando que la entidad no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, ya que no tiene competencia para dirimir controversias que tengan que ver con la interpretación de la norma y no es ni ha sido empleadora del accionante, por lo que no existió un vínculo laboral entre el tutelante y la entidad, lo que da lugar a que haya ausencia por acción u omisión de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juez de Primera Instancia expuso que a la empresa accionada no le era exigible acudir al Inspector de Trabajo con el fin de solicitar autorización para culminar el vínculo laboral, debido al desconocimiento del estado de salud del trabajador por los padecimientos de hernia umbilical y síndrome de manguito rotatorio y tampoco podría atribuírsele la sanción prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Citando la sentencia T-118 de 2019 que establece la procedencia de la protección de la estabilidad laboral reforzada cuando aunque el empleador no conozca las afecciones de salud del trabajador, se requiera garantizar la continuidad en la prestación de los servicios médicos que se estiman imprescindibles para continuar con el tratamiento de una enfermedad y la eficacia del principio de solidaridad para adoptar determinadas conductas de auxilio y colaboración frente al empleado

Procedió el juez a declarar procedente la acción de tutela promovida por el señor JHONATAN COBOS CASTRO y concedió el amparo a la estabilidad laboral reforzada como mecanismo para transitorio para evitar un perjuicio irremediable y ordenó a la Empresa Gran Colombia Gold Segovia Sucursal Colombia que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo procediera a reintegrar al actor a un empleo bajo la misma modalidad contractual, en iguales o mejores condiciones al que ejerció hasta el momento de su desvinculación y las funciones

laborales que se le asignen deberán ser compatibles con su actual condición de salud, ordenando a la accionada a restablecer la afiliación al Sistema General de Seguridad Social.

Advirtió al accionante que los efectos de esa sentencia se mantendrían únicamente mientras las autoridades judiciales competentes deciden en forma definitiva sobre su solicitud, para lo cual debería interponer la demanda correspondiente dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de notificación del fallo. Si vencido ese plazo sin que se promueva la acción judicial correspondiente, expirarán los efectos de la decisión.

LA IMPUGNACIÓN

La empresa GRAN COLOMBIA GOLD SEGOVIA SUCURSAL COLOMBIA por medio de un apoderado del representante legal sostuvo que el juez de instancia no realizó un examen riguroso del estado de salud del actor al momento de la terminación, pues dichos padecimientos no tuvieron un impacto en la pérdida de la capacidad laboral o debilidad manifiesta, descartándose el supuesto desconocimiento al fuero de enfermedad previsto en la Ley 361 de 1997 y la empresa no tenía conocimiento de algún problema de salud que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Insistió en que no existe un modo de terminación del contrato de trabajo por razones de enfermedad, sino que su desvinculación

obedeció a una causa legal, agregó que el accionante no demostró el nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y su padecimiento, pues no hay relación de causalidad entre los hechos argumentados y un supuesto perjuicio inminente, que tampoco fue probado, aclarando que el accionante tenía una afiliación activa por emergencia tal como fue verificado en la ADRES y por el que continuaría recibiendo atención médica por parte de su EPS, sin que fuera necesario que se diera una nueva afiliación por parte de la empresa.

Indicó que de los documentos médicos aportados no se puede aseverar que el accionante se encuentra en situación de debilidad manifiesta o discapacidad y no se está frente a una pérdida de capacidad laboral permanente, no se puede concluir que sus problemas de salud fueran la decadencia de un padecimiento crónico que lo ubican en la categoría de persona con discapacidad, en consecuencia no opera la presunción de discriminación de personas con discapacidad, ni era obligatorio para la empresa que solicitarán a la oficina de trabajo la autorización para terminar el contrato de trabajo, ya que la decisión obedeció a una determinación empresarial objetiva sustentada en la legislación laboral vigente.

Adujo que el juez de tutela no puede imponer cargas excesivas y desproporcionadas cuando no sea certificado una real causa de discriminación, pues la terminación recae en un fundamento legal, el actor tenía afiliación activa por lo cual recibió atención médica y es el Juez Laboral en la instancia ordinaria es quien deberá emitir si hubo o no causa lícita de terminación del contrato.

En consecuencia solicitó se revoque la decisión proferida por parte del Juzgado Promiscuo Del Circuito De Segovia, mediante la cual se concedió amparo al señor JHONATAN COBOS CASTRO, y en su lugar, se deniegue el amparo, se declare la improcedencia de la tutela y sean retrotraídos íntegramente los efectos del fallo de primera instancia: 1) por no existir vulneración de Derecho alguno por parte de la empresa; 2) porque no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable del accionante; y, 3) porque corresponde a la Justicia Laboral Ordinaria, decidir sobre las peticiones del Accionante.

CONSIDERACIONES

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

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

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

En el presente caso, tenemos que el señor JHONATAN COBOS CASTRO señaló que mediante contrato laboral a término fijo de 6 meses estuvo vinculado como técnico de mantenimiento con la empresa Gran Colombia Gold Segovia Sucursal Colombia, iniciando labores el 19/05/2020, contrato que fue prorrogado por un lapso igual hasta el 19 de mayo del presente año, sin embargo el día 5 de abril de 2021 el empleador decidió dar por terminada su relación laboral de manera unilateral, considerando el actor que dicha situación se dio debido a sus padecimientos de salud, motivo por el cual solicitó se procederá al reintegro en el mismo

cargo o en uno de superior jerarquía al que venía desempeñando, se procediera a la cancelación de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el retiro, cancelen los aportes al sistema integral de Seguridad Social y conceda la sanción por concepto de indemnización correspondiente.

Es así como, el accionante pretende por esta vía constitucional solicitar que Gran Colombia Gold proceda a su reintegro al mismo cargo o a otro de superior jerarquía del que venía desempeñando al momento del despido y se le cancelen los salarios prestaciones sociales, aportes a la Seguridad Social e indemnización, ante la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.”¹

Es de anotar, que obra en el trámite constitucional contrato

¹ Sentencia T-625 de 2000

individual de trabajo a término fijo inferior a un año, concretamente a 6 meses, con fecha de iniciación de labores del 19/05/2020 para desempeñar la labor de técnico de mantenimiento empresa gran Colombia Gold; carta del 5 de abril del presente año mediante la cual la empresa da por terminado el contrato a partir de esa fecha, y carta mediante la cual se faculta para la posibilidad de realizar los exámenes médicos de retiro, Concepto Médico Ocupacional del 08/04/2021 por médico laboral de egreso en la cual se hacen dos observaciones, correspondiente a episodios de artralgias de hombro desde hace 2 años por origen común y a una masa pequeña supra umbilical, recomendando la realización de ecografía para aclarar el diagnóstico, examen médico del 15/05/2020 en el cual no se reportó ningún tipo de enfermedad por parte del accionante, el 19 de mayo el accionante se realiza ecografía de tejidos blandos de abdomen y pelvis, dando como resultado hernia umbilical.

Del material probatorio que obra en el trámite constitucional no fue posible establecer con certeza que la empresa accionada había conocido, previa terminación del contrato de trabajo con el señor Jhonatan Cobos Castro, el estado de salud del mismo. Igualmente, se advierte que no fue posible inferir que las patologías o afecciones del accionante hubiesen dificultado el desarrollo normal de sus laborales al interior de la empresa.

Es de anotar, que únicamente la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable y la vulneración de un derecho fundamental haría posible tramitar la petición de tutela para proteger transitoriamente los derechos del señor JHONATAN COBOS CASTRO, pero el

mismo no se observa en este caso, pues del análisis de las pruebas allegadas no se infiere la existencia de la consecuencia dañina irremediable, que pudiera evitarse con el ejercicio transitorio de esta acción.

Esta Corporación, considera que la Entidad accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales que se aducen, en tanto se desprende del escrito tutelar, la documentación anexa y las respuestas incorporadas, que no se acreditó que la empresa gran Colombia Gold Segovia sucursal Colombia tenía conocimiento de las enfermedades que padecía el actor o hubiese sido informada de la misma y el accionante no se encontraba incapacitado con lo que no le era exigible solicitar al Inspector del trabajo autorización para dar por terminado el contrato laboral.

En consecuencia, en el presente caso no se encuentran configurados los requisitos de procedibilidad de esta acción constitucional que habiliten su estudio excepcional, pues la parte actora cuenta con otros medios de defensa establecidos en la ley para demandar su pretensión. Así mismo, se advierte que no es la acción de tutela el instrumento adecuado por el cual se pueda entrar a ordenar el reintegro, pago de salarios, y de acreencias laborales dejadas de percibir, así como con la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por cuanto ello debe definirse en el marco del respectivo proceso ordinario laboral, por lo que se insiste no es un tema constitucional.

En resumen, es clara la improcedencia de la acción de tutela por dos razones: la primera porque no se vislumbra un perjuicio

irremediable que amerite la intervención del juez constitucional en el asunto por las razones que se anotaron en precedencia; y la segunda en lo atinente con la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo, pues la protección reclamada se puede lograr por vía de los mecanismos ordinarios de defensa, como lo es acudir al correspondiente proceso laboral, que además no se acreditó que siquiera se hubiese intentado acudir a dicha vía.

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

La acción constitucional es un mecanismo subsidiario, residual y cautelar que no puede sustituir los mecanismos judiciales ordinarios en cabeza de su juez natural y establecidos por el legislador, advirtiéndose además que uno de los problemas jurídicos no es de índole constitucional, teniendo en cuenta que el actor reclama adicionalmente derechos de contenido económico, mediante los cuales busca el pago de los salarios y prestaciones

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

sociales dejados de percibir y la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de ahí que la acción constitucional no es el medio idóneo para resolver el problema suscitado.

Es de anotar, que analizada la sentencia T- 118 de 2019 que invocó el Juzgado de Primera Instancia para conceder el amparo, se pudo advertir que el máximo Tribunal Constitucional revocó las decisiones de primera y segunda instancia y concedió el amparo y la estabilidad laboral reforzada y ordenando en consecuencia el reintegro, respecto del caso de la señora Claudia Alejandra Rojas Palacio al existir dudas sobre cómo finalizó el vínculo laboral, la sala optó por brindarle una protección transitoria debido a que padecía una enfermedad catastrófica que implicaba la realización de una serie de tratamientos médicos impostergables y la correspondiente afiliación en el sistema de salud. De otro lado, en relación con el caso del señor Evaristo Conde frente al cual se pudo advertir que para el momento del retiro tenía vigente una incapacidad médica y se encontraba en estado de discapacidad toda vez que ya había sido calificada con una PCL tanto por la ARL Positiva como por la Junta Regional de Invalidez de Bogotá, debido a un accidente laboral que tuvo en la empresa mientras desempeñaba sus labores por lo que igualmente ordenó el reintegro y la consecuente vinculación al régimen de Seguridad Social. Como se puede advertir son casos que no se pueden equiparar a la situación plantea en el escrito tutelar del caso estudio.

En ese orden de ideas, se revocará la decisión de primera

instancia.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia y en su lugar declara improcedente la acción de tutela instaurada por las razones ya expuestas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

1902812fb91972a4cb189dd48ac76b3faf0395b597a9d59e860b0
001680413fb

Documento generado en 14/09/2021 05:24:42 p. m.

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



Radicado: 050002204000202100518
No. interno: 2021-1361-2
Accionante: CARLOS MARIO ACUÑA ARAGÓN
Accionado: JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN
DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD
DE EL SANTUARIO Y OTROS
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No.043
Decisión: Se concede

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

Aprobado según acta Nro. 079

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción

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.

constitucional de tutela incoada por el señor CARLOS MARIO ACUÑA ARAGÓN en contra del JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA por estimar vulnerado el derecho fundamental de petición.

A la presente acción constitucional se vinculó por pasiva, a JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA, en tanto que se puede verse afectado con las resultas del presente proceso constitucional.

2.- HECHOS

Manifiesta el accionante que, el 17 de agosto solicitó con documentación completa, la prisión domiciliaria, pues considera cumple los requisitos para ello, no obstante, a la fecha de interposición del presente amparo, no ha recibido respuesta.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta del **Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, Doctor Benigno Robinson Ríos Ochoa**, en la que advierte que, revisado el libro radicator y sistematizado de actuaciones internas adoptados por esa oficina judicial, se estableció que ese

despacho no conoce, ni ha conocido del proceso penal alguno adelantado en contra del libelista, en vista de lo cual no puede pregonarse conculcación a derecho fundamental alguno.

A es esta actuación, se vinculó al **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario**, recibiendo respuesta por parte de la regente de este despacho, la doctora LUISA FERNANDA VALENCIA CARDONA, en la que informa:

(...)

1. "El señor **CARLOS MARIO ACUÑA ARAGÓN**, descuenta pena de CINCUENTA y CUATRO (54) MESES DE PRISIÓN impuesta el día 10 de octubre de 2020 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá-Valle del Cauca, luego de ser hallado penalmente responsable de la comisión del delito FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIO, PARTES O MUNICIONES. Actualmente descuenta la sanción impuesta en la CPMS de Puerto Triunfo-Antioquia, ubicada en el corregimiento de Doradal.
2. El pasado 6 de julio de 2021, mediante correo electrónico identificado como candes84@hotmail.com, el apoderado judicial del señor CARLOS MARIO ACUÑA ARAGÓN, presentó solicitud de prisión domiciliaria de que trata el art. 38G del C.P., en favor de su prohijado, misma que le fuera denegada mediante auto 2455 del 27 de julio, tras la no acreditación del requisito objetivo, esto es, el descuento del monto exigido.
3. Posteriormente, el día 23 de agosto de 2021 fue recibido ante este despacho correo electrónico de ariaspaulasecretariadservis@gmail.com (el que claramente no pertenece a los institucionalizados de la rama judicial), por medio del cual se eleva, en favor del sentenciado CARLOS MARIO ACUÑA ARAGÓN, solicitud de prisión domiciliaria; no obstante, advirtiendo que el pedimiento, en primer lugar, no proviene del correo electrónico validado por el apoderado judicial, además, se presume tampoco es arribado por el

justiciado en tanto éste se encuentra privado de la libertad en la CPMS de Puerto Triunfo, (donde se prohíbe la utilización de cualquier tipo de artefacto electrónico), sumado a que por parte del Director del Penal se ha indicado la no existencia de conductos virtuales con los cuales cuenten los internos para elevar solicitudes ante los despachos judiciales, más que a través del área de jurídica, correspondencia y a través del defensor público; por esto, procedió este Juzgado, a rechazar, a través de la misma vía electrónica, lo solicitado, en tanto que se desconoce la proveniencia del email, y por tal, la legitimación de quien hace uso para actuar en esta causa.

- 4. Empero, una vez más advirtió esta oficina judicial, conforme a los anexos adjuntos por el (la) petente, que también se ha elevado senda solicitud en favor del sentenciado, a través del correo electrónico cawivasquezjuridico@gmail.com, de quien se conoció ya, como procedo a informar en línea siguiente, se trata de un interno del penal, que ha venido haciendo uso irregular e ilegal de medios de comunicación no autorizados, siendo ya alertado por parte de este despacho, en numerosas ocasiones, de la no procedencia de las solicitudes por el realizadas en nombre de demás ciudadanos, tras no constituirse como sujeto procesal al interior de las causas ajenas a la suya. Pese a ello, el prementado encartado continua con su comportamiento, acudiendo ya no directamente ante esta célula de la judicatura, sino, sino ante los jueces constitucionales, tal y como sucedió en el presente caso.*
- 5. Para su conocimiento señor (a) Juez de Tutela, y a efectos de constatar la figura de Agencia Oficiosa en la actuación constitucional repartida a su despacho, es del caso poner en conocimiento que desde hace algún tiempo, esta oficina judicial, viene evidenciando que el privado de la libertad CARLOS VÁSQUEZ -mediante correo electrónico cawivasquezjuridico@gmail.com-, ha sido reiterativo en presentar, desde la CPMS de esta localidad, solicitudes en nombre de los demás internos, siendo el también uno de ellos. Así pues, que esta Judicatura se dio a la tarea de indagar con la Dirección de este Penal, si con ocasión de la pandemia se*

implementaron salas de internet a fin de que los privados de la libertad realizaran solicitudes a las distintas autoridades judiciales.

6. *El día 28 de julio de 2021, mediante correo electrónico, el área de jurídica del penal, nos informa: "por medio del presente me permito informarle por este medio y de manera urgente, que esta CPMS de Puerto Triunfo-Antioquia, no adoptó medidas como salas de internet para los privados de la libertad eleven por correo electrónico solicitudes ante los Despachos judiciales".*
7. *Adicionalmente, el Director del Establecimiento, mediante oficio CPMSPTE-AJUR-DP-132 ha señalado que, en virtud de que los celulares son elementos prohibidos, así como las labores del litigio al interior del penal, se han efectuado operativos de registro y control al interior de la celda de CARLOS VÁSQUEZ, siendo cambiado de patio además de solicitarse su traslado a otro establecimiento penitenciario.*
8. *Señor (a) Juez de Tutela, ruego considerar que esta servidora, en momento alguno, ha vulnerado el derecho de petición de los internos, menos aun de quien se suscribe como accionante al interior de la presente acción, pues bien, no resulta claro que haya sido él mismo quien hubiere presentado el escrito en virtud de las circunstancias que ya fueron narradas. Sabe perfectamente los sentenciado que, al interior del penal cuentan con los medios idóneos para canalizar las solicitudes ante este despacho, y cuentan con los canales correctos para ello, tal cual es a través del área Jurídica, a través del defensor público, o bien, como es en el presente caso, a través de su apoderado judicial. Información que incluso siempre ofrece esta judicatura cada que se rechaza una petición por presentar las mismas características advertidas.*
9. *Corolario, considera el despacho que se ha actuado conforme a derecho y para lo pertinente se adjunta respuesta emitida por la CMPS frente al requerimiento efectuado por esta Judicatura y copia de la solicitud que fuera allegada este despacho vía correo electrónico, con su respectivo acervo documental y respuesta emitida por esta judicatura..."*

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 Carlos Mario Acuña Aragón, al no haberse resuelto su solicitud fechada del 17 de agosto de 2021, por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia, a través de la cual solicitó la prisión domiciliaria.

Previo a dar respuesta al problema jurídico propuesto, en punto de la legitimación en la causa por activa como presupuesto para emitir una sentencia de fondo y de cara a la manifestación del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y medidas de seguridad de El Santuario, Antioquia, en la que señala la existencia de un interno de la CPMS de Puerto Triunfo, Antioquia, que presenta

de manera irregular peticiones y acciones de tutela a nombre de otros internos, señalando este amparo como uno de ellos, la Sala a través de la Magistrada Sustanciadora requirió a la Cárcel y Penitenciaría de Mediana Seguridad de Puerto Triunfo, Antioquia, a efectos de verificar si el interno CARLOS MARIO ACUÑA ARAGÓN fue la persona que impetró el presente amparo constitucional; recibiendo vía correo electrónico respuesta de jurídica.epcpuertotriunfo@inpec.gov.co, un archivo que contiene la copia del auto que admite la presente acción y en él, la manifestación a mano alzada del señor Acuña Aragón en la que aduce ser la persona que presentó esta acción de tutela, plasmando su firma y su huella.

Aclarado lo anterior, debe advertirse que 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.

Si bien el accionante invoca la vulneración del derecho fundamental de petición, cierto es, que la solicitud elevada ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, en la que requiere se conceda la prisión domiciliaria —al considerar que cumple con los requisitos para tal instituto—, se encuentra enmarcada dentro del derecho de postulación, que hace parte integral del derecho fundamental al debido proceso²:

(...)

“... la acción constitucional impetrada, invoca la protección de su derecho constitucional de petición, a pesar de haber hecho una solicitud en el marco de un procedimiento de naturaleza judicial. Al respecto se debe indicar que, tal y como lo ha decantado la jurisprudencia de esta Corte³, cuando se elevan solicitudes en el marco de un proceso judicial, éstas no deben ser entendidas como el ejercicio del derecho fundamental de petición, sino del derecho de postulación, que hace parte integral del derecho fundamental al debido proceso. Por eso, los jueces y magistrados que encargados de resolver las solicitudes que se presenten al interior del trámite judicial no están sujetos a los términos generales que están previstos para la solución de las peticiones, sino a los términos especiales establecidos en las leyes procesales para el efecto.

En punto de las peticiones elevadas al interior de un proceso judicial, indicó la Corte Constitucional en Sentencia T- 394-2018, lo siguiente:

²Ver STP2513-2021, Rad. 114243

³ Ver, por ejemplo, STP10593-2020, rad. 112480.

“El derecho de petición ante autoridades judiciales – Reiteración jurisprudencial

5.1. A partir de la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el núcleo y alcance del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, se ha establecido que este tiene dos dimensiones fundamentales: la primera implica la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas, y la segunda comprende el derecho a tener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo a las peticiones presentadas^[35].

De esta forma, dicha garantía fundamental refiere a la posibilidad de las personas de elevar peticiones respetuosas ante las autoridades, las cuales deben ser resueltas de manera pronta y oportuna. Este deber se extiende a las autoridades judiciales, quienes se encuentran obligadas a resolver las solicitudes de los peticionarios en los términos prescritos por la Ley y la Constitución para tal efecto.^[36]

5.2. Ahora bien, en lo que respecta al derecho de petición ante autoridades judiciales, esta Corporación ha precisado sus alcances al manifestar que si bien es cierto que el derecho de petición puede ejercerse ante los jueces y en consecuencia estos se encuentran en la obligación de tramitar y responder las solicitudes que se les presenten,^[37] también lo es que *“el juez o magistrado que conduce un proceso judicial está sometido -como también las partes y los intervinientes- a las reglas del mismo, fijadas por la ley, lo que significa que las disposiciones legales contempladas para las actuaciones administrativas no son necesariamente las mismas que debe observar el juez cuando le son presentadas peticiones relativas a puntos que habrán de ser resueltos en su oportunidad procesal y con arreglo a las normas propias de cada juicio”*.^[38]

En este sentido, la Corte ha sostenido que el alcance del derecho de petición encuentra limitaciones respecto de las peticiones presentadas frente a autoridades judiciales, toda vez que han de diferenciarse los tipos de solicitudes, las cuales pueden ser de dos clases: (i) las referidas a actuaciones estrictamente judiciales, que se encuentran reguladas en el procedimiento respectivo de cada juicio, debiéndose sujetar entonces la decisión a los términos y etapas procesales previstos para tal efecto; y (ii) aquellas peticiones que por ser ajenas al contenido mismo de la *litis* e impulsos procesales, deben ser atendidas por la autoridad judicial bajo las normas generales del derecho de petición que rigen la administración y,^[39] en especial, de la Ley 1755 de 2015^[40].

En este orden, la omisión del funcionario judicial en resolver las peticiones relacionadas a su actividad jurisdiccional según las formas propias del

proceso respectivo, configura una violación del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia^[41]. Por otro lado, la omisión de la autoridad jurisdiccional en resolver las peticiones formuladas en relación con los asuntos administrativos constituye una vulneración al derecho de petición^[42]." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO

Ahora, en punto del debido proceso en la **etapa de la vigilancia** de la pena, señaló la Corte constitucional en **sentencia T-753 de 2005:**

(...)

"Reglas que informan el debido proceso durante la etapa de ejecución de las sentencias penales.

3.1. *La ejecución es la última parte del procedimiento judicial, que tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva del tribunal competente. En atención a esta definición, la Corte Constitucional ha entendido que las garantías del proceso penal se extienden a la etapa de la ejecución de la sentencia. En este sentido, fue dispuesto en el fallo T- 388 de 2004^[11]:*

"(...) la ejecución de la pena no puede entenderse escindida del proceso penal que se siguió en contra de quien se encuentra privado de la libertad por existir una sentencia condenatoria en su contra, y cuyas garantías también se predicen del tiempo de la ejecución de la pena. La unidad del proceso presupone que los distintos actos que lo integran estén coordinados y concurren armoniosamente al fin del mismo, que es la efectividad de la ley sustancial, obviamente, mediante la observancia de los principios fundamentales del procedimiento^[2]".

En virtud de lo anterior, las reglas que informan el debido proceso establecidas en el artículo 29 de la Constitución Política, las disposiciones internacionales, los principios de la administración de justicia consagrados en la Ley 270 de 1996, "Ley Estatutaria de la Administración de Justicia" y aquellos que se encuentran vigentes en el procedimiento penal son parámetros a los cuales debe ceñirse la actuación de las autoridades judiciales durante el período de ejecución de las sentencias.

3.2. El derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política ha sido definido por la Corte Constitucional como “la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y crea las garantías de protección a los derechos de las personas, por lo que ninguna actuación de las autoridades públicas depende de su propio arbitrio”^[3]. En este orden de ideas, es deber de las autoridades sujetarse a los procedimientos previamente fijados y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la Ley.^[4]

Según fue explicado en la sentencia T-266 de 2005^[5], el derecho a un debido proceso comprende al menos las siguientes garantías:

“ (...) las garantías mínimas que este derecho consagra son: i) el derecho de acceso a la administración de justicia ante el Juez natural de la causa; ii) el derecho a que se le comunique aquellas actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una multa o sanción; iii) el derecho a expresar en forma libre las opiniones; iv) el derecho a contradecir pretensiones o excepciones propuestas; **v) el derecho a que los procesos se efectúen en un plazo razonable** y, vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra” (subrayado no original).

Tanto el principio del juez natural como el derecho de los ciudadanos a que el proceso se efectúe en un plano razonable se encuentran vigentes en tratados internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento colombiano en virtud del artículo 93 de la Constitución Política especialmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 8 y 25) sobre garantías judiciales y protección judicial, respectivamente.

En primer lugar, el derecho de acceso a la administración de justicia implica que existe un juez competente para decidir cada caso de acuerdo con criterios legales predeterminados por la ley. Es decir, que el ciudadano goza de certidumbre sobre la autoridad judicial y las competencias que le son atribuidas a la misma, con el objeto de que se pronuncie sobre su causa^[6].

En segundo lugar, los procesos deben ser desarrollados en un término razonable y sin dilaciones injustificadas. En armonía con este postulado, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia consagra el principio de celeridad y el principio de eficiencia en virtud de los cuales la administración de justicia debe ser pronta y cumplida^[7]. Igualmente, la diligencia con arreglo a la cual deben obrar las autoridades judiciales en el impulso de sus actuaciones fue incorporada en las normas rectoras del código de procedimiento penal en especial, el artículo 9 sobre actuación procesal, en virtud de la cual, la actividad procesal se desarrollará teniendo en cuenta “(...) la necesidad de lograr la eficacia de la

administración de justicia" y la previsión legal sobre celeridad y eficiencia (Art. 15 C.P.P.).

Asimismo, esta Corporación ha sostenido que el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas procura garantizar a las personas que acuden a la administración de justicia una protección en el ámbito temporal del trámite, bajo la idea de que justicia tardía no es justicia⁸¹. En consecuencia, una situación de procesamiento no puede ser indefinida so pena de afectar el derecho de acceso a la administración de justicia.

Considerando las directrices mencionadas, para la Sala es importante destacar que en una sociedad democrática, la lentitud de la administración de justicia coloca al ciudadano en un estado de indefensión que amenaza el ejercicio de sus derechos y por ende, aquellas acciones que extralimiten periodos de ejercicio procesal contradicen los propósitos del Estado de derecho..." NEGRILLAS NUETRAS

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del accionante está encaminada a que se le brinde respuesta a la solicitud fechada del 17 de agosto de 2021 a través de la cual solicitó la prisión domiciliaria aduciendo que, en la misma allegó los documentos requeridos para su concesión. Ante tal manifestación el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El santuario, Antioquia, aduce que, si bien recibió tal solicitud, dado que ésta proviene de un correo electrónico no institucional: ariaspaulasecretariadservis@gmail.com, y que: "no proviene del correo electrónico validado por el apoderado judicial, además, se presume tampoco es arribado por el justiciado en tanto éste se encuentra privado de la libertad en la CPMS de Puerto Triunfo, (donde se prohíbe la utilización de cualquier tipo de artefacto electrónico), sumado a que por parte del Director del Penal se ha indicado la no existencia de conductos virtuales con los cuales cuenten los internos para elevar solicitudes ante los despachos judiciales, más que a través del área de jurídica, correspondencia y a través del defensor público" procedió a **rechazar la solicitud**, a través de la misma vía electrónica, en tanto se desconoce la

proveniencia del email, y por tal, la legitimación de quien hace uso para actuar en esta causa.

Sumado a lo anterior, adujo el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El santuario, Antioquia, que, tanto la acción de tutela como los anexos allegados, provienen del correo electrónico cawivasquezjuridico@gmail.com, el cual han logrado identificar, es de un interno de nombre CARLOS VASQUEZ, quien hace un uso irregular de los medios de comunicación elevando peticiones nombre de otros internos, no solo ante ese despacho sino ante los jueces constitucionales, ello en razón a que en el CPMS de Puerto Triunfo no ha adoptado medidas como la implementación de salas de internet para realizar tales trámites, ni está permitido el uso de celulares y el litigio al interior del penal, por lo que ésta una situación reiterada, según información del CMPS de Puerto Triunfo, se han realizado operativos de registro y control en la celda de este interno, se le ha cambiado de patio y se solicitó su traslado a otro establecimiento penitenciario. Pese a lo anterior, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, no allegó constancia alguna que, de cuenta de tal situación al interior del penal, pues no obra en el plenario respuesta que en tal sentido haya emitido la Cárcel y Penitenciaría de Mediana Seguridad de Puerto Triunfo, Antioquia.

Bajo este panorama debe la Sala determinar si como lo advierte el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, el hecho de no “validarse” la

proveniencia de un correo electrónico a través del cual se realiza una solicitud a nombre de un interno, es suficiente para rechazar la misma, en tanto no es posible acreditar que quien hace tal solicitud, está legitimado para actuar en la causa.

Para dar respuesta al anterior interrogante, debemos remitirnos al Decretó 806 del 4 de junio de 2020 “*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional*”, que en su artículo segundo dispone:

“Artículo 2. Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Se deberán utilizar tecnologías de la información y de las comunicaciones en las gestión y trámite de los procesos judiciales y asuntos en curso, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, como también proteger a los servidores judiciales, como a los usuarios de este servicio público.

Se utilizarán los medios tecnológicos para todas las actuaciones, audiencias y diligencias y se permitirá a los sujetos procesales actuar en los procesos o trámites a través de los medios digitales disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades presenciales o similares, que no sean estrictamente necesarias. Por tanto, las actuaciones no requerirán de firmas manuscritas o digitales, presentaciones personales o autenticaciones adicionales, ni incorporarse o presentarse en medios físicos. (...) SUBRAYAS Y NEGRILLAS NUESTRAS.

De conformidad con la normatividad citada en precedencia, es claro para la Sala que en la actualidad, ante el estado de emergencia sanitaria por el coronavirus Covid-19 declarado mediante Resolución 385 de 2020, ahora prorrogado mediante Resolución 001315 del 27 de agosto de 2021 hasta el 30 de noviembre del corriente año, el uso de las tecnologías de la información es la principal herramienta de los usuarios del sistema judicial para acceder de manera pronta, segura y eficaz a la justicia, debiéndose eliminar cualquier barrera que impida al usuario acceder a ella, de suerte que, el exigir por parte de un despacho judicial que un determinado correo electrónico se **encuentre previamente convalidado** para determinar la legitimación en la causa de quien realiza una solicitud, a fin de determinar si se da trámite o se rechaza la misma, va en contravía de la citada normatividad, pues esto en modo alguno flexibiliza el acceso a la justicia, por el contrario, constituye una barrera para acceder a ella, en este caso, reclamada por una persona que se encuentra privada de la libertad, y quien requiere por parte del juez que vigila su pena, una respuesta pronta a su petición de prisión domiciliaria.

Ahora, si existe duda sobre la persona que impetra la solicitud vía correo electrónico, ante las anomalías señaladas por la entidad accionada, en la que advierte que aquellas que provienen del correo electrónico: cawivasquezjuridico@gmail.com, se realizan al interior del penal a través de otro interno sin estar legitimado para ello, la Judicatura tiene las herramientas para verificar si el interno

efectivamente elevó tal solicitud, lo cual se agotaría con el simple requerimiento que en ese sentido se eleve ante CPMS de Puerto Triunfo, pero en modo alguno, es admisible el rechazo de una solicitud por el hecho de que la misma no se haga a través de su defensor público o de confianza, o del área jurídica del establecimiento penitenciario, cuando la norma es clara en señalar que se debe evitar la exigencia o cumplimiento de “formalidades presenciales o **similares**”, entendiéndose por similar, la convalidación de un determinado correo electrónico para determinar su procedencia.

Así las cosas, es evidente que a la fecha el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, no ha resuelto la solicitud objeto del presente amparo, el cual se reitera, sí fue presentado por el accionante tal como consta en la manifestación que a mano alzada realiza el interno CARLOS MARIO ACUÑA ARAGON⁴, y ese sentido, es clara la vulneración al derecho fundamental del debido proceso por parte del citado despacho, siendo entonces necesario la concesión del amparo constitucional deprecado.

En consecuencia, se **ORDENARÁ** al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, que un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes contadas a partir de la notificación de esta sentencia, resuelva de

⁴ Ver en el Expediente digital, el archivo denominado: “confirmación presentación tutela.pdf”

fondo la solicitud de prisión domiciliaria elevada por el accionante el 17 de agosto de 2021.

Es de anotar que, en atención a lo esbozado por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, en punto del comportamiento al parecer irregular del interno CARLOS VÁSQUEZ al interior del CPMS de Puerto Triunfo, Antioquia, relacionada con la presentación de peticiones y acciones de tutela a nombre de otros internos a través del correo electrónico cawivasquezjuridico@gmail.com, se **INSTARÁ** al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, para que, en caso de advertirse por parte de los internos conductas que ameriten investigación penal o disciplinaria, proceda a compulsar las copias a efectos de que se inicie la respectiva investigación.

Finalmente, y al no tener la obligación legal de dar respuesta a la pretensión del actor constitucional, en tanto no tiene a su cargo, la vigilancia de la pena que actualmente purga el accionante, se desvinculará de esta acción de tutela al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia.

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: TUTELAR el derecho fundamental del debido proceso en favor del señor CARLOS MARIO ACUÑA ARAGÓN, vulnerado por el Juzgado Primero Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, que un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas siguientes contadas a partir de la notificación de esta sentencia, resuelva de fondo la solicitud de prisión domiciliaria elevada por el accionante el 17 de agosto de 2021.

TERCERO: se INSTA al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, para que, en caso de advertirse por parte de los internos de la Cárcel y Penitenciaría de Mediana Seguridad de Puerto Triunfo, Antioquia,

conductas que ameriten investigación penal o disciplinaria como la planteada en la parte motiva de esta decisión, proceda a compulsar las copias a efectos de que se inicie la respectiva investigación.

CUARTO. al no tener la obligación legal de dar respuesta a la pretensión del actor constitucional, en tanto no tiene a su cargo, la vigilancia de la pena que actualmente purga el accionante, se desvincula de esta acción de tutela al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia.

QUINTO: Infórmesele a las partes que esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. Una vez en firme esta providencia, 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:
f788787300a71e85aaa335913170d819dffd59526d90c7764906e8f9
a8b84e76

FALLO TUTELA 1º. INST. 2021-1361-2

ACCIONANTE: Carlos Mario Acuña Aragón

ACCIONADO: Juzgado Primero de Ejecución de
Y Medidas de Seguridad de El
Santuario, Antioquia y otro.

Documento generado en 14/09/2021 06:31:29 p. m.

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: 056796100000201800006
INTERNO: 2020-0847-2
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y
OTROS
ACUSADO: DAVID SANTIAGO GRANDA HENAO
DECISIÓN: CONFIRMA Y REVOCA

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

Aprobado según acta Nro. 078

1. ASUNTO

Concierne a la Corporación resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de confianza de DAVID SANTIAGO GRANDA HENAO, en contra de la sentencia emitida el 2 de septiembre de 2020 por el titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante la cual condenó al señor David Santiago Granda Henao, al hallarlo penalmente responsable en calidad de coautor de los punibles de concierto

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

para delinquir agravado, homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, partes o municiones.

2. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Fueron plasmados por el fallador de primer grado de la siguiente manera:

“Los hechos por los que se contrae la presente actuación, tuvieron su génesis el 05 de febrero de 2017 en la residencia ubicada en la Calle Santander No. 54-282, Barrio Guacas del Municipio de Santa Bárbara-Antioquia, a donde el hoy procesado DAVID SANTIAGO GRANDA HENAO llegó en una motocicleta en compañía de una tercera persona identificada según pesquisas criminales como KEVIN CARDONA, disparando dos armas de fuego calibre 0.38 mm y 0.9mm, en contra de la humanidad de quien en vida respondía al nombre de PEDRO PABLO PIEDRAHITA ECHEVERRI, ocasionándole la muerte en el acto. Homicidio que el acusado habría ejecutado al servicio de la organización delincriminal denominada LOS CARDONA, liderada por JOHNNY CARDONA, quien manejaba los hilos de la empresa criminal a través de su hijo KEVIN CARDONA y llamadas telefónicas a demás integrantes de rango inferior.”

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de la Pintada, el día 28 de agosto de 2018 , se legalizó la captura de David Santiago Granda Henao, se le formuló imputación por los hechos ya expuestos y por los reatos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego y municiones, en

calidad de coautor doloso, sin que aceptara los cargos enrostrados, y se le irrogó medida de aseguramiento consistente en detención penitenciaria.

Previa radicación del escrito de convocatoria a juicio, y luego de varios aplazamientos, el 28 de mayo de 2019 el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia celebró audiencia de formulación de acusación, en donde el delegado del órgano de instrucción presentó al inculcado los mismos cargos fácticos y jurídicos.

El día 10 de septiembre de 2019 tuvo ocurrencia la audiencia preparatoria. El juicio oral se desarrolló durante los días 3, 4, 5, 20 de febrero y 23 de abril de 2020, última calenda en que las partes expusieron sus alegatos de conclusión y el titular del Despacho emitió sentido condenatorio del fallo; Más adelante, el 2 de septiembre de la misma anualidad se dio lectura a la sentencia que ahora se examina en su legalidad, merced a que el representante judicial del procesado manifestó su inconformidad con lo allí decidido y con oportunidad hizo la sustentación.

4. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Inició el fallador de primer grado con la individualización del acusado, siguió haciendo un resumen de los hechos jurídicamente relevantes, luego memorando la actuación procesal surtida, reiterando los cargos de la acusación, y una síntesis de los alegatos de las partes e intervinientes en el juicio

oral, para adentrarse a las “consideraciones del despacho para resolver”, donde después de evocar normatividad legal aplicable para adelantar válidamente el ejercicio de valoración probatoria, se centró en la categoría del delito de la tipicidad que está probada, es decir, está verificado el concierto para delinquir agravado, pues probó la existencia de la organización “Los Cardona”, con el detallado testimonio de Fabio Nelson Duque Quirama, el investigador Luis Alberto Guzmán Sossa, y John Edison Cardona, jefe de la banda delincriminal. Como dato relevante para la concreción del punible en mención, puntualizó “No menos dejó de mencionar a Johnny Cardona quien era el líder de la organización, al hijo de Johnny Cardona de nombre Kevin, de quien su progenitor le indicaba “es el hijo mío y es uno de los mejores que tengo en la organización”, tanto así, que en la actualidad había reconocido varios homicidios; también refirió conocer a otro integrante con el nombre de DAVID, a quien distinguió en noviembre de 2017 en el municipio de La Pintada, cuando Johnny Cardona le ordenó asistir a una reunión convocada por aquél para que conociera los muchachos más buenos que tenía en la organización, reunión a la que estaban citados inicialmente GORDELIO, PINZÓN, DAVID, EL ARMERO y algunos finqueros y colaboradores de la organización, con quienes iba acordar el préstamo de inmuebles para los fines de la organización, pero, EL ARMERO ni los finqueros llegaron a tiempo, sin embargo GORDELIO, PISÓN y DAVID estuvieron, por lo que la reunión no duró más de quince minutos, tiempo en el cual se sintió incómodo y se fue. Señaló en sala de audiencias a la persona conocida con el nombre de DAVID, con quien se reunió en esa ocasión en La pintada, y para el registro manifestó ser DAVID SANTIAGO GRANDA HENAO (hoy procesado)”.

Refiere que si bien la defensa en su argumentación pretende sacar adelante la presunción de inocencia del procesado Granda Henao, trayendo a declarar en juicio oral al líder de la

organización criminal conocida como Los Cardona, quien señaló que no tenía ningún vínculo familiar con el procesado, ya que éste era sobrino de su ex mujer, lo conocía desde pequeño y no había tenido tampoco alguna relación con la organización, ya que ha sido una persona muy sana que no tiene capacidad para pertenecer al grupo criminal, se percibe como una declaración amañada, arreglada y acomodada por el testigo, observándose el interés por favorecer a David Santiago Granda, pues, si bien guarda coherencia con gran parte de la versión rendida por Fabio Nelson Duque Quirama, también lo es que, cuando de responder preguntas que puedan incriminar al procesado es evasivo, cambia la verdad, acomodando a los hechos circunstancias que desvían la realidad para proteger a quien en su momento era uno de los hombres de confianza y bueno para asesinar, además sobrino de su ex esposa.

Igualmente, Jhon Edison Cardona trató de desacreditar la declaración de Fabio Nelson Duque Quirama, indicando que era uno de los sicarios más de malas de la organización, ya que el 05 de marzo de 2018 un sobrino de Fabio Nelson le escribió por Messenger, diciéndole que tenía un tío acabado de salir de la cárcel que había pertenecido a las autodefensas y deseaba hacer parte de la empresa criminal, le dio el número de contacto y el 7 de mayo de 2018 lo llamó y le preguntó qué sabía hacer y este le dijo que le gustaba dar martillo, sicariar, a lo cual le respondió que si le servía se iba para La Pintada a hospedarse en una finca, le daban dotación y por cada trabajo recibía como remuneración la suma de dos millones de pesos y

fue así como el día 10 de ese mes y año el señor Fabio Nelson se dirigió a ese lugar, guiado por Doris alias "La Maravilla", privada de la libertad por hacer parte de la organización, lo recibió con una pistola CZ y chaleco antibalas, una caneca con armas que debía cuidar.

Que, para el domingo 15 de abril, llegó la hora de mostrar de que está hecho, envió a Gordelio para que le mostrara la zona donde iba a trabajar, señalar la casa del objetivo, ruta a seguir, le ofreció una motocicleta y dijo que no trabajaba así; sobre las 7:00 p.m. le dijeron que el objetivo estaba afuera de la casa, entonces Fabio Nelson salió con revolver y pistola, le dio de baja al objetivo y a las 10:00 p.m. le dijo misión cumplida, que casi se le vuela el objetivo, salió corriendo pero lo alcanzó, le dio varios cachazos y le disparó y lo mató, pero el 22 de mayo de 2018 en un operativo fue capturado en compañía de la señora Doris, con una Pistola CZ con 100 proveedores y el chaleco, sólo duro 2 meses en la organización.

El a-quo consideró que las atestaciones del señor Jhon Edison son parcialmente ciertas, por varios aspectos, entre los que estaban: primero porque Fabio Nelson dio cuenta de su conocimiento de la organización criminal desde el año 2009, cuando estaba a cargo de Omar Cardona, toda vez que Johnny no podía hacer frente porque se encontraba siendo investigado por acceso carnal violento, lo cual guarda coherencia con la versión del mismo Jhon Edison Cardona, quien manifestó que fue privado de la libertad en el año 2010 y sólo hasta el 2011 empezó a liderar el clan familiar; segundo, si

Fabio Nelson hubiera pertenecido a la organización criminal por espacio de apenas dos meses, donde únicamente perpetró un homicidio y cuidó una caneca con armamento, no habría tenido la oportunidad de conocer la historia del clan criminal, tal como que de la misma hizo parte la madre de Omar, Johnny y La Chiqui hace aproximadamente 15 o 20 años atrás, que cuando salió del país dejó la herencia criminal a sus descendientes, quienes habían vinculado a otros miembros de la familia, como esposas, sobrinos, tíos y cuñados, no de otra manera, sino por su permanencia durante más tiempo, la que le dio ese conocimiento del nombre y alias de los hermanos de Jhon Edison Cardona, tampoco hubiera conocido que Johnny era perseguido por la Justicia para los años 2009 y 2010; tercero, Fabio Nelson tuvo conocimiento de la cifra promedio del producido semanal y mensual del tráfico de sustancias estupefacientes, cómo, quién y cuándo se recogía el producto de la venta de estupefacientes; cuarto, tampoco hubiese tenido la posibilidad de conocer los integrantes de la organización como Gordelio, Pinzón, El Armero o Michael, Kevin el hijo de Johnny o David el sobrino de la esposa de Johnny, con quienes, según la versión de Jhon Edison Cardona, nunca tuvo contacto alguno, pues, siempre estuvo hospedado en la finca de Doris alias la Maravilla; quinto, tampoco tendría por qué haber coincidido en que las finanzas de la organización se enviaban para la ciudad de Medellín típico en el que Jhon Edison quiso desacreditar a Duque Quirama, indicando que el envío se hacía a través de un motociclista que nadie conocía y no por intermedio de un conductor de una volqueta, lo cual no resulta creíble, pues, si así hubiera sido, se habría detallado por

parte de Jhon Edison Cardona el nombre o alias de los supuestos coordinadores de zona que recaudaban el dinero del tráfico de estupefacientes, todo para no aceptar que Duque Quirama era el financiero a quien le había encomendado esa misión una vez se enteró que había salido de la cárcel.

Resulta cierto que a Fabio Nelson se le dio captura en una finca y allí portaba un arma de fuego, razón por la que fue aprehendido junto con una dama, eso no lo niega Fabio, solo que Johnny acomoda su versión, puesto que tiene un interés propio, y no es solo por el hoy procesado sobrino de su ex compañera sentimental, dejó entrever el jefe de la banda una mayor preocupación con las versión de Fabio Nelson, y es que sabe tanto de la organización, conoce tanto de la familia de Johnny, que hasta el mismo afirmó que era una persecución de las autoridades en contra de su familia, hermanos y hermanas, cuñados y cuñadas, etcétera, solo porque eran de su familia, cuando nada tuvieron que ver por políticas de la empresa criminal.

Enseguida acepta que su hijo Kevin ha admitido ante la justicia su participación material en varios homicidios, adicional a ello sostuvo que en Santa Bárbara no se movía un dedo sin que él lo ordenara, sin embargo, no supo explicar, o mejor fue evasivo, cuando se le preguntó, si él dominaba todo, si nada se hacía sino era previo a su consentimiento, por qué su hijo Kevin se dedicaba al sicariato en Santa Barbara, lo que atinó a responder fue, que él se relacionaba con los sicarios de la banda y éstos le contaban de los objetivos y él decidía tomar

las armas e ir a asesinarlo por sus propios medios, es decir, no explica cómo su hijo accedía a las armas, no explica por qué razón un objetivo que era propio de la organización resultaba ejecutándolo Kevin y tampoco explica con suficiente razón y lógica, por qué Kevin su hijo se relacionaba con los sicarios de la banda criminal, aspectos que para el juez de instancia dan por sentado la mendacidad del dicho de Johnny Cardona, falacias que tiene un propósito y es la de sacar bien librado de la investigación a David Santiago.

Refiere en lo atinente al testimonio de Olga Lucía Gómez Talero y la compañera sentimental del procesado, poco o nada aportan estas testigos, pues tan solo dieron cuenta que David Santiago no podía salir sino en el horario laboral de 08:00 a 17:00 horas, a una fábrica de velas de un primo suyo, toda vez que tenía privación de la libertad domiciliaria con brazalete; la segunda de las mentadas, incluso sostuvo que nunca salió de su residencia sino a cumplir citas de control médico.

Entró el juzgado después a estudiar, la estipulación en la que se da como hecho cierto las declaraciones previas de fecha 14 de agosto de 2017 y 30 de mayo de 2018 realizadas a Juan Carlos Ballesteros Rave y Luis Guillermo Silva Quintana, cuyo contenido fuera introducido en juicio únicamente en lo relacionado con los dichos de estas personas en esos interrogatorios que dieron cuenta de la responsabilidad penal de David Santiago Granda Henao en la muerte de Pedro Pablo Piedrahita, pero que, al mismo tiempo, logran comprometer su responsabilidad penal en la conducta punible de concierto para delinquir agravado, al

haberlo relacionado como integrante del clan criminal “Los Cardona”, fungiendo como sicario de la organización, que se encontraba en detención domiciliaria en Medellín vigilada por mecanismo de brazalete electrónico vigilado por el INPEC.

Insiste que el contenido de las declaraciones entradas como estipulación probatoria no fue objeto de controversia ni siquiera con testigos de descargo como Jhon Edison Cardona, quien reconoció a Luis Silva alias Nini, no como miembro de la organización, sino como amigo de infancia de su hijo Kevin, que le permitía tener información de algunos miembros del clan criminal, la cual terminó dando a personal de la SIJIN. Igualmente, reconoció que Juan Carlos Ballesteros Rave alias “matasiete” era uno de los sicarios preferidos de la organización, lo cual permite dar credibilidad a las declaraciones anteriores de estas dos personas que, si bien no son prueba incorporada en juicio, sirven como testimonios de referencia y corroboración frente a los dichos de Duque Quirama y el investigador Guzmán Sossa, es decir, ratifican que David Santiago Granda Henao, en efecto perteneció a la organización criminal liderada por Jhon Edison Cardona con la finalidad de cometer homicidios, lo cual se ha dado por probado durante el período de tiempo comprendido, por lo menos, desde el 05 de febrero de 2017 hasta el 15 de noviembre del mismo año, en el municipio de Santa Bárbara-Antioquia, siendo un comportamiento que refulge típico de Concierto para delinquir agravado (Art. 340-2 C.P.), pues no solo hizo parte de la facción criminal, sino también que la misma tenía fines de tráfico de estupefacientes, homicidios, lo que hace que dicha conducta se enmarque

dentro de ese tipo penal, el cual fue ejecutado con plena conciencia de su ilicitud, sin eximente de responsabilidad alguna, siendo clara la afectación al bien jurídico tutelado y por consiguiente, la antijuridicidad de su acción.

También analizó el juez de primera instancia, la materialidad de las conductas punibles de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego, quien de manera primigenia, detalla las estipulaciones probatorias suscritas entre las partes, para exponer los elementos materiales probatorios con los que las partes delimitaron el tema de prueba, al darse por probada la muerte violenta e injustificada causada con arma de fuego a Pedro Pablo Piedrahita Echeverri el 05 de febrero de 2017 en el municipio de Santa Bárbara-Antioquia, así como la plena identidad del procesado, quien para la época de los hechos tenía prisión domiciliaria vigilada con mecanismo electrónico del INPEC y no contaba con permiso para portar armas de fuego, partes o municiones.

Consecutivamente apreció la prueba arimada, guiando su examen con el testimonio de Fabio Nelson Duque Quirama, quien manifestó en juicio que una persona no vinculada a la organización al interior de la cárcel le contó que lo habían matado, porque al parecer la víctima había dañado una motocicleta de Kevin Cardona, o también, porque se había metido con la novia de Kevin Cardona, no le dijo en concreto por qué había sido, pero sí que Kevin lo había matado. De dicha versión se desprende que ese conocimiento obtenido por este testigo sobre la muerte del conocido pablo Piquete y que

en la misma participó Kevin Sneider hijo de Johnny Cardona, no deja de ser prueba de referencia, al punto que Fabio Nelson para la fecha del homicidio se encontraba privado de la libertad y por tanto no estuvo en el lugar del atentado contra la vida de quien hoy víctima en este proceso y por tal razón no puede ser testigo directo lo cual no admite discusión; sin embargo, al momento de ser escuchado en juicio el testimonio de Kevin Sneider Cardona Henao no solo admitió haber sido quien asesinó a Pedro Pablo Piedrahita por un problema que tuvo con él en días pasado, porque le tumbó su moto, palabras del testigo “por eso se murió” agregando que quien lo acompañó para cometer ese crimen fue alias Matasiete, compañero sentimental de alias “La mona” encargada de campanear la salida de la víctima del sector la Galería en Santa Bárbara donde se encontraba ese día, además fue la que prestó la pistola con la que le disparó a Pedro Pablo y con la que cometió otros 6 homicidios, conductas por las que se encuentra detenido.

Continuando con lo vertido por Fabio Nelson Duque, el testigo fue nítido en afirmar que, todos los homicidios ocurridos en Santa Bárbara estaban ligados con la organización liderada por Johnny Cardona, en tanto que en dicho pueblo no se hacía nada sin la orden de aquel, como es el caso de la orden para darle muerte a la señora Matilde porque estaba vendiendo droga de contrabando, el de alias “matasiete” exintegrante y sicario de la organización, conocido con el nombre de Carlos Ballesteros, quien estuvo encargado del control de la organización en La Pintada, y quien a su vez, cometió muchos

homicidios por órdenes impartidas por el líder de la organización criminal, quien a su vez fue asesinado por orden de aquel, lo cual es conocido por él no solo por su pertenencia a la organización sino porque sicarios de la cofradía criminal como alias Pinzón y Brayan, quienes le comentaron sobre la muerte de Matasiete, quién la ordenó y el móvil, también que Jhonny Cardona había ordenado la muerte de alias la Mona excompañera sentimental del mentado difunto, agregando que la Mona fue quien entregó a Matasiete llevándolo hasta Abejorral para ser asesinado.

Se cuenta con la declaración del investigador Luis Alberto Guzmán Sossa, quien señaló que una persona conocida como alias NINI, de nombre Luis Guillermo Silva Quintana, integrante de la organización Los Cardona, se acercó a la Unidad de Policía Judicial de Santa Bárbara en compañía de otra persona, quienes narraron tener información sobre dos homicidios que se iban a cometer en los próximos 8 o 15 días en Santa Bárbara, el primero de una persona que respondía al nombre de Pablito y era conocido como Pablo Piquetes, porque tenía problemas con Kevin el hijo del cabecilla de la organización criminal; el segundo, de un sujeto distinguido con el alias de papi, el profe o gasolino, porque estaba vendiendo estupefacientes de contrabando; homicidios que, en efecto se perpetraron, siendo el primero de ellos el dirigido contra piquete a los 8 o 10 días de haber recibido la información, y el del Profe uno o dos meses después, ambos en Santa Bárbara, de lo cual tiene conocimiento directo porque dirigió los actos urgentes y las inspecciones técnicas a cadáver.

Explicó el testigo que luego de recibir la información de alias NINI, ubicó a Pablo por medio de un teléfono de celular que le suministraron en el supermercado donde había trabajado, se reunió con él en la Estación de Policía, le preguntó si había tenido problemas graves para que lo quisieran asesinar y le respondió que no, solamente había tenido un inconveniente con Kevin, Johan y alias la Chiqui madre de Johan, que estos dos jóvenes le habían dicho que las cosas no se quedaban así, era algo personal, entonces le replicó diciendo que esos problemas podían generar peligro, le iban a dar protección, recomendándole que saliera de la municipalidad hasta que se calmara el problema, que no saliera en horas de la noche ni por ciertos lugares, pero las recomendaciones no funcionaron porque lo mataron el 5 de febrero de ese mismo año.

Refirió el deponente que la investigación estuvo inactiva, hasta aproximadamente el mes de mayo de 2018, cuando por orden de Carlos Eduardo Suárez de la Unidad Especial de Homicidios de Antioquia, solicitó la reactivación de la averiguación, en atención a que al aparecer un testigo tenía información relacionada con la muerte de Pablo Piquetes, el cual resultó ser Luis Guillermo Silva Quintana conocido con el alias de NINI exintegrante del grupo delincuencia "Los Cardona", a quien se le tomó interrogatorio, dando cuenta de varios homicidios, entre ellos el del plurimencionado apodado "pablo piquetes", manifestando que tuvo conocimiento que los responsables eran Kevin, hijo del cabecilla, un primo de éste de nombre David y Johan, los cuales fueron reconocidos fotográficamente, en un

álbum compuesto por 40 fotografías de personas mayores y menores de edad que habían sido reseñadas, investigadas o capturadas en Santa Bárbara.

Se contó con un álbum fotográfico complementado, según el testigo Guzmán Sossa por listado de personas a reconocer, con el número de la imagen correspondiente y el acta donde quedó plasmada la declaración hecha en el reconocimiento, en donde Luis Guillermo Silva Quintana alias NINI, el 01 de junio de 2018, señaló la fotografía No. 9 correspondiente a David Santiago Granda Henao, como la persona a quien se ha referido en declaraciones anteriores, distinguido como David primo de Kevin.

El mismo investigador, dio cuenta de otra actividad investigativa, consistente en la inspección de un proceso que llevaba la policía de antinarcóticos en contra de la organización criminal de Santa Bárbara, en coordinación con la Fiscalía 152 de Antinarcóticos dentro de la noticia criminal 050016000357201700016, donde se encontraron declaraciones de Alejandra Silva, hermana de NINI e informe de investigador de campo FPJ 8 del 18 de mayo de 2017, a las 14:40 horas, donde se consignaba transliteración de mensajes de WhatsApp de Alejandra hermana de NINI, a través de la línea celular 313 485 53 36, donde se comunicaba con Kevin, hijo de Johnny Cardona, portador del abonado 315 653 91 89 y hablaban según transliteración que esta persona le preguntaba a Kevin que si era cierto que él iba a matar a Pablo , luego del homicidio se habla entre Alejandra y Kevin por el mismo medio,

sobre la muerte de Pablo con quien estaba y cómo había sido, conversaciones que fueron leídas en su totalidad a viva voz por el investigador Guzmán Sossa.

De otro lado, el juzgador apunta que con los testimonios rendidos por Johnny Cardona y Kevin Sneider se supo que fue éste quien le dio muerte a Pedro Pablo Piedrahita, por un problema personal, no obstante, fue el jefe de la organización quien orquestó y ordenó su muerte, al punto que le dijo a su hijo Kevin que ese trabajo lo haría alias Matasiete sicario de la organización, lo que efectivamente así ocurrió, donde participó su hijo desobedeciéndole a él la orden de no participar en esos hechos; pero, es que no solamente Kevin participó en ese hecho homicida, su padre también expresó que había colaborado en otros diez asesinatos, lo cual fue ratificado por el mismo Kevin, cuando sostuvo estar sancionado por el Juez de infancia y adolescencia por 7 hechos homicidas, entre ellos, el perpetrado contra Pedro Pablo, y otro contra alias La mona, compañera sentimental de alias Matasiete y quien le prestó la pistola con la que disparó contra Pedro Piquete y a otras seis víctimas; sin embargo, al interrogarse por las razones de haberle dado muerte a alias La mona si era su amiga y le había suministrado el arma para cometer los homicidios, le pasó la información sobre los movimientos de Pedro Pablo horas antes de darle muerte, negándose a contestar básicamente porque no estaba preparado para la coartada, como sí lo estaba para defender a su primo hoy procesado para sacarlo del lío jurídico en el que se encuentra en estos momentos, es más, alias Matasiete no participó en la muerte de Pedro Pablo, tal como

quedó evidenciado con la prueba de referencia (declaración anterior de Luis Guillermo Silva Quintana alias Nini), pues fueron dos de los autores del crimen Kevin y Johan quienes por mensajes de WhatsApp le contaron cómo y quienes le habían causado la muerte a Pedro Piquete, mencionando también a David como uno de los autores.

Resultó también extraño para el juez que, Kevin hijo de Johnny, residenciado toda su vida en esa municipalidad, relacionado con los sicarios de la organización como Matasiete, La Mona, entre otros, sabe que su padre está privado de la libertad, pero desconoce por qué delito, desconociendo también la existencia de estructura o banda criminal, situación de conocimiento público en esa provincia, todo lo cual apunta al ánimo de ese par de testigos en favorecer al hoy procesado, no solo por ser compañero de empresa criminal de ambos, sino por la cercanía y parentesco para con el procesado.

Precisó que la presente causa cuenta con prueba directa y de corroboración, también indiciaria que da cuenta, que en el Municipio de Santa Bárbara (Ant.) operaba una organización criminal, entre el año 2009 y 2018, dedicada al tráfico de estupefacientes, que para lograr el monopolio de esa actividad ilícita se llegaron a cometer un sin número de delitos de homicidios con el fin de tomar posesión de las plazas de vicios y de esa forma el monopolio del tráfico de estupefacientes. Se supo que quien tenía el poderío y monopolio de esa actividad ilícita era la conocida familia Cardona, empezando por la madre de quien hoy es el jefe de dicha organización, y no es

solo por la prueba aportada por la fiscalía sino reafirmada por la prueba de la defensa, el mismo jefe de la organización, Johnny Cardona, sin tapujos y sin vergüenza, contó en juicio, quien por demás es el padre de Kevin Sneider Cardona uno de los autores confesos del Homicidio de Pedro Pablo Piedrahita Echeverri, que él le prestó los sicarios de la organización como lo era Matasiete para que hiciera realidad la muerte de Pedro piquete.

Si bien Luis Guillermo Silva Quintana alias Nini no estuvo en el lugar de los hechos, si es claro que Johan y Kevin por mensajes de WhatsApp le contaron detalles sobre la muerte causada a Pedro Pablo, entre otras que los autores habían sido los dos mencionados y David, esta última persona vista en Santa Bárbara junto con Kevin horas antes de la muerte de Pedro Pablo, lo cual deja claro el indicio de presencia de David Santiago en el lugar de los hechos, Municipio de Santa Bárbara y no en Medellín donde debía estar purgando o cumplimiento con la prisión domiciliaria.

Lo vertido en la entrevista del señor Luis Guillermo Silva Quintana da mayor credibilidad cuando se refirió a aspectos puntuales como que David tenía brazalete del INPEC y subía a realizar los homicidios y se devolvía rápido para Medellín, lugar donde residía, datos que obtuvo de Kevin su primo cuando se lo presentó, por eso lo reconoció y tuvo la capacidad de reconocer en el banco de imágenes puesto de presente por los investigadores, señalándolo sin duda alguna de qué persona se trataba, no de otra manera Luis Guillermo hubiera obtenido información tan concreta frente a David Santiago, información

que resulta coherente con lo dicho por Fabio Nelson Duque Quirama, pero en este evento no fue Kevin quien le dio esa información, sino su jefe Johnny Cardona, en todo caso, Fabio Nelson Duque Quirama y Luis Guillermo, no solo dieron a conocer que David al que se refieren no solo tenía brazalete sino que vivía en Medellín, que subía momentáneamente a Santa Bárbara a cometer homicidios y se regresaba prontamente a su lugar de residencia, sino que fue referenciado por Johnny Cardona a Fabio Nelson y por Kevin a Luis Guillermo, como bueno para matar y cometer “los cacaos” términos en los que se refirió Kevin para contarle a Luis Guillermo con más detalle su actividad, de ahí que, con estas dos pruebas, originado ese conocimiento de que David Santiago tenía brazalete el INPEC, lo cual resulta reafirmado con la estipulación probatoria entre las partes, queda corroborado que se trata del procesado y no de otro DAVID.

Además, lo más importante, es que la fuente de la prueba fue diferente, pues lo mismo que dijo Fabio Nelson lo ratifica Luis Guillermo, sin embargo al primero se lo dijo Jhonny Cardona para referirse a Fabio que tenía un hombre muy bueno para matar lo mismo que su hijo Kevin y que con estas dos personas no se debía entender para el pago de nómina ya que de eso se encargaría él; el segundo, la fuente fue Kevin hijo del jefe máximo de la banda Los Cardona, por eso la claridad de la prueba que da certeza, conjuntamente que al pertenecer a la organización criminal, surge el indicio de capacidad para delinquir, aspectos por demás suficientes para llamarlo a juicio, de ahí la contundencia de la condena.

5. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

El defensor del acusado, luego de relacionar los fundamentos del recurso de alzada, enlistar lo que se probó mediante la figura procesal de las estipulaciones probatorias, el análisis de la prueba testimonial, discernir sobre las premisas jurídicas, para al final solicitar la absolución de su defendido, al demostrar su inocencia con la fuerza de sus argumentos.

Indica el recurrente que el juez a quo, debió apreciar las estipulaciones probatorias en conjunto con las demás pruebas que hayan sido aportadas, para fundamentar la convicción sobre la ocurrencia del delito y la responsabilidad de la persona acusada, o descartarlas al proferir la sentencia que en derecho corresponda lo que en este caso no ocurrió y por el contrario se confirmaron cada una de ellas en la decisión del Juez de primera instancia, como sería la estipulación número 3, la cual fue debidamente soportada con el oficio del 30 de julio de 2019 suscrito por el comandante de vigilancia del centro de reclusión penitenciario y carcelario virtual del Inpec, lo que se puede verificar en la página 39 de la sentencia motivo de discusión jurídica.

Afirma que las estipulaciones tienen la vocación de convertirse en fundamento probatorio en la sentencia y para la estipulación número 3 como hecho probado daba por sentado que su prohijado estaba en prisión domiciliaria ya que sería físicamente imposible que una persona esté en 2 lugares al mismo tiempo,

además porque no se demostró por parte de quien tiene la carga de la prueba, que su prohijado hubiera evadido la domiciliaria y mucho menos le iniciaran proceso para revocarle la medida por el incumplimiento a aquellos compromisos que se realizan ante el juzgado de conocimiento o de ejecución de penas.

Bajo ese entendido, tiene mayor soporte el principio de buena fe y presunción de inocencia, al cumplir su prohijado a cabalidad con los compromisos adquiridos para el beneficio de la prisión domiciliaria y con el mecanismo de brazaletes el cual lo hace más vulnerable, especialmente porque nunca fue detenido portando el brazaletes y evadiendo su domiciliaria al desplazarse a un municipio retirado de la ciudad de Medellín donde se tienen retenes constantes de policía y otros miembros de la fuerza pública y lo que es más notable, no se cuenta con un solo arresto en el municipio de Santa Barbara a pesar de sus entradas constantes al municipio, para presuntamente cometer hechos ilícitos. Entonces, en sentir, como la estipulación es confusa, defectuosa, imprecisa, lo que afecta el derecho de defensa y el debido proceso, la actuación debe anularse a partir de la audiencia de preparatoria, al encontrarse violación a garantías fundamentales, de conformidad con el artículo 457 C.P.P.

Asimismo, refiere que se violentó el principio de congruencia en la presente causa, por cuanto en la formulación de imputación se atribuyó el punible consagrado en el artículo 340 inciso 2 con fines de homicidio, mientras que en la formulación de acusación

la fiscalía adecuó el delito al consagrado en el artículo 340 inciso 2 pero con fines de estupefacientes, situación esta, que conlleva a que no se ejerza una adecuada defensa material, al no conocerse con claridad los términos endilgados a su defendido.

Siguiendo con sus interpelaciones, dice que con la prueba testimonial recalada, se demuestra la inocencia de su poderdante, en la medida que los EMP no indican que David Santiago Granda Henao fuera miembro de la organización Los Cardona, ningún testigo indicó que vio al acusado realizando una función dentro de la organización, en ningún momento se refirió que este se mantuviera con los otros miembros de la organización, lo único que se escuchó por parte del Fabio Nelson Duque Quirama, fue que lo vió una sola vez en una reunión que se concertó con otros miembros en noviembre de 2017, sin embargo, el mismo juez de instancia dio por establecido que este sujeto no realizaba los pagos de manera directa para no ser identificado, entonces mucho menos asistiría a reuniones ya que no le gusta tener contactos con nadie para que la gente no supiera de él, un supuesto financiero que quería vivir en la clandestinidad, poniendo en tela de juicio su dicho.

El testigo en ninguna parte indicó que vio armado a David Santiago, o que este estuviera rindiendo alguna cuentas, solo dijo que solo lo observó un día que estuvieron en una reunión en la que estaban esperando a unos señores de una fincas, pero que al final no llegaron, adicionalmente afirmó que nunca le realizó pagos a él, porque no estuvo enlistado en la nómina de

la organización, y que no le consta además que este hubiere realizado algún homicidio, además en la familia de Jhonny Cardona existe otro David, entonces como saber si era la misma persona, duda que no logró disipar la fiscalía.

En lo que respecta al testimonio del investigador de policía Luis Alberto Guzmán Sossa, en el contrainterrogatorio indicó que no tenía como probar que David Santiago Granda Henao estuviera en santa Bárbara el día 5 febrero de 2017 día del homicidio que se investiga y tampoco con elemento material probatorio que indicara que su defendido perteneciera a la organización criminal los Cardonas. Se cuestiona la defensa, "Entonces ¿Dónde quedó demostrado cuando se concertó David Santiago Granda Henao al interior de la organización, que tiempo permaneció en ella, que función realizó, cuánto dinero percibía por su función dentro de la organización?", replicando que al respecto nada se dijo.

En punto a la declaración rendida por el testigo de descargos y jefe de la organización criminal "Los Cardona", John Edison Cardona, asegura que su deposición fue elocuente, mostrándose seguro y respondiendo sin dudas a cada una de las preguntas formuladas, además de indicar que no tiene ningún parentesco con el acusado. El líder de la organización claramente en su interrogatorio reveló que como jefe absoluto conocía uno a uno quienes hacían parte de su organización, además indicó que para ser un miembro importante de su estructura debería ganarse la confianza y la misma se adquiriría con un tiempo prudente entre 2 o 3 años, por lo que al

preguntársele por su defendido, indicó que lo conocía porque era sobrino de su mujer, pero nunca perteneció a su banda criminal, ya que el requisito esencial era que no fueran miembros de la familia porque si fallaban debían pagar con la vida. Dicho testimonio desvirtúa la participación de Granda Henao dentro del andamiaje criminal.

Siguiendo con el mismo testigo, explica que el homicidio del señor Pedro Pablo "Piques" fue conocido por él, por cuanto fue dado de baja por su hijo Kevin Esneider y el señor alias "Mata 7". Además, que el señor David Santiago no participó del homicidio y menos porque no tenía la aptitud y las capacidades para hacer esos trabajos.

En cuanto al señor Fabio Nelson Duque Quirama, exteriorizó que, si lo conocía porque pertenecía a la organización, pero que en la misma solo duró 2 meses y 15 días aproximadamente, por cuanto fue capturado muy rápido, aseverando que nunca fue financiero de la organización, sino sicario.

Concerniente al señor "Nini" manifiesto que nunca perteneció a la organización, pues solo era amigo de su hijo Kevin Esneider, conociendo que aquel se dejó manipular e influenciar de miembros de la Sijin para denunciar hechos y miembros de la organización.

Referente al testigo Kevin Esneider Cardona Henao, refiere que su declaración manifestó que su primo David Santiago no participó en el homicidio del joven Pedro Pablo Piedrahita

Echeverry, indicando que fue él quien de la mano con matasiete perpetraron el asesinato. Asimismo, el testigo apuntó "Mi primo David nunca ha sido parte de esa organización, incluso yo desconozco esa organización además yo tengo otro primo que también le dicen David. Se llama JOHAN DAVID y realmente no conozco que mi primo DAVID SANTIAGO GRANDA HENAO haya participado en actos delictivos y no me interesa saberlo". Recrimina el censor el análisis dado por el juzgador, al testimonio de dicho testigo, al considerar que se extralimitó al dar por sentado apreciaciones probatorias que desdibujan la realidad procesal.

El testimonio de Olga Lucia Gómez Talero, informando que David Santiago no abandonaba la vivienda en horas de la noche y por dos razones primero que ese brazalete pitaba y aparte de eso, su pareja no lo dejaba salir, además cuando llamaba el Inpec, él contestaba ya que le hacían controles por si no estaba en la casa, salía para el médico con su mamá y regresaba con ella misma.

De otra parte, manifestó la señora María Fernanda blandón que para la fecha de los hechos de la presente causa el señor David Santiago Granda Henao se encontraba en su domicilio, no podía salir sin previo aviso al Inpec y que solo salía para sus citas médicas por la enfermedad que el padece llamada escondiomatosis múltiple (llamada más comúnmente elefantiasis) patología que en ocasiones le dificultaba su movilidad.

Arguye que el Juez de instancia le dio un valor probatorio excesivo a la prueba de referencia, situación que se torna perjudicial para la situación jurídica de su defendido, toda vez que no se tuvo la oportunidad de contrainterrogar, controvertir, impugnar credibilidad frente a lo declarado, por lo que considera que la sentencia condenatoria debe revocarse.

Por último, anota que el Juez primigenio en la parte motiva de su decisión no realizó un mínimo análisis de los elementos del homicidio y de la correspondiente agravante, preguntándose ¿Cómo conocer si esos elementos se cumplen o no en los hechos que nos ocupan de parte de mi prohijado David Santiago Granda Henao?

Al compas de lo expuesto, solicita se revoque la decisión de instancia al no encontrarse probada la responsabilidad de su prohijado en los delitos endilgados, al tiempo que requiere de la Corporación se verifiquen a lo largo de la actuación posibles situaciones que nuliten lo actuado.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en virtud en lo previsto en los artículos 34 numeral 1°, artículo 176 de la ley 906 de 2004 y el artículo 91 de la ley 1395 de 2010.

5.2. Problema jurídico

Del texto del recurso se observa que la defensa de David Santiago Granda Henao presenta tres situaciones procesales que deben definirse por separado, nulidad, congruencia y valoración probatoria; por virtud del principio de prevalencia se analizará como primer problema jurídico si en el proceso de aducción probatoria se ha incurrido en quebrantamiento de normas de rango fundamental o legal que impliquen nulitar lo actuado por violación a garantías y derechos fundamentales.

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

De la nulidad por violación a garantías y derechos fundamentales

Reclama la defensa que se han presentado una irregularidad que conlleva a la declaratoria de la nulidad, para dicha eventualidad indica que la estipulación N°3 suscrita entre la fiscalía y la defensa es confusa, defectuosa, imprecisa, lo que afecta el derecho de defensa y el debido proceso, debiendo anularse la actuación a partir de la audiencia de preparatoria, al encontrarse violación a garantías fundamentales, de conformidad con el artículo 457 C.P.P.

Sea lo primero manifestar, que ha sido pacífica la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la reserva de la Ley 906 de 2004 atinente a consagrar los principios que gobiernan las nulidades, lo que no significa que ellos no existan, o que no sean tenidos en alta consideración para resolver cuestiones de ineficacia de los actos procesales, pues tales principios “son inherentes al asunto”², hacen parte inmanente y permanente del debido proceso penal.

Subsiguientemente reproduciremos lo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal³, entiende por tales principios:

“Principio de protección: El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica.”

La estipulación probatoria, que se reputa oscura, fue leída por el delegado del ente acusador de la siguiente manera “Como estipulación N° 3 se da cuenta que David Santiago Granda Henao, que para la fecha de febrero del 2017 tenía una medida de aseguramiento y tenía un sistema de vigilancia electrónica, lo cual se da con el informe del Inpec de julio de 2019 suscrito por la teniente Sixta Tulia Suarez, aparte de ello yo quiero manifestar que en dicho documento en el punto 3.3 se da cuenta que se trató de determinar la novedad de movimiento pero no fue posible, por lo tanto, solo queda como documento para efecto de demostrar solamente la medida de aseguramiento en la fecha de febrero de 2017...”⁴, seguidamente el fallador de instancia le pregunta a

² Sentencia AP1173-2014, Radicado 43158 de 12 de marzo de 2014.

³ Decisión del 18 de marzo de 2009, Radicado 30710.

⁴ Audiencia pública de juicio oral de fecha 03 de febrero de 2019. Min. 10:09

la defensa “Esos son en resumen señor defensor”, replicando el defensor que en esta oportunidad alega la invalidación de lo actuado así “señoría tal cual como se aclaró por parte de la misma judicatura en audiencia preparatoria y como quedó plasmado en el acta de la misma audiencia, serían el punto 1 tal cual como lo indicó el señor fiscal, el punto 2, en el punto 3 se debe aclarar que se indicó que para la fecha de los hechos, el 5 de febrero de 2017 el procesado estaba pagando condena por porte ilegal de armas de fuego en prisión domiciliaria con vigilancia electrónica en la ciudad de Medellín, y como lo explico el señor fiscal en el punto 4 la falta de salvoconducto para portar armas de fuego su señoría, esas serian las 4 estipulaciones con las cuales se llegó con la fiscalía. Muchas gracias”⁵. Finaliza la judicatura explicando que sobre esos hechos no habrá discusión alguna.

Con base en lo expuesto la Corporación honra el principio de protección, en la medida que el sujeto procesal que alega el motivo de nulidad hizo parte del mismo acto, del cual se duele, aceptando la estipulación – así quedó en evidencia con la transcripción del registro de audio- y en esa medida, fue valorada por el juez singular.

Es más, el artículo 83 de la Carta Política establece que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”, y uno de esos apogtemas es el que pregona que nadie puede sacar provecho de su propia desidia. La Corte Constitucional en sentencia C-083 de 1995 confirma lo anterior, así:

“¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*? Es claro que su formulación

⁵ Audiencia pública de juicio oral de fecha 03 de febrero de 2019. Min. 11:25

explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen. No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares."

El axioma de las nulidades en examen es una variedad de la naturaleza detallada con el brocardo latino mencionado en la jurisprudencia constitucional, en el sentido de que nadie puede beneficiarse de su propia negligencia, esto es, que la defensa, no puede invocar los supuestos errores en la interpretación de la estipulación bajo el manto de oscuras, y a partir de esos justificar una nulidad, porque sacaría provecho de su propia desidia, situación vedada desde la reflexión constitucional.

Al mismo tiempo, tal actitud envolvería un quiebre del principio procesal de igualdad de armas, ya que la fiscalía se ve asaltada por la ahora petición del representante de la defensa, a pesar de que mediante un acuerdo de voluntades, se explicó y leyó lo que los hechos que se darían por demostrados en la actuación penal, y por ende, no serían objeto de controversia, poniendo en desventaja al ente persecutor, no en pie de igualdad con su contraparte.

Para la Sala se convalidó tácitamente la supuesta irregularidad de la estipulación cuando se dio trámite a la diligencia de juicio oral, sin que al momento de dar lectura a las mismas por el ente

fiscal se haya alegado tal motivo invalidante - al contrario, en uso de la palabra la defensa explicó que tal como se indicó, así eran - con lo cual hubo convalidación tácita. Solo ahora que la teoría de la defensa resultó derrotada en el juicio oral vertido ante la primera instancia es que se pretende alegar ese vicio, empero, ya estaría refrendado. Aunado a que, esta Magistratura evidencia que es un actuar recurrente del togado de la defensa, acudir indiscriminadamente al instituto de las nulidades para argumentar los recursos que impetra ante los despachos judiciales.

“Principio de convalidación: La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales.”

Además, la parte procesal afectada por tal yerro no sería la defensa sino la Fiscalía en tanto tendría que resolver una estipulación oscura, inextricable, que debilitaría el derecho acusatorio que sobre el recae, sin embargo, no alegó tal situación, precisamente porque el defensor distorsiona la realidad de lo estipulado al acometer un alcance distinto al acordado, de modo que, hay que decirlo de una vez, no estamos en presencia de un vicio real que haya impedido el derecho fundamental a la defensa y debido proceso, y ello es suficiente para manifestar que no existe irregularidad alguna que pueda tener la trascendencia que determine la declaratoria de nulidad deprecada.

Ahora bien, como los principios que informan el instituto de la nulidad son concurrentes y no alternativos, a falta de

acreditación de uno de ellos no se hace menester estudiar el resto, por lo que se ocupará la Sala de estudiar los precisos axiomas a que haya lugar.

Del principio de congruencia y la variación de la imputación en la Ley 906 de 2004

El Sistema Penal Acusatorio reglado por la Ley 906 del 2004 promulga como uno de los pilares atinente al sentido de fallo el principio de congruencia de este, postulado que se sustenta en el artículo 448 ibidem, "el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena."

Norma de la cual se deriva la obligación procesal de mantener un hilo conductor desde el primer escenario del asunto hasta el estadio final del proceso, así como limitando de manera tajante el marco de acción del juzgador en el sentido de iterar en el carácter rogatorio de nuestra justicia penal.

Al respecto, es el ente acusador como titular⁶ de la acción penal, quien se alza con la responsabilidad de generar la correspondiente imputación, esto, en plena sintonía con los fácticos acaecidos y su adecuación a las tipificaciones consignadas en el código de materia, siendo por tanto autónomo en señalar, con la sustentación respectiva, la adecuación punitiva a que haya lugar; con tal potestad en aquellos escenarios en los cuales la terminación del proceso

⁶ Artículo 66 de la Ley 906 del 2004, Código de Procedimiento Penal.

emana de una modalidad distinta a la ordinaria, esto es, preacuerdos o principio de oportunidad aplicado al asunto, a lo que se ha llamado juicio de imputación.

Por ello resulta de particular importancia a efectos de la concesión del derecho de defensa la audiencia de formulación de imputación que en el Sistema Penal Acusatorio se alza como un acto formal de comunicación a través del cual la Fiscalía debe informar al acusado de los hechos y circunstancias con las consecuencias jurídicas que aparejan, ello para que pueda planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja, es por ello que la descripción circunstanciada de los hechos se torna fundamental, pues de no comprender todas las hipótesis factuales debe acudir a una nueva formulación de imputación dado que no es posible tal corrección en la formulación de acusación⁷.

Por tal, la descripción los hechos jurídicamente relevantes como lo dice la norma, en un lenguaje comprensible sin que ello implique el descubrimiento de elementos materiales probatorios implica la exposición de una situación fáctica que deberá ser coherente con la acusación que se presenta al procesado.

No obstante, la interpretación jurisprudencial⁸ de los estatutos penales decanta en señalar la posibilidad de variación en la calificación de la conducta punible incoada al procesado sin

⁷ CSJ Sala Casación Penal radicado 43211 del 28 de abril de 2015

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto. Rad. No. 34282 del 02 de septiembre de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

que ello signifique una transgresión flagrante al principio de congruencia procesal, esto, toda vez se aduce que la misma, aun desde su anuncio en juicio resulta provisional; es decir, la calificación esgrimida desde la diligencia de imputación⁹ se establece como un referente de la misma, pudiendo en tal sentido, y bajo los preceptos legales correspondientes, variar en voluntad de los fácticos demostrados en el proceso, aclarando que los hechos fruto de la acusación, deben permanecer incólumes, pues son la base que sustenta la congruencia en el desarrollo del asunto, tal como lo ha enseñado la jurisprudencia¹⁰ del máximo tribunal colegiado de la justicia ordinaria.

Tal planteamiento no significa la vulneración de la lealtad procesal, el derecho de defensa o el principio de congruencia¹¹, pues es de resaltar el carácter de provisionalidad que posee la calificación jurídica del punible, misma que si bien, tiene límites preclusivos específicos, permite la adecuación de lo imputado hasta la etapa en que se agotan los alegatos de conclusión correspondientes.

En tal sentido, es menester tener en cuenta que, desde el inicio de la fase investigativa, se busca obtener por parte de la Fiscalía la certeza, con base en los elementos materiales probatorios, de que el comportamiento penal se ha presentado

⁹ Sentencia C-025 de 2010 Mg. P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencia del 28 de noviembre de 2007, Rad. 27.518, Sentencia de casación de 20 de octubre de 2005. Radicación 24026, entre otras. – Sobre la importancia atinente a que, en salvaguarda del principio de congruencia procesal, el carácter de la diligencia de imputación debe contener una adecuación fáctica y jurídica en torno a ofrecer un panorama claro a la Defensa sobre los tópicos a enfrentar ante una eventual terminación anticipada del proceso penal o un litigio ordinario hasta la etapa de contradicción en juicio oral.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto. Rad. No. 34282 del 02 de septiembre de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

¹¹ Artículo 287 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

y el imputado es el autor o partícipe del delito investigado, acto que, una vez superado, permite al persecutor continuar con la indagación, pudiendo entonces surgir nuevos elementos probatorios que conduzcan a fundamentar el escrito acusatorio correspondiente, dentro del marco fáctico referido.

Precepto que, de acuerdo con lo estipulado en el primer inciso¹² del artículo 339 del CCP otorga tanto al Fiscal como a las partes e intervinientes del proceso la facultad de objetar cualquier aspecto referente al escrito de acusación en torno a la subsanación¹³ de posibles yerros o variaciones que puedan en posterioridad afectar el sano devenir del asunto y que per se, materializa el carácter evolutivo de la imputación sobre la formulación de acusación como acto complejo¹⁴.

De esto, que en continuidad procesal, una vez descubiertos y practicados los elementos probatorios, se procede, con base en ellos, a emitir los alegatos conclusivos de la contradicción surtida bajo la oralidad, pues es aquí el espacio procesal para que el ente acusador, en cumplimiento a lo reglado por el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, tipifique definitivamente la conducta por la cual se deprecara la condena a fin de brindar al juzgador un margen referente de aplicación del principio de congruencia entre los hechos y la solicitud de imposición punitiva.

¹² "Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato."

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto. Rad. No. 52651, 13 junio 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

¹⁴ Sentencia C-390 de 2014, Mg. P. Alberto Rojas Ríos

En síntesis y con la claridad que la calificación jurídica imputada es provisional hasta el momento en la cual se la arguye dentro de los alegatos de clausura, es claro en misma línea, que tal provisionalidad contemplada en función a los fines constitucionales del proceso no se considera como una vulneración al principio de congruencia procesal, sino que, en cambio, lo invocan como centro de directriz vinculante del respeto al debido proceso.

Descendiendo al caso en concreto, el apoderado del señor David Santiago evocó como uno de los pilares de cuestionamiento lo atinente a una presunta vulneración del principio de congruencia entre la calificación jurídica atestada en la formulación de imputación y la formulación de acusación, pues a su juicio, inicialmente se imputó la conducta de Concierto para delinquir con fines de homicidio (340 inciso2); no obstante, en la audiencia de formulación de acusación, se acusó a su prohijado por el punible de concierto para delinquir con fines de estupefacientes (340 inciso2), consecuencia de lo cual se transgredió el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción pues es necesario conocer los cargos sobre los cuales se convoca a juicio para así ejercer una adecuada defensa material.

Con esa escueta argumentación, al rompe se advierte con claridad que en el decurso del proceso de primera instancia se ejecutó un cambio en la imputación inicial; no obstante, de las exposiciones fácticas y los sustentos sobre las particularidades del caso presentes en las actas y grabaciones de las audiencias

citadas anteriormente se puede vislumbrar que no existió modificación del núcleo fáctico en la mentada valoración, y que lo acaecido entre la audiencia de formulación de imputación, y el comportamiento típico señalado en la audiencia de formulación de acusación, fue una modificación que a la luz de la legislación penal es aprobada por el trámite reglado para la audiencia de comento, pues se itera, en la sede de formulación de acusación es posible con base en el primer inciso del artículo 339, aclarar, adicionar o corregir por la fiscalía, a petición propia u objeción de partes e intervinientes el escrito de acusación comunicado como primer estadio del acto complejo de comento.

Aunado a esto, ya establecido que lo ocurrido en la audiencia de formulación de acusación se tiene como una corrección al escrito de acusación, es de resaltar que realizada la modificación y salvedad de comento, la defensa técnica del procesado guardó total silencio y se limitó a referir ausencia de objeciones contra el escrito de acusación, lo cual, asociado al concepto reglado de preclusión de etapas procesales, así como a los principios de la ley procedimental penal y en especial recelo, de los tópicos de la oralidad, se vería superada sin vicio alguno y sin vulneración al principio de congruencia tal estadio procesal.

En ese orden de ideas, queda claro para el órgano colegiado que no existió transgresión alguna del principio de congruencia procesal dentro del caso sub examine, pues se está bajo los siguientes supuestos; (i) la conservación del núcleo fáctico en el

devenir del proceso; (ii) la corrección realizada por la Fiscalía del escrito de acusación en audiencia de formulación de acusación dentro del escenario propicio para ello y (iii) la ausencia de contraposición de la defensa sobre la corrección de comentario.

Siendo así, en igual sentido debe despacharse desfavorablemente el pedimento del togado de la defensa.

De la valoración probatoria en este evento

Desestimados los cargos de nulidad y resuelto el posible error acaecido con el principio de congruencia, el apelante indica que el a quo efectuó una errónea interpretación del material probatorio y por tanto desconoció el precepto de in dubio pro reo en favor de su prohijado, esto, bajo el presupuesto que las pruebas practicadas en el curso del juicio oral no colman el estándar probatorio para condenar al ahora inculcado, generando así una duda razonable que no permite que se profiera una sentencia condenatoria contra David Santiago Granda Henao, por no haber incurrido en las conductas de Concierto para Delinquir Agravado, Homicidio Agravado y Porte Ilegal de Armas de Fuego de Defensa Personal, que le fueron endilgadas.

En primer lugar, adujo el censor que el juez singular, para endilgar responsabilidad penal a su cliente frente al delito de concierto para delinquir agravado, no hubo prueba que demostrara cuál era su grado de participación dentro de la organización, ni la función que cumplía, afirmando que “lo

único que aquí se dijo fue lo vio una sola vez en una reunión que concertó con otros miembros en noviembre de 2017"¹⁵, además no se probaron los elementos estructurales de la conducta punible debatida.

Para demostrar la anterior hipótesis, debemos tener en cuenta que de un análisis que el artículo 340 C.P. hace del delito concierto para delinquir, se tiene que, para la adecuación típica del reato de marras, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) La intervención o participación de un número plural de personas en la comisión del delito.
- 2) Que entre los intervinientes exista un convenio o un acuerdo de voluntades que dé origen a una especie de asociación criminal de vigencia temporal indefinida.
- 3) Que el convenio o el acuerdo de voluntades tenga como finalidad la comisión indeterminada de delitos. Pero, en aquellos casos en que el convenio o el concierto sea para la comisión de una modalidad delictiva específica o especial, estas también deben ser de carácter genérico e indeterminado.
- 4) Que el objetivo común de la asociación criminal no esté determinado y limitado en el tiempo.

De lo antes expuesto, se desprende que una de las características esenciales del delito de concierto para delinquir es la de ser un reato de aquellos denominados como *delitos de*

¹⁵ Página 9 del recurso de apelación.

peligro, de naturaleza autónoma y de carácter permanente, lo cual quiere decir que el delito se consuma por el simple hecho que el sujeto agente pertenezca a una organización o asociación criminal en la que sus integrantes llegaron a un acuerdo para la comisión indeterminada de conductas punibles, sin que importe que los complotados cometan o no los delitos objeto de la asociación; además, la consumación de tal comportamiento se prolonga durante todo el tiempo en el que dure la sociedad delincuencial.

En tal sentido, sobre la naturaleza del delito de concierto para delinquir la doctrina ha dicho que:

“Es un delito de mera conducta en donde se sanciona el simple acuerdo, la decisión común de varias personas que se proponen cometer indeterminados delitos con la idea de crear un estado delictivo entre los asociados, de forma tal que su comportamiento constituye una amenaza para la seguridad colectiva...”¹⁶.

De igual manera, de vieja data, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho lo siguiente:

“La pertenencia a la organización define la tipicidad de la conducta. Basta probar que la persona pertenece o perteneció a la agrupación criminal para que la acción delictiva pueda serle imputada, sin que importe, para estos concretos fines, si su incorporación se realizó a partir de la creación de la sociedad criminal, o desde un momento posterior, ni el rol que haya desempeñado o podido desempeñar en el cumplimiento de sus designios criminales.

Siendo de la esencia de la ilicitud la existencia de una asociación criminal que actúa como entidad delictiva, la conducta se entiende realizada en el lugar donde ésta desarrolla su actividad criminal, o donde proyecta su accionar delictivo, pues lo que

¹⁶ CRUZ BOLIVAR, LEONARDO en: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Página # 440. 1ª Edición. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2.003.

debe mirarse, en estos eventos, es la actividad de la organización como tal, como empresa delictiva, no la de sus miembros aisladamente considerados...”¹⁷.

Al respecto, pudo advertirse dentro de la providencia impugnada, que el fallador en primer lugar se detuvo a analizar la existencia de la organización delincriminal que operaba en el sureste antioqueño, denominada como “Los Cardona”, a la cual pertenecían el testigo de cargo Fabio Nelson Duque Quirama, con quienes se logró determinar su conformación, algunos de sus integrantes y el ideal criminal común, lo que fue afianzado con el testimonio del investigador judicial, Luis Alberto Guzmán Sossa. Aspectos a su vez, que fueron corroborados por el testigo de la defensa, John Edison Cardona – Johnny Cardona- y su hijo Kevin Cardona al admitir que ambos hicieron parte de esta organización, el primero en calidad de jefe y líder de la banda delincriminal y el segundo como hijo del líder y sicario al servicio de la misma.

Además de ello, la misma defensa en su recurso da por sentado la existencia de la estructura criminal, entre otros apartes, cuando frente al testimonio del señor Cardona, puntualizó lo siguiente **“Este testigo dijo claramente en su interrogatorio que como jefe absoluto de dicha organización conocía uno a uno quienes hacían parte de su organización,** además indico que para ser un miembro importante de la organización debería ganarse la confianza y la misma se adquiriría con un tiempo prudente entre 2 0 3 años, y al preguntarle por el señor DAVID SANTIAGO GRANDA, indicó que lo conocía porque era sobrino de su mujer, pero que nunca perteneció a la organización dirigida por él, ya

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de Julio de 2.009. Rad. # 27852.

que el requisito esencial era que no fueran miembros de la familia porque si fallaban debían pagar con la vida"¹⁸ (subrayas por la Sala)

En cuanto a la responsabilidad penal del señor David Santiago Granda Henao en el delito de Concierto para Delinquir Agravado, el impugnante señaló que el A quo sólo tuvo en cuenta lo dicho por el testigo Fabio Nelson Duque Quirama, en calidad de contador o financiero de la organización quien alcanzó a ver una sola vez al procesado en una reunión, sin embargo, olvida la defensa que su testimonio es concluyente y contundente cuando señaló que a David Santiago se lo topó el día 15 de noviembre de 2017 en una reunión en el municipio de La Pintada por orden expresa de Johnny Cardona pues allá estarían otros miembros de la organización en una reunión con ganaderos de la zona. Rememora que, en esa oportunidad, solo asistieron a la reunión Gordelio, Pinzón, el procesado y su persona, cenáculo que duro solo 15 minutos, toda vez que no asistieron en su totalidad los miembros convocados.

Dígase conjuntamente, que el procesado fue señalado en el foro por el testigo como aquella persona que asistió a la reunión y a la que se conoce en la organización como alias "David".

Asimismo, fue certero y reiterativo al declarar que nunca se entendió con Kevin Cardona– hijo del líder – y David Santiago Granda Henao, pues al ser familiares de Jhonny Cardona, aquel le había indicado que él se entendía directamente con ellos, por lo que nunca tuvo que pagarles por un trabajo. Complementario a que el jefe de la banda delincriminal le

¹⁸ Recurso de apelación, pág. 12

manifestó en varias oportunidades que el procesado era bueno para asesinar, sicariar o martillar, como se conoce en ese mundo del hampa.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en lo que concierne a la declaración de un solo testigo, siempre que lleve al convencimiento judicial, más allá de toda duda razonable, sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del implicado en la misma, ha manifestado lo que se sigue:

“Sobre el testigo único la Sala ha recordado que si bien «pretéritas reglas de valoración del testimonio se basaban en el principio de “testis unus testis nullus”, de modo que en medios probatorios tarifados se desechara el poder suasorio del declarante único», con el sistema de la libre apreciación de las pruebas «tal postulado fue eliminado, ya que la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia de su relato con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar al estado de certeza» (CSJ SP16841-2014).

En consideración de lo anterior, es posible que un único testigo, como ocurre en este caso, pueda sustentar un fallo de condena siempre y cuando su exposición de los hechos sea lógica, unívoca, coherente y esté corroborada con las demás evidencias acopiadas en el debate probatorio”¹⁹

Aunque ciertamente, solamente se cuenta con la versión del señor Fabio Nelson, no se advierten sustanciales motivos de incredulidad – por el contrario su vida en la cárcel corre peligro al estar colaborando con las autoridades e informando de todo lo que sabe de la organización a la que perteneció- asociado a

¹⁹ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 17 de julio de 2019, radicado 51.258, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

que se logran identificar indicios, surgidos de lo percibido por otros deponentes, como fue el investigador de policía judicial Luis Alberto Guzmán Sossa, quien manifestó que para el año 2016, lo vio en el municipio de Santa Barbara, a pesar de que se encontraba en prisión domiciliaria en la ciudad de Medellín purgando condena por el punible de porte de arma de fuego. ¿Qué hacía entonces el procesado por fuera de su sitio de reclusión? Interrogante que no deja otra respuesta diferente a que su desplazamiento se correspondía con la realización de labores dentro de la estructural criminal, análisis que se acompasa con lo dicho por el testigo Duque Quirama, cuando dejó ver que Johnny le había exteriorizado *“Que le había salido un pelao muy bueno pero no lo puede quemar mucho porque está en domiciliaria”*.

El mismo investigador en su deponencia dio cuenta de otra actividad investigativa, consistente en la inspección de un proceso que llevaba la policía de antinarcóticos en contra de la organización criminal de Santa Bárbara, en coordinación con la Fiscalía 152 de Antinarcóticos dentro de la noticia criminal 050016000357201700016, donde se encontraron declaraciones de Alejandra Silva e informe de investigador de campo FPJ 8 del 18 de mayo de 2017, consignándose transliteración de mensajes de WhatsApp entre la mencionada y Kevin Cardona, comunicaciones leídas ante el estrado y que ponen a David Santiago como integrante de la red criminal.

Igualmente, con el investigador Guzmán Sossa se ingresó la declaración rendida en su momento por el señor Luis Guillermo

Silva Quintana conocido con el alias de “Nini”, prueba que fue decretada de referencia, pues dicha persona no pudo ser ubicada. Al detalle en dicho documento explicitó el declarante la participación de David Santiago en el homicidio del joven conocido con el nombre de “Pablo Piquetes”, lo que de esta manera lo ubica como participante de la estructura ilegal dedicada al microtráfico, homicidios, entre otros delitos, en calidad de sicario al servicio de la misma.

Sobre lo antes expuesto, la Sala es de la opinión consistente en que no le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente en contra del fallo opugnado, por cuanto el Juzgado de primer nivel estuvo atinado en la apreciación de las pruebas habidas en el proceso, y por ende no incurrió en los yerros de denunciados en tal sentido por el apelante.

Se afirma lo anterior por cuanto del relato vertido por Fabio Nelson Duque Quirama, se observa, contrario a lo reclamado por el apelante, que el testigo no incurrió en ningún tipo de contradicciones ni inconsistencias que incidieran de manera negativa en la credibilidad de sus dichos, porque fue claro, conteste y coherente en todo lo que narró, respecto de lo cual ofreció una explicación plausible sobre cómo se enteró y obtuvo el conocimiento de lo relatado en su declaración. A lo que se le debe sumar que lo declarado en tales términos por el testigo Duque Quirama, de una u otra forma corrobora lo que en sendas entrevistas, que ingresaron al proceso como prueba de referencia admisible, declararon los Sres. Luis Guillermo Silva Quintana y Juan Carlos Ballesteros Rave, quienes se

desempeñaron como integrantes de la estructura “Los Cardona”, dando cuenta al pormenor de quienes eran sus integrantes y la labor que ejercía cada uno al interior del aparato criminal.

Es cierto que cuando declararon en el proceso los Señores John Edison Cardona – Jhonny – y su hijo Kevin Cardona, dichos individuos adveraron sobre la ajenidad del procesado David Santiago en las delincuencias homicidas confesadas por ellos, por cuanto aquel no tenía ni la capacidad y mucho menos, la actitud para llevar a cabo trabajos de sicariato, pero, de igual manera, considera la Sala que el Juzgado A quo estuvo afinado al descalificar la credibilidad de lo declarado en tales términos por los testigos de marras, primero por cuanto dichos deponentes, como buenos peones en una partida de ajedrez, actuaron con la intención de proteger o de favorecer a su familiar, por cuanto ellos, como consecuencia de su calidad de delincuentes confesos, nada tenían que perder y segundo en la actuación existen pruebas, V.gr. el testimonio de Fabio Nelson Duque Quirama, del investigador Luis Alberto Guzmán y lo consignado en unas entrevistas absueltas respectivamente por Luis Guillermo Silva Quintana y Juan Carlos Ballesteros Rave, las que ingresaron al proceso como pruebas de referencia admisibles, con las cuales se demuestra que el ahora procesado Granda Henao pertenecía a la banda criminal en calidad de sicario, y en tal condición era el encargado de dar muerte a las personas que le ordenaba el líder Johnny Cardona.

Dice el apelante, que el testigo estrella del ente persecutor Fabio Nelson Duque Quirama le impugnó credibilidad y se retractó respecto a actos ilícitos por parte de su defendido, para lo cual expuso *“Esta defensa impugno credibilidad con el documento que fuere exhibido del cual el testigo reconoció su firma, en uno de sus apartes el testigo indicó lo siguiente ”de crímenes de David no sé, pues nunca le pague nada, es cierto que no conoce ningún delito de David y que tampoco perteneció a la organización, y que de la familia Cardona solo conoció a 3 miembros familia de la organización...”*. Su señoría este testigo se retractó de su versión, como usted lo pudo escuchar cuando escucho los apartes que le subrayó este defensor, documento que se le dio traslado a la fiscalía, cuando dice que solo conoció a tres miembros de la organización, que además no le consta de crímenes que haya cometido el señor Granda Henao, reitera nunca le pago nada, y no conoce ningún delito de David y que tampoco perteneció a la organización.”.

Es evidente que el apelante distorsiona el medio probatorio de carácter testimonial, en la medida que el deponente, explicó con total claridad lo consignado en declaración anterior, además que no realizó las afirmaciones de la manera como son suministradas por la defensa. La respuesta a la anterior afirmación la trae el redirecto realizado por la fiscalía para lo cual se traslitera en su totalidad:

Fiscalía: Usted manifestó Fabio que trabaja con la organización de Jhonny Cardona, ¿verdad?

Testigo: sí

Fiscalía: ¿Usted también nos dijo que obedecía a Johnny Cardona cuando él lo llamaba por teléfono desde la cárcel?

Testigo: Es correcto

Fiscalía: Y también nos habló de una reunión en una finca en la Pintada. ¿Verdad? ¿Dónde asistieron David, Cordelio, Pinzón y Usted?

Testigo: Exacto, es correcto

Fiscalía: ¿y Usted aquí le manifestó al señor abogado que nunca le hizo ningún pago a David? ¿Verdad?

Testigo: Es correcto

Fiscalía: ¿Por qué usted nunca le hizo ningún pago?

Testigo: Vuelvo y reitero lo mismo que dije en el transcurso de lo que hemos estado hablando, yo en ningún momento le hice pagos al señor David por la simple razón de que Jhonny mismo me dijo a mi no tiene usted necesidad de entenderse ni con David ni con Kevin ya que yo directamente me encargo de cuadrar con ellos

Fiscalía: ¿y Jhonny Cardona es el jefe de la organización verdad, Kevin es el hijo de él, ¿verdad?

Testigo: Es correcto

Fiscalía: y David es familiar de Jhonny Cardona y de Kevin, ¿Verdad?

Testigo: Es correcto

Fiscalía: ¿eso le indicó a Usted algún estatus especial de ellos dos?

Testigo: claro, porque él me esta diciendo a mi de que yo con estas dos personas no me entienda, ya que el directamente es el que cuadra con ellos. Si hay trabajos que hay que hacer o algo así por el estilo, entonces yo me refiero a que yo no tendría necesidad de decirles vea yo les voy a pagar o una nómina, no cierto, porque Jhonny directamente era el encargado de eso.

Fiscalía: le respondió usted al señor abogado que dice aquí "De crímenes de David no sé, pues nunca le pague nada", ¿verdad?

Testigo: es correcto.

Fiscalía: Usted cuando se refería a crímenes a qué tipo de delitos se refería

Testigo: Digamos que la cuestión que es la más sofisticada de la que estamos hablando, lo que son homicidios, entonces yo no puedo decir que al señor presente o a Kevin o a otras personas que yo no tenga conocimiento de que yo les haya pagado dinero por cierto hecho.

Como es evidente, el testigo explicó con suficiencia el fundamento de su manifestación, justamente, con sujeción a lo que conocía y de lo cual podía dar fe, dando cuenta – reafirmando en varias oportunidades- que Johnny cuadraba directamente con David y por esa razón él no le pagaba, por lo que no existe la mencionada retractación y mucho menos, que el procesado no perteneciera a la organización criminal.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal²⁰ ha reiterado que fue el legislador quien «consideró que el sólo hecho de concertarse, pactar, acordar o convenir la comisión de delitos indeterminados es ya punible, pues por sí mismo atenta contra la seguridad pública y por ello extendió la protección penal hacia esa actividad, sin que sea necesario exigir un resultado específico para pregonar el desvalor en tal conducta.».

Al examinar el tipo penal de concierto para delinquir establecido en el artículo 340 del Código Penal, se observa que el presupuesto fáctico previsto es: «Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos». Por su parte, el inciso segundo determina que el delito se agrava cuando el acuerdo se realiza para cometer «delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas».

Al contrastar las consideraciones efectuadas por el juzgador de instancia, fácil resulta concluir que la Fiscalía sí estableció los hechos jurídicamente relevantes que se subsumen en los presupuestos fácticos del tipo penal de concierto para delinquir, como son la existencia de un grupo de personas que acuerdan cometer delitos y, al tratarse de la agravación punitiva, que el acuerdo se oriente a la comisión de los delitos descritos en el numeral 2° del artículo 340 del Código Penal - microtráfico, homicidio y porte ilegal de armas-.

²⁰ Providencias del 23 de septiembre de 2003 y 8 de noviembre de 2007, Radicados Nos. 17.089 y 26.450, respectivamente.

En conclusión, se reitera, una simple lectura de los testimonios de Fabio Nelson Duque Quirama, Luis Alberto Guzman Sossa, John Edison Cardona, Kevin Cardona y de las entrevistas realizadas a los señores Luis Guillermo Silva Quintana y Juan Carlos Ballesteros Rave y de las actividades investigativas que adelantaron, permiten inferir más allá de cualquier duda razonable que varios individuos entre ellos David Santiago Granda Henao conformaban una agrupación jerarquizada con permanencia en el tiempo, en la que cumplían diferentes roles, siendo el propósito común realizar actividades ilícitas como el control y distribución de estupefacientes en el suroeste antioqueño, comerciar armas de fuego y planear y ejecutar homicidios de personas que no coincidían con sus intereses, configurándose así, el delito de concierto para delinquir agravado en desfavor del procesado.

Ahora bien, en lo que respecta al delito de homicidio agravado en concurso con el porte de arma de fuego, para debatir el tema de responsabilidad, la defensa controvierte las apreciaciones del fallador de instancia buscando evidenciar los yerros cometidos al analizar la prueba de cargo, en especial por la construcción de los indicios o por la tergiversación del contenido de los testimonios o porque se les dio un alcance diverso al que realmente tenía o por el cimiento dado a la prueba de referencia, todo ello para concluir que no existe soporte válido en la condena de su prohijado respecto de dichos punibles.

Lo primero que advierte la Sala es que la responsabilidad del acusado en el delito de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego está soportada totalmente en inferencias indiciarias y prueba de referencia, lo que impone de suyo su análisis en conjunto, esto es, dentro del contexto en que ellas se presentan, pues particularizar el indicio y la prueba de referencia o fraccionarla para examinarla aisladamente, solo contribuye a debilitar su naturaleza demostrativa, que es lo que busca el opugnant cuando censura separadamente las conclusiones del fallador singular al punto de exhibirlas como producto de simples conjeturas sin respaldo probatorio, cuando en verdad hizo un estudio juicioso e integral de la prueba, independientemente de que se comparta o no su decisión.

Y, precisamente por el contexto de los hechos y la manera en que ellos se presentaron era indispensable que el sentenciador inicial abordara el análisis de la prueba en un todo que permitiera conocer circunstancias de tiempo, modo y lugar, antecedentes, concomitantes y subsiguientes al crimen, para establecer la fuerza demostrativa de los indicios que soportaron las conclusiones arribadas y que no es compartida por el apelante.

Y en esa medida fue entendido palmariamente por el juzgador primigenio y por eso se encargó de analizar ampliamente la prueba para mostrar la composición de la estructura criminal "los Cardona", integrantes, actividades ilícitas, desarrollo delincencial, y asimismo determinar que la muerte de Pedro Pablo Piedrahita fue producto de una situación personal entre

Kevin Cardona y aquel, lo que facilitó la revelación de múltiples detalles que para el fallador estructuraron hechos relevantes en pos de demostrar la responsabilidad que en el homicidio tuvo el procesado.

De todo ese contexto el a-quo concluyó que *“si bien no se cuenta con prueba directa si se tienen indicios como el de presencia en el lugar de los hechos y la capacidad para delinquir, de los cuales se puede construir la responsabilidad penal de GRANDA HENAO en estos hechos homicida”*, análisis que debate el apelante al señalar que los hechos indicadores no fueron debidamente acreditados al haberse tergiversado el contenido de la prueba o afincando la providencia en prueba de referencia.

Conforme con lo anterior, veamos que se probó en la audiencia de juicio oral, para emitir un juicio de reproche respecto a estas dos conductas:

La Fiscalía presentó en juicio al testigo Fabio Nelson Duque Quirama y al investigador Luis Alberto Guzmán Sossa. El primero de ellos manifestó con amplio detalle la manera como estaba organizada la estructura criminal, finanzas, operaciones que realizaba, labores de sus integrantes, entre otras situaciones, que dijo conocer, sin embargo fue certero y reiterativo al afirmar que desconocía si David Santiago Granda Henao había participado del homicidio de Pedro Pablo Piedrahita, aun cuando exteriorizó que una persona de la cual no dijo el nombre, le informó que él si había hecho parte de ese atentado. El segundo de los mentados, recepcionó entrevistas a Luis Guillermo Silva Quintana alias “Nini” y a Juan Carlos Ballesteros Rave apodado

“matasiete”, elaborando además mosaicos para el registro fotográfico y practicar el reconocimiento por parte de los testigos Juan Carlos Ballesteros Rave y Luis Guillermo Silva Quintana, así como las respectivas entrevistas a los testigos, mismas que ingresaron como prueba de referencia.

Como resultado de dichas diligencias, Ballesteros Rave y Silva Quintana reconocieron al acusado como uno de los partícipes en el homicidio. Para el juzgador, estos reconocimientos forman parte de las entrevistas que rindieron ante el investigador de policía Guzmán Sossa.

También se determinó que Kevin Esneider Cardona fue coautor del delito de homicidio que aquí se investiga, y que en diligencia de juicio oral fue insistente en afirmar que su primo David Santiago Granda no participó de tal asesinato, dicho que encontró corroboración en la declaración rendida por su padre John Edison Cardona, líder de la banda criminal.

En punto a lo valorado por el a-quo respecto a las entrevistas y declaraciones de los antes mencionados, determinó:

La investigación estuvo inactiva, siendo reactivada aproximadamente en el mes de mayo de 2018, cuando se encontraba trabajando en la Unidad Especial de Homicidios de Antioquia, donde Carlos Eduardo Suárez le da la orden, en atención a que al aparecer un testigo tenía información relacionada con la muerte de PABLO, el cual resultó ser LUIS GUILLERMO SILVA QUINTANA conocido con el alias de NINI exintegrante de LOS CARDONA, con quien había hablado en febrero de 2017, se volvió a contactar a finales de mayo de 2018, se le tomó interrogatorio y dio cuenta de varios homicidios, entre ellos el de PABLO, manifestando que tuvo conocimiento que los responsables eran KEVIN, hijo del cabecilla LOS CARDONA y un primo de éste de nombre DAVID y JOHAN, los cuales fueron

reconocidos fotográficamente, en un álbum compuesto por 40 fotografías de personas mayores y menores de edad que habían sido reseñadas, investigadas o capturadas en Santa Bárbara.

Álbum fotográfico complementado según el testigo Guzmán Sossa por listado de personas a reconocer, con el número de la imagen correspondiente y el acta donde quedó plasmada la declaración hecha en el reconocimiento, en donde Luis Guillermo Silva Quintana alias NINI, el 01 de junio de 2018, señaló la fotografía No. 9 correspondiente a David Santiago Granda Henao, como la persona a quien se ha referido en declaraciones anteriores a quien conoce como David primo de Kevin.

Seguidamente, dio cuenta de otra actividad investigativa, consistente en la inspección de un proceso que llevaba la policía de antinarcóticos en contra de la organización criminal de Santa Bárbara, en coordinación con la Fiscalía 152 de Antinarcóticos dentro de la noticia criminal 050016000357201700016, donde se encontraron declaraciones de ALEJANDRA SILVA, hermana de NINI e informe de investigador de campo FPJ 8 del 18 de mayo de 2017, a las 14:40 horas, donde se consignaba transliteración de mensajes de WhatsApp de ALEJANDRA hermana de NINI, a través de la línea celular 313 485 53 36, donde se comunicaba con KEVIN, hijo de JOHNNY CARDONA, portador del abonado 315 653 91 89 y hablaban según transliteración que esta persona le preguntaba a Kevin que si era cierto que él iba a matar a PABLO, luego del homicidio se habla entre Alejandra y Kevin por el mismo medio, sobre la muerte de Pablo con quien estaba y cómo había sido, conversaciones que fueron leídas a viva voz por el investigador Guzmán Sossa, siendo la primera de ellas el 03 de febrero de 2017.

El investigador agrega, que fue la persona encargada de materializar la captura de David Santiago Granda Henao y lo señala en sala de audiencias, imputado por la muerte de Pedro Pablo. Reiteró una y otra vez que, de los actos de investigación no determinó la presencia de David Santiago para la fecha de los hechos en Santa Bárbara, pero que sí lo había llegado a ver en esa municipalidad para el año 2016. La Fiscalía tuvo dificultades para ubicar al testigo Luis Guillermo Silva Quintana mencionado en este juicio con el alias de NINI, y ante esa situación fue decretado como testigo de referencia el cual fue introducido con el investigador Luis Alberto Guzmán Sossa, tanto la declaración anterior como el acta de reconocimiento en banco de imágenes del 01 de junio de 2018, en la oficina de homicidios del Comando de Policía del Departamento de Antioquia, en presencia del procurador judicial Dr. Luis Manuel Guarín Manrique, el intendente Leider y él. Reconocimiento fotográfico que calificó como positivo, al reconocer la fotografía No. 09 como alias DAVID, tal y como quedó plasmado en el

acta, cuyo contenido leyó en audiencia para efectos de su publicidad.

(...)

El reconocimiento en álbum fotográfico se realizó con este testigo, señaló la fotografía número 9 indicando que ese correspondía a DAVID al que se ha venido refiriendo, constatado el listado con el número de la fotografía corresponde a DAVID SANTIAGO GRANDA HENAO alias "DAVID", identificado con C.C. No. 1.042.063.634 de Santa Bárbara-Antioquia.

Continuando con el análisis probatorio, se cuenta con la entrevista rendida por Juan Carlos Ballesteros Rave, alias MATASIETE, quien como se dijo atrás fue sicario de la organización y asesinado por orden del jefe Johnny Cardona; esta declaración anterior ingresó al Juicio también como prueba de referencia, que entre otras fue estipulada por las partes, de donde se desprende claramente que no participó en el homicidio de Pablo Piquete, por el contrario que fue KEVIN como lo dijo su padre, aunque no deja su dicho también ser de referencia, pues no estuvo Johnny en el lugar de los hechos; sin embargo, si queda claro que en dicho homicidio no participó solo Kevin, es cierto que iba acompañado de otras personas, y según interrogatorio rendido por Luis Guillermo Silva Quintana alias NINI, esas personas eran DAVID y JHOJAN ambos primos de Kevin, quienes le dieron muerte a PABLO PIQUETE.

(...)

Con los testimonios rendidos por Johnny Cardona, Kevin Sneider se supo que fue éste quien le dio muerte a Pedro Pablo Piedrahita, sin embargo, habiéndose originado en un problema personal, fue el jefe de la organización quien orquestó y ordenó su muerte, al punto que le dijo a su hijo Kevin que ese trabajo lo haría alias Matasiete sicario de la organización, lo que efectivamente así ocurrió, donde participó su hijo desobedeciéndole a él la orden de no participar en esos hechos; pero, es que no solamente Kevin participó en ese hecho homicida, su padre también dijo que habían sido alrededor de unos diez, lo cual fue ratificado por el mismo Kevin, cuando sostuvo estar sancionado por el Juez de infancia y adolescencia por 7 hechos homicidas, entre ellos, el perpetrado contra Pedro Pablo, y otro contra alias La mona, persona que según Kevin conoció en una fiesta, no sabe a que se dedica, pero supo ser la compañera sentimental de alias Matasiete y quien le prestó la pistola con la que disparó contra Pedro Piquete y con la misma pistola le dio muerte a las otras seis víctimas; sin embargo, al interrogarse por las razones de haberle dado muerte a alias La mona si era su amiga y le había suministrado el arma para cometer los homicidios, le pasó la información sobre los movimientos de Pedro Pablo horas antes de darle muerte, se

negó a contestar en reiteradas veces dicha pregunta, la razón es sencilla, no estaba preparado para la coartada como sí lo estaba para defender a su primo hoy procesado para sacarlo del lío jurídico en el que se encuentra en estos momentos, es más, alias Matasiete no participó en la muerte de Pedro Pablo, tal como quedó evidenciado con la prueba de referencia (declaración anterior de Luis Guillermo Silva Quintana alias Nini), pues fueron dos de los autores del crimen Kevin y Johan quienes por mensajes de WhatsApp le contaron cómo y quienes le habían causado la muerte a Pedro Piquete, mencionando también a David como uno de los autores.

De lo extractado se puede concluir con desenvoltura que le asiste razón al censor cuando afirma que en el juicio no se recogieron suficientes medios de conocimiento que sustenten el juicio de reproche contra el acusado David Santiago Granda Henao, pues la Fiscalía presentó al agente de policía investigador como testigos de referencia, con el que se introdujó la entrevista tomadas a Luis Guillermo Silva Quintana y Juan Carlos Ballesteros Rave, quienes fueron sabedores del homicidio de “Pablo piquetes”, pero estos no concurrieron al debate público a ratificar su relato expuesto en esas entrevistas, el primero porque no se logró ubicar y el segundo porque había sido asesinado, dando paso a su indisponibilidad para el proceso.

En ese sentido, el máximo tribunal de la justicia ordinaria ha expresado, respecto al poder suasorio de las declaraciones anteriores incorporados al plexo probatorio, como prueba de referencia lo siguiente:

De tiempo atrás esta Corporación ha resaltado que el derecho a la confrontación constituye uno de los pilares del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, por constituir una garantía judicial mínima del procesado y por su importancia para la depuración de la prueba testimonial (CSJAP,

30 sep 2015, Rad. 46153; CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 may 2020, Rad. 52045, entre muchas otras).

Igualmente, tiene dicho que el derecho a la confrontación tiene varios elementos estructurales, entre los que se destacan la posibilidad de controlar el interrogatorio y de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas del contrainterrogatorio y, en general, con las posibilidades dispuestas en el ordenamiento jurídico para la impugnación de los testigos (CSJSP, 20 ago 2014, Rad. 43749; CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJSP, 25 ene 2017, Rad. 44950; CSJAP, 5 jun 2019, Rad. 55337; entre muchas otras).

Lo anterior permite entender por qué la norma rectora prevista en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 establece que *“en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento...”*.

Por vía de excepción, el ordenamiento jurídico permite la incorporación de prueba de referencia, entendida esta como las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se presentan en este escenario como medio de prueba de uno o varios aspectos relevantes del debate, cuando no es posible su práctica en el juicio (CSJSP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras). Cabe recordar que el concepto está definido en el artículo 437, mientras que en el artículo 438 se establece su prohibición como regla general y se precisan las causales de admisión excepcional.

En la misma línea, la Sala ha aclarado que los documentos que contienen declaraciones deben someterse a las reglas de la prueba testimonial (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJAP, 7 mar 2018, Radicado 51882; entre otras). Bajo ese mismo criterio, precisó que la prueba pericial no puede ser utilizada para la incorporación subrepticia de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, para lo que resulta determinante establecer si con esa actuación (la incorporación como prueba) se afecta el derecho a la confrontación (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras).

Como la admisión de prueba de referencia generalmente entraña la afectación del derecho a la confrontación, pues el procesado y su defensor no tienen la oportunidad de controlar el interrogatorio y/o interrogar al testigo, resulta imperioso que la admisión de estas declaraciones se sometan al escrutinio judicial, con las respectivas garantías para las partes. Bajo esta lógica, la Sala se ha referido reiteradamente al procedimiento para la admisión de prueba de referencia, el cual abarca lo siguiente: (i) el descubrimiento de la prueba, en los términos establecidos en

la Ley 906 de 2004; (ii) la explicación de la pertinencia de la declaración que constituye prueba de referencia; (iii) la enunciación y demostración de la causal excepcional de admisibilidad; y (iv) la indicación de los medios a través de los cuales se demostrará la existencia y contenido de la declaración que constituye prueba de referencia. El escenario natural para debatir estos temas es la audiencia preparatoria (cuando para ese momento se ha configurado la respectiva causal de admisibilidad) y, excepcionalmente, el juicio oral (CSJSP, 28 oct 2015, Rad. 44056; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras)²¹.

De otro lado, en lo tocante a la prueba de referencia la jurisprudencia con autoridad ha esbozado sobre el instituto procesal en mención:

2.1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, se estima como prueba aquel elemento de convicción que con ocasión del juicio, haya sido producido o incorporado en forma pública, oral y concentrada ante el Juez de conocimiento, ello con la debida observancia de los principios de confrontación y contradicción.

Es por ello que el artículo 379 de dicha codificación, señala como regla general que *“El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”*, y fija como excepción a esa regla *“La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”*.

Ahora bien, según el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, prueba de referencia es *“toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”*

De acuerdo con los apartes jurisprudenciales en precedencia, atinado es decir que la ritualidad establecida para la introducción de la prueba de referencia y el restringido valor concluyente conferido a este tipo de probanzas (artículo 381-2

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 de octubre de 2020. Rad. # 56.919.

del C.P.P.), obedece al interés por reducir el impacto que ocasiona la incorporación de un medio de prueba sobre el cual no resulta posible ejercer con plenitud el derecho de contradicción.

Sobre el ejercicio adecuado del derecho a la confrontación, baste con recordar que impone la prerrogativa del reo a estar cara a cara con los testigos de cargo, a contrainterrogarlos por sí o a través de su apoderado y a que se procure su comparecencia al juicio, es decir, a intervenir activamente en la creación de la prueba.

Expresado en otros términos, la intención de la Fiscalía fue plausible, pero su ejecución se quedó a mitad de camino, pues debió arrimar al juicio a declarantes que hubiesen tenido contacto con el acto homicida en contra de Pedro Pablo Piedrahita que pretendía dar por demostrado, cometido para el cual la declaración de su testigo cardinal Fabio Nelson y el investigador de la policía judicial Guzmán Sossa no alcanza a demostrar más allá de toda duda razonable la participación del procesado en el ilícito enrostrado.

Ajustando lo anterior, el artículo 381 del ordenamiento procesal penal acusatorio dispone que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia y eso es precisamente lo que hace la judicatura de primera instancia en este proceso. Claro se dejó en el debate oral que los testimonios del investigador Luis Alberto Guzmán Sossa, son de referencia porque se limitaron a introducir las entrevistas que

tomaron a los señores Luis Guillermo Silva Quintana y Juan Carlos Ballesteros Rave, quienes conocieron del hecho homicida y expusieron detalles de su perpetración, pues estos no concurrieron al juicio a testimoniar, declarando el juzgador su indisponibilidad para darle curso a los testigos de referencia antes mencionados. También introdujo los reconocimientos fotográficos que hicieron del procesado, obviamente como de referencia.

Si bien el juzgador plural manifestó que en su análisis concurría un indicio de presencia en el lugar de los hechos y la capacidad para delinquir, para la Sala, tal afirmación no cuenta con soporte probatorio – no obstante el juicioso análisis realizado en su conjunto al material probatorio - en la medida que no existió probanza que ubicara a David Santiago el día de la muerte de Pedro Pablo Piedrahita en el municipio de Santa Barbara, así como tampoco ese indicio de capacidad para delinquir que esgrime, raciocinio con el que se hila muy delgado al no ser compatible con el derecho penal de acto consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, en la medida que al procesado debe juzgársele por la conducta realizada, no por su personalidad o el hecho de pertenecer a la banda criminal de “Los Cardona”, tal como quedó probado. Valorar ese supuesto, es invitar a tomar decisiones solo con base en el medio en el que se desenvuelve una persona, o su personalidad, en la medida que el derecho penal debe estar por encima de tales juicios. Se itera, solo se puede condenar a una persona por lo que hizo y no por lo que es.

Para concluir, las estipulaciones celebradas entre las partes solo apuntan a la demostración de algunos hechos pero la responsabilidad del acusado no fue certeramente demostrada, ya que solo se cuenta con los testimonios de referencia conforme a la valoración realizada por la Corporación y en estas condiciones resulta improcedente la emisión del juicio de reproche, tal como lo reclama el disenso, por lo que se revocará el fallo condenatorio proferido por la primera instancia para darle paso a la absolución respecto de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de arma de fuego, accesorios, partes o municiones.

Luego entonces, recapitulando de acuerdo con lo argumentado en líneas anteriores, se demostró más allá de toda duda que David Santiago Granda Henao es culpable de concierto para delinquir agravado, siendo necesario rehacer la dosificación punitiva.

La pena de prisión para el delito de concierto para delinquir inciso 2 es de 8 a 18 años de prisión —96 a 216 meses— y multa de 2700 hasta 30.000 SMMLV. Así quedan los cuartos del ámbito punitivo, parcelados como lo dispone el C. Penal en su art. 61:

CUARTOS	MINIMOS	MÁXIMOS
MINIMO	96	126
MEDIO	126	186
MÁXIMO	186	216

Ahora, como no se advierten circunstancias de mayor punibilidad, nos ubicaremos en el cuarto mínimo, es decir entre 96 y 126 meses. No obstante, como el procesado tiene un antecedente penal en su contra y así quedó establecido por la prueba testimonial, por cuanto estaba cumpliendo prisión domiciliaria al haberse hallado culpable del delito de porte ilegal de arma de fuego, la Magistratura se ubicará en el primer cuarto, sin que sea dable partir del del mínimo de la pena.

Atendiendo entonces los criterios del artículo 61 del Código Penal, ha de advertirse que David Santiago Granda Henao, se encontraba al servicio de la organización delincuenciales "Los Cardona", realizando labores de sicariato, por pedimento expreso de su familiar y líder de la banda Johnny Cardona, comportamiento sumamente grave, puesto que, si nos remontamos al fáctico y a los elementos de prueba que dieron certeza de la conducta delictiva, el procesado hizo parte de una organización criminal que ha venido manteniendo en estado de zozobra a municipios del sureste antioqueño por la diversidad de delitos que vienen cometiendo, así que, cualquiera que sea la función o aporte que una persona preste a esa organización criminal resulta importante para el desarrollo de las actividades propias del grupo armado, máxime cuando el aporte que el aquí procesado representaba era el de asesinar, esto es, acabar con la vida de personas, con el único fin de mantener vigente la hegemonía criminal de Jhonny Cardona y su familia.

Además, de acuerdo con lo probado en el juicio oral con el relato de los testigos de cargo y descargo el accionar de la estructura criminal ha ido ganando terreno con el paso de los años, y en esa labor ha aportado Granda Henao, aun cuando viene de pagar una condena por otro delito con igual relevancia como el que aquí se examina, lo que da cuenta de su proclividad a este tipo de conductas punibles, siendo necesaria la imposición de una pena conforme al daño causado y la gravedad de las mismas, esto es que comporte una justa retribución, prevención general positiva y prevención especial negativa.

Como corolario de lo anterior se confirmará la decisión de primer grado en cuanto sentenció a DAVID SANTIAGO GRANDA HENAO —pero no por homicidio agravado en concurso con porte ilegal de arma de fuego, accesorios, partes o municiones— sino por concierto para delinquir agravado, punible por el cual se le impondrá la pena de 108 meses de prisión (o lo que es igual 9 años) de prisión, y se le inhabilitará para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo.

No se concede la suspensión condicional de la pena, así como tampoco hay lugar al otorgamiento de la prisión domiciliaria, por expresa prohibición del artículo 68A del C.P. el cual fue modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014, al encontrarse el delito de concierto para delinquir agravado enlistado dentro del catálogo de conductas punibles previstas

por el legislador dentro de ese artículo como más graves, de acuerdo al daño generado al ordenamiento jurídico.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **CONFIRMA** la sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, respecto del punible de concierto para delinquir agravado y **REVOCA** la sentencia condenatoria respecto de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte ilegal de arma de fuego, accesorios, parte o municiones por los que fue llamado a juicio.

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

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la declaratoria de responsabilidad penal emitida contra DAVID SANTIAGO GRANDA HENAO, por el punible de concierto para delinquir agravado y en consecuencia se le imponen unas penas de 108 meses (9) años de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

SEGUNDO: NEGAR a DAVID SANTIAGO GRANDA HENAO, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y la sustitución de la prisión ordinaria por la prisión domiciliaria, por

las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Se le abona como parte cumplida de la pena lo que lleva privado de la libertad de manera preventiva.

TERCERO: REVOCAR la sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, respecto del punible de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte de arma de fuego, accesorios, partes o municiones.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia impugnada en sus demás ordenamientos.

QUINTO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Nancy Ávila 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:

**23193473ce40849bfd1e5a493180f448252cb6c5f98b06c9e326798
2ab4f2ff8**

Documento generado en 14/09/2021 05:20:40 p. m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2021-1386-3
Accionante	William Antonio Palacio Becerra
Accionado	Juzgado 23 Penal Municipal Conocimiento de Medellín y Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Niega

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

Aprobada mediante Acta N° 233 de la fecha

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por **William Antonio Palacio Becerra**, en contra del **Juzgado 23 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín** y el **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, debido proceso y libertad.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹, que se encuentra privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad Villa Inés de Apartadó – Antioquia, porque fue condenado por el **Juzgado 23 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín** a la pena principal de 30 meses de prisión tras ser hallado penalmente responsable del reato de violencia intrafamiliar.

Aseguró que en la actualidad ha cumplido 16 meses de privación efectiva de la pena, que sumados a las redenciones de pena por trabajos realizados habría cumplido más de 80% de la sanción, por lo que considera tener derecho a la libertad condicional u

¹ Folio 2, expediente digital de tutela.

otros beneficios, mismos que ha petitionado en diferentes ocasiones a los juzgados ejecutores -reparto-, pero le contestan que no aparece condena alguna en su contra. Finalmente, informó haber elevado peticiones al correo del juzgado accionado solicitando información sobre la remisión de su proceso a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad, empero, no ha recibido ninguna respuesta.

TRÁMITE

Mediante auto de 6 de septiembre de los corrientes², se dispuso asumir la demanda, ordenándose la vinculación de la **Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad Villa Inés de Apartadó**, por considerar que podrían tener interés en las resultados del proceso, en ese sentido se les corrió traslado de la demanda de tutela a fin de que pudieran ejercer efectivamente sus derechos de defensa y contradicción.

El 8 de septiembre hogaño³, atendiendo a la respuesta emitida por el **Juzgado 23 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín**, se avizoró la necesidad de vincular al **Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Medellín**, por lo tanto, se ordenó su vinculación y se le corrió traslado de la demanda constitucional para garantizar su ejercicio de defensa y contradicción.

RESPUESTAS

El 7 de septiembre hogaño⁴, el asesor jurídico de la **Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Apartadó**, al descorrer traslado de la demanda informó que, el accionante fue capturado el 22 de mayo de 2020 e ingresó al establecimiento carcelario el 9 de junio de la misma anualidad, encontrándose a cargo del Juzgado 39 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín; aseguró que el 3 de agosto de 2020, el Juzgado 11 Penal del Circuito de Medellín revocó la detención domiciliaria que gozaba y decretó medida de aseguramiento en centro de reclusión.

Afirmó que, al día de hoy, el juzgado que condenó al promotor no ha remitido la sentencia correspondiente ni se le ha asignado un juez que vigile su sanción.

En la misma data⁵, el titular del **Juzgado 23 Penal Municipal de Conocimiento de Medellín**, respondiendo al requerimiento realizado dentro trámite constitucional expuso que, en contra del promotor se adelantó el proceso penal por el reato de

² Folio 5, ibídem.

³ Folio 54, ibídem.

⁴ Folio 7, ibídem.

⁵ Folios 13 a 15. Ibídem.

violencia intrafamiliar dentro del CUI 050016099166201901874, que terminó con sentencia condenatoria adiada el 16 de diciembre de 2020 imponiendo sanción por el término de 30 meses, oportunidad en la que le negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.

Aseguró que, dispuso la realización de los trámites administrativos necesarios para el envío de las actuaciones a los juzgados ejecutores, sin embargo, se han presentado inconvenientes con la radicación del proceso, pues el **Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Medellín** lo devuelve indicando que no se han hecho las anotaciones pertinentes en el sistema de gestión.

Luego de proceder a realizar las verificaciones pertinentes, expuso que, detectó que existe un problema con el CUI asignado al proceso, pues las audiencias preliminares fueron solicitadas con el No. 050016099166201901874, mismo con el que se radicó el escrito de acusación y se emitió sentencia, empero, el acta de reparto del **Centro de Servicios Judiciales SAP** tiene el radicado 05001699166-01784.

Con el fin de evitar errores a futuro, estableció comunicación directa con el fiscal del caso, quien afirmó que el radicado del caso es 050016099166201901874, hecho que le puso de presente al **Centro de Servicios Judiciales SAP**, dependencia que asegura que el error en el CUI fue provocado por el fiscal al momento de solicitar las audiencias preliminares, por lo tanto, pondrá de presente lo sucedido al fiscal para que solicite la corrección del caso mediante audiencia programada.

Con lo anterior, indica que queda claro que no han podido remitir el expediente a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad por un error que se presentó desde antes de que el proceso arribara al despacho accionado, inclusive; finalmente, de manera categórica asegura que al despacho no se ha allegado ninguna petición por parte del promotor, por lo que solicitó al correo electrónico del establecimiento carcelario y el dispuesto por el accionante en su escrito de demanda, allegué copia de la solicitud que mencionó haber radicado.

El 8 de septiembre de 2021⁶, la Juez Coordinadora del **Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Medellín**, al descorrer traslado de la demanda de tutela informó que, revisado el sistema de gestión Siglo XXI, frente al accionante se tiene que con el radicado 050016099166201901784 tramitado por el

⁶ Folios 60 a 63, ibídem.

delito de violencia intrafamiliar y que el 27 de mayo de 2020 la fiscal 93 local radicó escrito de acusación dentro del procedimiento penal abreviado con SPOA 050016099166201901874, que correspondió por reparto al **Juzgado 23 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín**.

Aseguró que el juzgado cognoscente remitió a su dependencia el proceso en cita el 25 de agosto de 2021, con el fin de ser remitido a los juzgados ejecutores, empero, al avizorar errores en el SPOA, el 30 del mismo mes devolvieron el expediente al juzgado accionado para que hiciera las gestiones y correcciones pertinentes; entre tanto, también se estableció comunicación con el fiscal que tenía el caso asignado quien informó que el SPOA correcto terminaba en 2019-01874, sin embargo, luego de verificar el sistema de consulta de la Fiscalía, se dieron cuenta que el SPOA real de la causa termina en 2020-01874.

Por lo anterior, se remitió el proceso al juzgado accionado con el fin de que adelantara las correcciones del caso mientras que la dependencia que representa radicara el SPOA correcto para que culminada la actividad del **Juzgado 23 Penal Municipal de Medellín**, poder tramitar de manera inmediata el proceso a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad para lo de su competencia. En ese sentido asegura que no ha vulnerado ningún derecho fundamental del accionante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

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

2. Problema jurídico

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

3. Análisis de procedencia de la acción de tutela

En el caso concreto, **William Antonio Palacio Becerra**, reclama la protección de sus derecho fundamental de petición, debido proceso y libertad, en tanto, manifestó haber radicado petición ante los juzgados ejecutores y el **Juzgado 23 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín**, solicitando a los primeros la concesión de beneficios como la libertad condicional, pero ante respuesta en la que le aseguraron que en los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad no reposa ningún proceso en su contra, elevó peticiones ante el juzgado cognoscente requiriendo el envío el de su condena ante los jueces vigías, sin que a la fecha haya recibido ninguna respuesta, por lo tanto, se encuentra acreditado para actuar en la causa por activa.

De otro lado, se tiene que el **Juzgado 23 Penal Municipal de Conocimiento de Medellín**, al ser la dependencia ante la cual se aseguró haber radicado petición y el ente que debía dar respuesta al requerimiento realizado o trasladarlo a quien considerara competente, y en consecuencia, presuntamente haber vulnerado la garantía contemplada en el artículo 23 superior, al no contestar sus peticiones ni remitir el expediente a los juzgados ejecutores para los fines pertinentes, le asiste interés para concurrir al presente trámite por pasiva.

En cuanto al requisito de inmediatez, el accionante incumplió con la carga probatoria mínima consistente en acreditar la remisión de la petición al juzgado demandado, empero, de las respuestas allegadas al trámite tutelar se avizora que, desde la emisión de la sentencia condenatoria a la fecha no se ha efectuado la remisión del expediente a los juzgados ejecutores por lo que la Sala encuentra que en el *sub examine*, se avizora la presunta violación del derecho consignado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, la cual se ha mantenido en el tiempo, situación que pone a salvo este criterio de procedibilidad.

Ahora, frente a la subsidiariedad, en el caso bajo análisis, se tiene que la parte accionante deprecó el amparo constitucional, toda vez que alegó que, a pesar de haber elevado petición, en la actualidad no ha recibido respuesta de fondo, situación que, por el contenido mismo de demanda constitucional y las respuestas del extremo pasivo, posiblemente vulnera de manera directa la garantía constitucional del artículo 29 superior.

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

4. Caso concreto

Sea lo primero señalar que la génesis del asunto se debe a la interposición de derechos de petición que buscan de manera general, lograr el envío del expediente con destino a los juzgados ejecutores para que puedan vigilar la pena establecida y en ese sentido, intentar de manera posterior, la obtención de beneficios o subrogados penales a que tenga derecho.

Por lo anterior, en punto al deber de resolver de fondo las peticiones incoadas, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar:

*“La respuesta de fondo hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas. Según esta Corte, para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) **claridad**, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión; b) **precisión**, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) **congruencia**, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) **consecuencia en relación con el trámite dentro del cual la solicitud es presentada**, «de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”⁷.*

*“Ahora bien, este Tribunal ha aclarado que **la resolución de la solicitud no implica otorgar lo pedido por el interesado**, en tanto, existe una diferencia entre el derecho de petición y el derecho a obtener lo pedido. En efecto, la sentencia C-510 de 2004 indicó que «**el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta**. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio si se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado ante la administración para la adjudicación de un baldío, el registro de una marca, o el pago de una obligación a cargo de la administración».⁸*

⁷ Cita de la Corte Constitucional Sentencia T-610 de 2008.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2017.

Adicionalmente, cuando las peticiones se tramitan ante autoridades judiciales, debe analizarse la posible vulneración a los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, pues, el alto tribunal constitucional ha mencionado que:

Este derecho, tiene relación directa con el derecho de petición (artículo 23 C.P.), toda vez que esta garantía fundamental refiere a la posibilidad de las personas de elevar peticiones respetuosas ante las autoridades, las cuales deben ser resueltas de manera pronta y oportuna. Al respecto, debe entenderse que dentro de autoridades también se encuentran inmersos los jueces, quienes están obligados a resolver las solicitudes de los peticionarios, en los términos que prescriben la Ley y la Constitución para tal efecto.

No obstante, es de señalar que cuando una persona presenta peticiones frente a los jueces de la República, y su objeto recae sobre los procesos que este funcionario judicial adelanta, el alcance del derecho de petición se encuentra limitado por las formas propias del proceso respectivo. Razón por la cual, aquellas peticiones que refieran a aspectos propios de la Litis están sujetas a los términos y las etapas procesales previstos para el efecto, de manera tal que nos encontramos en presencia del derecho al acceso a la administración de justicia.⁹

Lo que compagina con pronunciamientos recientes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando en sede de tutela, en casos como el que nos ocupa la atención, ha referido que:

[e]n primer lugar, advierte que el demandante, en la acción constitucional impetrada, invoca la protección de su derecho constitucional de petición, a pesar de haber hecho una solicitud en el marco de un procedimiento de naturaleza judicial. Al respecto se debe indicar que, tal y como lo ha decantado la jurisprudencia de esta Corte, cuando se elevan solicitudes en el marco de un proceso judicial, éstas no deben ser entendidas como el ejercicio del derecho fundamental de petición, sino del derecho de postulación, que hace parte integral del derecho fundamental al debido proceso. Por eso, los jueces y magistrados que encargados de resolver las solicitudes que se presenten al interior del trámite judicial no están sujetos a los términos generales que están previstos para la solución de las peticiones, sino a los términos especiales establecidos en las leyes procesales para el efecto.¹⁰

De manera tal que, una cosa es el deber al que se encuentran sometidas las entidades administrativas de dar respuesta a las peticiones presentadas y, otra, que los solicitantes estén de acuerdo o no con el contenido de la contestación dada. En vista de lo anterior, y en atención al criterio jurisprudencial expuesto, la negativa a una solicitud no conlleva la violación del referido derecho, máxime cuando ésta ha sido aclarada en debida forma y se encuentra amparada en fundamentos legales.

Descendiendo al caso concreto, es menester precisar que, el amparo fue invocado por la ausencia de respuesta al requerimiento presuntamente radicado ante el

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-267 de 2017.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de decisión de tutelas No. 2, STP2513-2021, Rad. 114243 de 26 de enero de 2021.

Juzgado 23 de Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, en ese sentido, es indispensable, hacer un estudio acerca de la petición concreta y el pronunciamiento ofrecido por la entidad demandada, observando si se cumplen con los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para determinar si efectivamente se satisfizo el contenido esencial del derecho fundamental aludido.

Así, el promotor indica en el libelo de la demanda, que se vulnera su garantía fundamental de petición, porque el ente accionado, ha omitido responder de fondo su petición en la que informó haber requerido la remisión de su expediente para que sea repartido ante los juzgados ejecutores de Antioquia.

Sin embargo, más allá del dicho del accionante, de haber radicado petición, no se aportó copia del mismo, certificación de envío o radicado de recibido por parte del juzgado accionado, situación que además fue puesta de presente por el **Juzgado 23 Penal Municipal de Medellín**, dentro del trámite tutelar, pues aseguró manera categórica que no ha recibido ningún requerimiento por parte del promotor e inclusive, ofició al gestor directamente y por intermedio del establecimiento carcelario donde se encuentra recluido para que acreditara el envío de la petición.

Por lo tanto, debe hacerse eco a las reglas jurisprudenciales establecidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutelas, donde indicó que:

«La carga de la prueba en uno y otro momento del análisis corresponde a las partes enfrentadas: debe el solicitante aportar prueba en el sentido de que elevó la petición y de la fecha en la cual lo hizo, y la autoridad, por su parte, debe probar que respondió oportunamente. La prueba de la petición y de su fecha traslada a la entidad demandada la carga procesal de demostrar, para defenderse, que, al contrario de lo afirmado por el actor, la petición sí fue contestada, resolviendo de fondo y oportunamente. Pero si ante el juez no ha sido probada la presentación de la solicitud, mal puede ser condenada la autoridad destinataria de la misma, pues procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que, en tal evento, estaba en la obligación constitucional de responder.»

No basta por tanto que el accionante afirme que su derecho de petición se vulneró por no obtener respuesta. Es necesario respaldar dicha afirmación con elementos que permitan comprobar lo dicho, de modo que quien dice haber presentado una solicitud y no haber obtenido respuesta deberá presentar copia de la misma recibida por la autoridad o particular demandado o suministrar alguna información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la petición, a fin de que el juez pueda ordenar la verificación.

En ese contexto, es deber del juez constitucional desplegar una actividad probatoria a fin de establecer si los derechos fundamentales invocados están siendo efectivamente conculcados, pero también es su deber negar la protección cuando los medios con que el ordenamiento cuenta para conocer lo ocurrido no le permiten

establecer el quebrantamiento, porque las sentencias judiciales no pueden sino basarse en los hechos probados, conforme las reglas y oportunidades procesales».¹¹

En consecuencia, no se puede predicar vulneración del derecho fundamental de petición del promotor. No obstante, del análisis probatorio del legajo constitucional, la Sala observa que en el *sub lite*, hubo una flagrante violación de la garantía contemplada en el artículo 29 constitucional, que pregona por el mantenimiento de las formas y promueve la falta de dilaciones injustificadas en todo tipo de trámite judicial o administrativo.

Y la anterior conclusión se obtiene luego de analizar la respuesta ofrecida por el juzgado accionado y confirmada por el **Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Medellín**, pues se obtuvo certeza que la condena establecida por el juzgado cognoscente fue ejecutoriada en estrados desde el 16 de diciembre del año inmediatamente anterior, situación que no se compadece con los postulados que establece el derecho fundamental al debido proceso, pues no tiene justificación alguna que casi nueve meses después de dictada la sentencia, solo hasta el 9 de septiembre hogaño, se haya remitido el proceso ante los juzgados ejecutores para lo de su competencia.

Sin embargo, a pesar de advertida la vulneración alegada por el promotor, en el *sub examine*, se debe asegurar la existencia del acaecimiento del fenómeno jurídico del hecho superado, toda vez que, sin la intervención del juez, se agotó en su totalidad la pretensión del gestor, con el envío de las diligencias ante los juzgados ejecutores para realizar el reparto del caso entre los mismos y vigilar la pena impuesta por el reato de violencia intrafamiliar, hecho que ocurrió al interior del trámite tutelar.

Ahora bien, teniendo en cuenta la respuesta del **Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Medellín**, resulta viable determinar que la falta de remisión obedeció a un error propiciado desde el inicio de las actuaciones por parte del delegado Fiscal, quien radicó el proceso ante esa dependencia equivocadamente, pues referenció el SPOA terminado en 2019-01874, cuando el real era 2020-01874, sin tener facultades para corregir el yerro en el sistema de gestión Siglo XXI, pues ello le corresponde al **Centro de Servicios Judiciales SAP de Medellín**, quien efectivamente lo hizo y permitió que en este momento el objeto de la tutela se encuentre debidamente superado.

¹¹ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia rad. 109705 de 24 de marzo de 2020. -haciendo eco de la decisión T-678 de 2008 de la Corte Constitucional.

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la protección constitucional deprecada por **William Antonio Palacio Becerra**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.801.663, por encontrarnos frente a un hecho superado, conforme lo expuesto en el parte motiva de esta sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 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: **c941df744abac5a5efd71449d74ea0c1aa9a99a7e17d72bbc600ab3627ea6501**
Documento generado en 15/09/2021 08:58:27 AM

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



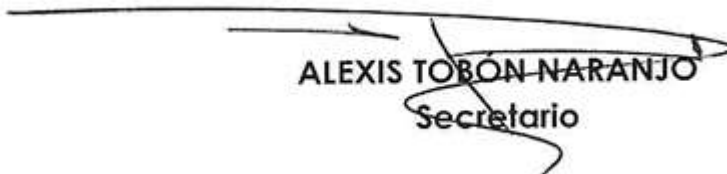
**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

RADICADO: 2021-0337-3
DELITO: TENTATIVA DE EXTORSIÓN AGRAVADA
PROCESADA: JOHANNA MILENA ÁLZATE LÓPEZ

Pongo en conocimiento proceso de la referencia, significándole a la H. Magistrada que el señor Dr. David Madrid Palacio quien funge como apoderado de la procesada Alzate López, oportunamente interpuso el recurso extraordinario de CASACIÓN¹ frente a la decisión emitida dentro del proceso de la referencia; dentro del término concedido para sustentar el recurso se allega la respectiva demanda de casación². Es de anotar que dicho término expiró el pasado 13 de septiembre de 2021³

Lo anterior para su conocimiento y demás fines.

Medellín, septiembre 14 de dos mil veintiuno (2021)


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 10 y 11

² Archivo 13 y 14

³ Archivo 12

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, septiembre quince (15) de 2021.

Rdo. 2021-0337-3

En atención a la constancia Secretarial que antecede, y como quiera que la Doctor **Dr. David Madrid Palacio** apoderado de la señora **Johanna Milena Álzate López** sustentó oportunamente el **recurso extraordinario de casación** debidamente interpuesto, se ordena remitir ante la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal a través de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, las presentes diligencias a fin de que se imprima el trámite pertinente por parte de la Alta Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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:

**b3411b8766bf8ff4ec1fe6a64a359fb08ded3205af8f5ce4b2744d42b5
a1558b**

Documento generado en 15/09/2021 03:48:55 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

N.I.	2021-1295-3
CUI	05847 61 00149 2015 80001
IMPUTADO	Ramón Enrique David Corrales
DELITO	Acceso carnal con menor de 14 años
ASUNTO	Niega nulidad imputación
DECISIÓN	Confirma

**Medellín, quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)
Aprobado mediante Acta N° 235 de la fecha**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el Defensor de **Ramón Enrique David Corrales**, frente a la decisión proferida el 2 de agosto de 2021 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao - Antioquia, a través de la cual negó la solicitud de nulidad de la actuación a partir de la audiencia de formulación de imputación.

HECHOS

Fueron reseñados en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“En el Municipio de Urrao, para la época comprendida entre 2007 hasta el mes de mayo de 2014, el señor RAMÓN ENRIQUE DAVID CORRALES accedió carnalmente a su hija...desde que contaba con siete (7) años de edad, y hasta que tenía catorce (14) años de edad en el mes de mayo de 2014. Los hechos sucedieron inicialmente cuando vivían en la residencia ubicada en la Vereda San Luis del Municipio de Urrao, luego sucedieron en la residencia (finca) de la Vereda La Quebrada cuando tenía doce (12) años, cuando se fueron a vivir a la Vereda La Loma de donde la víctima...se fugó a la edad de catorce (14) años para evitar seguir siendo víctima de los accesos carnales de su padre RAMÓN ENRIQUE DAVID CORRALES, los cuales sucedían cada tres días o cada semana”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 8 de febrero de 2021, ante la Juez Promiscuo Municipal de Urrao - Antioquia, con función de control de garantías, se formuló imputación en contra de **Ramón Enrique David Corrales**, como autor del punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo¹. Se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión.

La Etapa de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao. El 27 de julio de 2021, en sede de audiencia de formulación de acusación, la defensa solicitó la nulidad de la imputación².

Fundamentó su petición en el artículo 457 del C.P.P. Dijo que la Fiscalía no ha cumplido con el deber de circunstanciar los hechos jurídicamente relevantes.

Leyó los hechos reseñados en el escrito de acusación y criticó que no se

¹ A partir del minuto 00:32:34 del audio del 8 de febrero de 2021.

² A partir del minuto 00:06:10 audio del 27 de julio de 2021.

especifica el modo en qué ocurrieron las conductas punibles que se le endilgan a su representado.

Aduce que la Fiscalía solo menciona un tiempo de ocurrencia de los hechos, un lugar, y establece de manera genérica que el procesado accedía a la víctima. No se dice qué fue lo que hizo el acusado, cuáles fueron las conductas desarrolladas por su cliente que lo llevaron a cometer un acceso carnal abusivo agravado en concurso homogéneo y sucesivo. No se sabe cuándo se accedió a la menor, en qué lugar específico ni por qué parte del cuerpo, tampoco se sabe con qué elemento, objeto u órgano se dio la penetración.

En fin, en la acusación no se le dice a su asistido qué fue lo que hizo y de lo que debe defenderse en este proceso. Por esa razón, pide que se declare la nulidad del proceso desde la audiencia de formulación de imputación y en consecuencia se ordene la libertad del procesado.

El delegado de la Fiscalía y el apoderado de la víctima se opusieron a la pretensión de la defensa.

DECISIÓN APELADA

En audiencia del 2 de agosto pasado³, el Juez de primera instancia decidió no acceder a la solicitud de nulidad.

Citó un pronunciamiento de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín que le sirvió de respaldo para sostener que la nulidad se pide de un acto procesal concreto y no de las audiencias preliminares. En aquel escenario la defensa contó con la oportunidad de alegar las causales de nulidad que en su sentir se configuraban y no lo hizo.

³ A partir del minuto 00:13:51 audio del 2 de agosto de 2021.

Adicionalmente, existe abundante jurisprudencia en el sentido de que el Fiscal puede adicionar, aclarar o corregir el escrito de acusación cuando no reúna los requisitos del artículo 337 del C.P.P. Sin embargo, de ninguna manera se le puede obligar al Fiscal a que adecúe su imputación a los términos en que estima la defensa debe darse.

La defensa no argumentó la procedencia de la nulidad solicitada y además, la imputación, que es un acto de comunicación, un acto de parte, no puede ser objeto de control judicial.

La petición de la defensa debe ser rechazada porque existen herramientas como la adición o corrección al escrito de acusación si es que no está ajustado a la ley, en tanto ese acto procesal no tiene control material por parte de los Jueces.

No es la acusación el escenario para solicitar la nulidad de la imputación.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la defensa la apeló⁴ al considerar que el Despacho negó su petición de nulidad sin hacer alusión a los hechos jurídicamente relevantes de este proceso. Precisa que es deber de la Fiscalía, que no puede eludir, decirle al ciudadano cuál es el comportamiento que realizó que se enmarca en el correspondiente tipo penal.

En el escrito de acusación, no se describen correctamente los hechos jurídicamente relevantes. En su argumentación, el Juez no dijo por qué si fueron reseñados los hechos de forma adecuada.

Reitera que la Fiscalía no concretó ni en la imputación ni en la acusación,

⁴ A partir del minuto 00:31:35 audio del 2 de agosto de 2021.

las circunstancias de modo en que presuntamente ocurrieron los hechos atribuidos a su representado. No se sabe si esas circunstancias modales pueden constituir un acceso o un acto sexual.

Aduce que, por virtud del principio de congruencia fáctica, no es posible subsanar el yerro cometido, aclarando ni corrigiendo el escrito de acusación. La acusación si es el escenario procesal para solicitar nulidades, así se desprende del artículo 339 del C.P.P.

Si bien es cierto que tanto la imputación como la acusación carecen de control material por parte de los Jueces, en el deber que les asiste de controlar formalmente esos actos de parte, deben velar porque se cumpla con el imperativo de establecer correctamente los hechos jurídicamente relevantes.

Estima que no es el juicio el escenario donde debe exponerse al procesado los hechos por los que se le vinculó a un proceso. Es desde la formulación de la imputación donde se le debe informar de manera clara y precisa cuáles son los hechos de los que se debe defender en el proceso.

Recuerda que los elementos de prueba o los hechos indicadores no sustituyen los hechos jurídicamente relevantes.

Pide que se revoque la decisión apelada, se declare la nulidad del proceso desde la formulación de la imputación y que se ordene la libertad de su defendido.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

El delegado de la Fiscalía⁵ pide que se confirme la decisión. Dijo que en

⁵ A partir del minuto :00:55:49 audio del 2 de agosto de 2021.

el acápite correspondiente del escrito de acusación se consignaron de manera clara los hechos jurídicamente relevantes. La acusación fue por el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Es la misma conducta imputada en su oportunidad.

La inconformidad que plantea la defensa puede subsanarse corrigiendo o aclarando el escrito de acusación tras las observaciones que realizara el apelante. No es necesario declarar una nulidad.

El Juez de conocimiento no puede controlar la acusación por ser un acto de parte.

La defensa no señaló por qué hay ausencia de hechos jurídicamente relevantes. La presentación en este proceso de los hechos jurídicamente relevantes no vulnera el derecho de defensa ni las garantías fundamentales del procesado.

El apoderado de la víctima⁶ dijo que la defensa cuenta con la posibilidad de solicitar aclaraciones, adiciones o correcciones al escrito de acusación. En virtud del principio de preclusividad, como en la imputación no se hicieron reclamos relacionados con los hechos jurídicamente relevantes, no cuenta la defensa con la oportunidad posterior de atacar esa situación. Si los hechos no fueron expuestos correctamente y la defensa no pide las aclaraciones correspondientes, la Fiscalía deberá asumir en el juicio las consecuencias de su omisión. Pide que se confirme la decisión apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

⁶ A partir del minuto 01:26:53 audio del 2 de agosto de 2021.

estén ligados de manera inescindible a ellos.

Para resolver la controversia planteada en este asunto, esta Sala se referirá a los eventos en los que, según la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sede de acusación, el Fiscal puede adicionar, aclarar o corregir el componente fáctico de la imputación.

En cuanto a las variaciones que pueden producirse entre la formulación de la imputación y la acusación, aspecto relacionado con el carácter progresivo de la actuación penal, dijo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que en la sentencia con radicado 51007⁷ lo siguiente:

“No admite discusión que el sistema de enjuiciamiento criminal previsto en la Ley 906 de 2004 está regido por el principio de progresividad (CSJSP, 30 feb. 2009, Rad. 30043; CSJSP, 29 nov. 2007, Rad. 27518; CSJSP, 25 ab. 2009, Rad. 26309; C-025 de 2010; C-303 de 2013; entre muchas otras). El mismo fue acentuado con la incorporación de la audiencia de imputación, como antecedente de la consolidación de los cargos en la fase de acusación.

*La delimitación progresiva de los cargos encuentra desarrollo en la Ley 906 de 2004, en las normas que regulan el diseño y la ejecución del programa metodológico, analizadas en la primera parte de este apartado. El mismo, además, está implícito en los siguientes preceptos: (i) el artículo 351, en cuanto establece que "en el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación"¹¹ ; y (ii) el artículo 339, en la medida en que dispone que en la audiencia de acusación debe concederse la palabra a la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa para que expresen "las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal **lo aclare, adicione o corrija** de inmediato".*

Para la Corte, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que no incidan en el cambio de calificación jurídica que se le ha dado al comportamiento investigado, constituyen un aspecto que puede dar lugar a la modificación de los hechos jurídicamente relevantes que fueron comunicados en audiencia de imputación.

Así se pronunció sobre ese particular asunto:

⁷ SP2042-2019 Sentencia del 5 de junio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar

*“Algunos aspectos de la decisión de la Corte Constitucional tienen textura amplia, como sucede, por ejemplo, con el análisis de la razonabilidad de los cambios que pueden introducirse a la premisa fáctica, en la audiencia de acusación, y lo que debe entenderse por **"nuevos detalles"**, que puedan incidir en la calificación jurídica. Por tanto, por su importancia para la solución del caso objeto de estudio, la Sala hará algunas precisiones sobre el particular, siempre bajo el entendido del carácter vinculante del fallo de constitucionalidad”.*

(...)

...resulta imperioso precisar el sentido y alcance de las normas que regulan este aspecto, incluidas, claro está, las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2010. Con ese propósito, la Sala abordará algunas situaciones que pueden dar lugar al cambio de los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación.

(...)

“Sucede con frecuencia que en la audiencia de acusación se hacen precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etcétera.

Ello no solo se aviene al carácter progresivo de la actuación, sino, además, a lo regulado en el artículo 339 sobre las aclaraciones, adiciones o correcciones que pueden hacerse al escrito de acusación. Bajo esas condiciones, difícilmente puede alegarse que el procesado ha sido sometido a algún tipo de indefensión, por el conocimiento tardío de los hechos por los que es llamado a responder penalmente”.

En el presente caso, la defensa considera que la Fiscalía no concretó ni en la imputación ni en la acusación, las circunstancias de modo en que presuntamente ocurrieron los hechos atribuidos a su representado.

Las circunstancias modales que extraña el apelante son, en términos de la Corte, *“detalles”* susceptibles de ser corregidos o adicionados en la acusación.

A tono con la cita jurisprudencial que antecede, esa situación puede ser subsanada en el terreno de las aclaraciones o correcciones al escrito de acusación, en tanto se trata de una situación que no representa un cambio desfavorable para el procesado en términos, por ejemplo, de variación en la calificación jurídica o inclusión de nuevos delitos, o de aspectos fácticos que conlleven cambios severos en el juicio de responsabilidad.

Esa situación, se reitera, en modo alguno conlleva una modificación desfavorable de los presupuestos fácticos jurídicamente relevantes que permitan afirmar una presunta transgresión del derecho de defensa del procesado, pues tal corrección, no puede implicar la imputación de un delito más grave ni el cambio del núcleo fáctico del criticado acto comunicacional, en la acusación.

El aspecto fáctico de la imputación en este proceso⁸ indiscutiblemente es impreciso y escueto, no solo en relación con las circunstancias modales sino con las de lugar en las que presuntamente ocurrieron los hechos. No obstante, logra ubicar al procesado como el probable autor de un acceso carnal abusivo agravado por haberse cometido en contra de su hija menor de edad, en concurso homogéneo y sucesivo. Es claro que esa narración fáctica hace alusión a un acceso carnal abusivo y no a otro comportamiento penal, quedando pendiente por aclarar por parte del ente acusador los aspectos modales de la conducta, situación que puede ser subsanada en la acusación.

Aunque el componente del lugar fue abordado en el escrito de acusación, la Fiscalía puede ofrecer mayor precisión sobre ese tema en el terrero de las adiciones, aclaraciones y correcciones al escrito de acusación.

Entonces, según la jurisprudencia citada, en cuanto al presupuesto fáctico del proceso, si se trata de circunstancias de tiempo, modo y lugar que no incidan en la calificación jurídica, puede el ente acusador optar por la corrección de los referidos presupuestos, lo cual, inclusive, constituye un acto positivo de respeto y garantía por el derecho de defensa del imputado y el principio de congruencia.

⁸ A minuto 00: 32:30 audio del 8 de febrero de 2021, sobre el aspecto fáctico de la imputación, dijo la Fiscalía: “Los elementos materiales probatorios indican que el señor Ramón Enrique David Corrales accedía carnalmente, de manera reiterada, desde la edad de los 7 años hasta la edad de 14 años a su hija Y.M.D.Z. Estos elementos materiales probatorios son...”

Ello porque la corrección, adición o aclaración de elementos de modo o de tiempo no conlleva la incorporación de hechos nuevos no imputados en su oportunidad y de esa manera no se afectaría la consonancia fáctica que debe existir entre la imputación y la acusación.

“Para la Sala, la formulación de imputación se constituye en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. Los hechos serán inmodificables, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos⁹”.

En este caso, lo que se pretende de la Fiscalía es que en sede de acusación precise las circunstancias de modo y de tiempo de los hechos que fueron imputados al procesado, pero no que incluya en la acusación hechos nuevos no conocidos en la imputación.

Esa corrección del detalle factual que debe realizarse, conlleva a que la defensa disponga de un tiempo suficiente y razonable para elaborar su estrategia defensiva. El Juez de conocimiento deberá determinar un plazo razonable entre la acusación y la audiencia preparatoria (que de cualquier manera, no podrá ser superior a 45 días) con el que debe contar el acusado para recolectar los elementos de juicio suficientes en punto a sacar adelante su teoría del caso.

Ahora, si bien es verdad que en nuestro país la formulación de imputación es una función asignada a la Fiscalía General de la Nación, no sometida a control material por parte de los jueces, ello no excluye la labor de dirección del proceso que le compete a los Jueces.

En la sentencia citada, adujo la Corte que:

“Está suficientemente decantado que el análisis sobre la procedencia de la imputación - "juicio de imputación"- le fue asignado al fiscal, lo que se extrae sin mayor esfuerzo del artículo 250 de la Constitución Política y, más puntualmente, de lo previsto en los artículos 287 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que regulan la procedencia y el contenido de este acto comunicacional.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencia del 28 de noviembre de 2007, Rad. 27.518.

*Al respecto, esta Corporación ha dejado sentado que esa actuación de la Fiscalía no está sometida a control material por parte de los jueces, **sin perjuicio de que estos, como directores del proceso, deban velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en la ley...***

No obstante, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación, de conformidad con el artículo 337 del C.P.P. y según las pautas jurisprudenciales dadas por la Sala de Casación Penal, al Juez se le impone el deber de direccionar el proceso en procura de que la etapa de Juzgamiento cuente con una base fáctica clara que permita el pleno ejercicio del derecho de defensa.

Si la parte interesada no lo pide, el Juez debe ejercer esas labores de dirección para que el Fiscal aclare las circunstancias de modo en que ocurrieron los hechos atribuidos al procesado, de manera que éste sepa detalladamente de qué se debe defender. Posibilidad que aún no se ha agotado en la audiencia que se encuentra en curso, así como la verificación que debe ejercer el juez de conocimiento sobre el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 337 ídem pues debe velar por el respeto de los derechos y garantías fundamentales en desarrollo del control formal que le corresponde.

“Ahora, como se trata de requisitos formales que redundan necesariamente en los fines del acto y, particularmente, en el debido proceso y derecho de defensa, la actitud del juez encargado de adelantar la audiencia no puede ser pasiva o meramente expectante, en tanto, su función primordial estriba en determinar cubiertos a satisfacción los presupuestos que lo gobiernan.

De esta manera, si se halla claro que el juez de conocimiento no hace control material pero sí formal de la acusación, lo menos que puede esperarse de él es que gobierne la diligencia para que cubra las expectativas contempladas en la ley, entre otras razones, se repite, porque el yerro, confusión, anfibología o limitación en el escrito y consecuente formulación de acusación, puede derivar en afectación profunda de garantías o del proceso mismo”¹⁰

“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”¹¹.

¹⁰ SP4323-2015 del 16 de abril

¹¹ CSJ 16 Jul. 2014, Rad. 40871

Siendo así, la nulidad solicitada por la defensa en esta oportunidad no está llamada a prosperar porque la Fiscalía puede adicionar, aclarar o corregir el componente fáctico de la imputación en sede de formulación de acusación, en cuanto a las circunstancias de modo y de lugar que no se observan claras en la relación fáctica contenida en la formulación de imputación y en el escrito de acusación, sin que ello implique la vulneración del derecho de defensa.

Una última consideración. No es cierto que en sede de acusación no sea posible pedir la nulidad de la imputación¹². Si ese acto procesal se realizó con inobservancia de derechos y garantías sustanciales, de acuerdo con el artículo 339, la defensa está facultada para solicitar su invalidación. Justamente, es la formulación de acusación el escenario natural para realizar ese tipo de peticiones.

Por las anteriores razones se confirmará el auto impugnado.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de naturaleza, fecha y origen conocidos, por lo expuesto.

¹² Artículo 457 C.P.P.

SEGUNDO: La presente decisión no admite recursos. Por economía y celeridad procesal, una vez sea aprobada la ponencia, se deberá devolver la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

TERCERO: SE DISPONE, por la Secretaría de la Sala, se proceda a retornar las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que se continúe con el desarrollo de la audiencia respectiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 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:

**8cf53426e7d9bb343606fc028de7d8734e7e659184352b00ad5bc55b42f
f9e4b**

Documento generado en 15/09/2021 03:51:58 PM

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

Septiembre quince (15) de dos mil veintiuno (2021)

Nº Interno	:	2019-0122-4 Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado	:	Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito	:	Violencia contra servidor Público.
Decisión	:	Confirma sentencia absolutoria.

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual del 15 de septiembre de 2021. Acta Nº 104

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera el *Fiscal 125 Seccional*, respecto de la sentencia absolutoria proferida en favor del acusado MILLER FARLEY ARROYAVE VÉLEZ por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó – Antioquia-*, el día *10 de diciembre de 2018*, por el delito de **“VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO”**.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Acaecieron el *18 de septiembre de 2017*, en el municipio de Tarso – Antioquia, cuando agentes de la policía

Nº Interno	:	2019-0122-4
	:	Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado	:	Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito	:	Violencia contra servidor Público.

nacional, entre ellos el patrullero MILTON ARLEY CARTAGENA ARROYAVE, arribaron a la vivienda donde vive el señor GUILLERMO ARROYAVE BEDOYA, padre del acusado, con el propósito de solucionar un episodio de violencia intrafamiliar, inmueble en el cual, según denunció el agente MILTON ARLEY, fue agredido con un puñal, en su casco de seguridad y a través la apertura superior de la puerta de una habitación, por el ciudadano MILLER FARLEY ARROYAVE VÉLEZ.

3. RESUMEN DE LO ACTUADO

En cuanto tiene que ver con el presente caso, la audiencia de formulación de imputación tuvo lugar el *19 de septiembre de 2017*, por el delito de *violencia contra servidor público*, cago que no fue aceptado por el enjuiciado.

El *24 de enero de 2018* se efectuó la diligencia de formulación de acusación y el *09 de marzo posterior* la audiencia preparatoria, en tanto que el juicio oral y público se desarrolló durante los días *22 de mayo, 04 de septiembre y 21 de noviembre de 2018*, finalizando con sentido de fallo de carácter absolutorio; la lectura de la respectiva providencia sucedió el *10 de diciembre de 2018*, decisión que fue recurrida por el Fiscal titular del caso, concediéndose la alzada ente este Tribunal, en el efecto suspensivo.

Nº Interno	:	2019-0122-4
	:	Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado	:	Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito	:	Violencia contra servidor Público.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En el proveído que puso fin a la primera instancia, la señora Juez absolvió al acusado MILLER FARLEY ARROYAVE VÉLEZ al considerar, en esencia, que luego de practicadas las pruebas en desarrollo del juicio oral, las mismas no demostraron con claridad la responsabilidad del enjuiciado en el delito que se le atribuyó; sumado a ello las contradicciones presentadas entre los mismos testigos de la Fiscalía, como que los agentes indican que a la residencia concurrió el Personero del municipio por llamado que le hiciera el agente CARTAGENA ARROYAVE, cuando dicho funcionario señaló que llegó al sitio tras haber sido requerido por el joven JUAN SEBASTIÁN, sobrino de MILLER ARLEY y no por el llamado de la policía.

Arguye que también se contradicen los uniformados cuando manifiestan que una vez llegaron a la residencia allí sólo estaba MILLER FARLEY y su pareja, la joven LINDA MAR, pero el Personero señaló que en el lugar también estaba el padre de MILLER y una cuñada de éste, aspectos que, a juicio de la *A quo*, ponen en entredicho aspectos puntuales de la forma como sucedieron los hechos, es decir, si se trató de un atentado con contra de un servidor público o una respuesta ante la irrupción agresiva y armada al inmueble por parte de los miembros de la policía, hipótesis última que es denunciada por los testigos de la defensa y, de alguna manera, corroborada por el Personero municipal, por lo que ese exceso en el procedimiento de parte de la Policía, pudo haber motivado el actuar del acusado MILLER FARLEY al haberse sentido atacado.

Nº Interno	:	2019-0122-4 Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado	:	Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito	:	Violencia contra servidor Público.

De otro lado, la Juez de primera instancia pone en duda la versión del gendarme MILTON ARLEY CARTAGENA ARROYAVE, cuando dice que fue atacado por MILLER FARLEY y que lo reconoció ya que éste sacó la cabeza y la mano por el hueco que hay sobre la puerta de la habitación, situación que no fue probada por manera que la apertura que menciona el agente, según los testigos de la defensa y el mismo Personero, es apenas del tamaño apropiado para introducir una mano o un brazo, por lo que no existe certeza acerca de ese hecho puntual e, inclusive, de haberse dado; duda que también persiste en relación con quien pudo usar el puñal, ya que habían dos personas en la habitación, MILLER FARLEY y LINDA MAR, resultando claro que cuando el señor Personero pudo ingresar a la habitación, a quien encontró con un puñal en la mano fue a LINDA MAR.

Estima la funcionaria de primer grado que, contrario a lo argumentado por la Fiscalía, los agentes de la policía que concurren a la vivienda, en vez de hacer cesar la riña entre MILLER y su compañera, lo que ocasionaron con su actuar agresivo fue acrecentar el problema que se desarrollaba al interior del domicilio, pues ingresaron ejecutando acciones violentas y desafiantes, contrarias a su deber de mantener la convivencia pacífica.

Asimismo, se sostiene en la sentencia que tampoco se probó el elemento del tipo relativo a que el sujeto activo actuó de manera violenta con la finalidad exclusiva de impedir que el agente ejecutara un acto propio de sus funciones u

Nº Interno : 2019-0122-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado : Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito : Violencia contra servidor Público.

obligarle a ejercer una actuación por fuera de la ley, por lo que se observa que la conducta de MILLER FARLEY se enmarca en “*un actuar defensivo por el ataque policial, más que uno atentatorio exclusivamente de la fuerza pública*”.

Finalmente, en cuanto a las fotografías del puñal y del casco que usaba el policía MILTON CARTAGENA, la *A quo* argumenta que no se probó, fehacientemente, que con dicha arma el acusado haya causado lesiones con las finalidades anotadas y que se encuentran en el *artículo 429 del C.P.*, máxime que la testigo JUDITH VÉLEZ observó que un agente de la policía rayaba o tallaba un casco afuera del domicilio del enjuiciado.

Por todo lo anterior, concluye la Juez de primer grado que subsisten dudas que impiden proferir un fallo de condena en conta del acusado y de allí su absolución.

5. FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

El señor Fiscal delegado para el caso, a través de escrito, argumenta su desacuerdo con la sentencia en los siguientes términos:

- En cuanto atañe a la disparidad entre la versión ofrecida por los efectivos de la policía y el señor Personero municipal, en relación con las personas que habían en la vivienda, señala que ello no es incompatible con los hechos expuestos ya

Nº Interno	:	2019-0122-4
	:	Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado	:	Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito	:	Violencia contra servidor Público.

que el señor GUILLERMO ARROYAVE, padre del acusado, autorizó a la policía no para registrar todo el inmueble sino la habitación donde se estaban desarrollando los hechos, por lo que los agentes no podían estar atentos a los demás familiares que estaban en la casa.

- Arguye que así los policiales hayan mentido en relación con quién solicitó la presencia del Personero en el lugar, no se les puede restar credibilidad ya que dicho funcionario sirvió de garante al procedimiento realizado independientemente de quién lo haya llamado, dejando constancia de que no observó algo irregular de parte de los uniformados.
- Concerniente a que la Juez de primer grado se incline por la hipótesis del ingreso brusco y vehemente de los policiales a la vivienda, indica que fue el señor GUILLERMO ARROYAVE el que dio origen a la intervención de los agentes, a fin de proteger a su nuera, menor de edad, de las agresiones de su hijo, por lo que la acción de la policía evitó un mal mayor a la joven, así no hubiese sido en los términos y agrado del dueño del inmueble, quien en estas instancias prefiere apoyar a su descendiente y desaprobando la acción de la policía.
- En relación con el testimonio de LINDA MAR, indica que se debe sopesar con beneficio de inventario, ya que niega que se encontrara riñendo con su compañero permanente y que intentaba hacerse daño con el puñal; además la testigo, en contra de todo lo probado, dice que el personero llegó a la residencia cuando la policía ya había abierto la puerta del

Nº Interno	:	2019-0122-4
	:	Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado	:	Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito	:	Violencia contra servidor Público.

cuarto donde estaba con MILLER, asimismo, señala que la declarante no pudo haber escuchado las palabras soeces de los policías porque ella estaba discutiendo en tono muy alto con su pareja. En suma, indica que esta testigo lo que trata es de favorecer a su compañero, pues ni siquiera lo denunció por violencia intrafamiliar.

- Destaca que en este tipo de casos, de violencia intrafamiliar, se espera que la policía obre con prontitud y urgencia, pues se trataba de una menor de edad en embarazo, por lo que tocaron la puerta y como MILLER no les abrió, trataron de ingresar a la fuerza forzando la chapa, pero no se pudo ingresar porque se puso un chifonier y una cama para cuñar la puerta y, el acusado, por el orificio de la parte superior de la puerta sacó un puñal y arremetió en contra de la cabeza del intendente MILTON.
- Alude a que los daños ocasionados a la vivienda con el supuesto “palín”, por parte de la policía, no fueron documentados ni con fotos o videos; además, el Personero tampoco dio cuenta de ellos, por lo que no existieron.
- Señala que no hay nada de irregular en que los agentes hubiesen ingresado a la casa con sus cascos puestos; además, concluye el censor que de no haber obrado los agentes como lo hicieron, hubieran puesto a la menor en una situación de amenaza y peligro mayor.

Por todo lo anterior, solicita que se revoque la sentencia confutada y, en su lugar, se condene al enjuiciado por el delito de violencia contra servidor público.

Nº Interno : 2019-0122-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado : Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito : Violencia contra servidor Público.

6. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Durante los traslados correspondientes, los no impugnantes no se pronunciaron acerca de los argumentos planteados por el apelante.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por el vocero del ente acusador, de conformidad con lo previsto en los *artículos 34, numeral 1º; 176, inciso final, y 179, de la Ley 906 de 2004*, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Desde esta perspectiva debe la Sala determinar si la sentencia absolutoria que se revisa, comporta una decisión ajustada al haber procesal, o si, como lo plantea el Fiscal recurrente, del análisis de las pruebas deviene clara la responsabilidad penal del acusado MILLER FARLEY ARROYAVE VÉLEZ frente al delito de violencia contra servidor público y, por lo tanto, el fallo debe revocarse.

Su posición nos lleva a incursionar en el análisis del acervo probatorio que sirvió de fundamento a la Juez de instancia para absolver al acusado, con miras a determinar si

Nº Interno	:	2019-0122-4
	:	Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado	:	Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito	:	Violencia contra servidor Público.

el mismo, en términos del *artículo 381 de la ley 906 de 2004*, permite o no, llegar al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del punible y sobre la responsabilidad del acriminado frente al mismo.

En ese orden, y en cuanto a la primera crítica del impugnante relativa a que los agentes de la Policía no hubieran tenido la oportunidad de estar pendientes de quién estaba en la residencia de GUILLERMO ARROYAVE, es claro que ambos testigos, tanto DEISON ANDRÉS como MILTON ARLEY, señalan categóricamente que cuando arribaron a la vivienda allí sólo estaban MILLER y LINDA, situación de la cual, indican, están absolutamente seguros; pero el Personero señaló que en el lugar también estaba el padre de MILLER y una cuñada de éste, por lo tanto, la afirmación de que no estaban pendientes de quién más había en la vivienda es especulación del Fiscal, pues a pesar de que ambos testigos son enfáticos en negar la presencia de otras personas en el lugar, lo cierto es que sí estaban pendientes de lo que allí sucedía, porque hasta el mismo MILTON ARLEY aclaró que entró con el casco puesto, porque días antes, en esa misma vivienda, habían tenido problemas con los moradores, MILLER y su hermano, y estos inclusive habían dañado el retrovisor de una patrulla.

Igualmente, pretende el censor que se minimice el hecho de que los policiales mientan en relación con el motivo que originó la presencia del señor Personero en el lugar de los hechos, pues es claro que llegó allí porque fue a buscarlo el joven JUAN SEBASTIÁN, hermano del acusado, quien le indicó que fuera a la casa porque se había entrado la policía y estaba agrediendo

Nº Interno	:	2019-0122-4
	:	Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado	:	Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito	:	Violencia contra servidor Público.

a sus familiares; sin embargo, el mismo agente MILTON ARLEY no sólo indicó que el personero llegó allí a instancias de la policía, sino que fue él quien le llamó al celular para requerir su presencia.

En tal sentido, de la actitud de los agentes del orden durante su testimonio, se desprende con claridad que lo que pretenden es que se les crea que en el lugar de los hechos no habían otras personas diferentes al implicado y su compañera permanente, y así obtener un mayor crédito a sus versiones frente a las de los testigos de la defensa y, de igual manera, que era tan transparente su actuar en la vivienda, que ellos mismos llamaron al Personero municipal para que verificara que allí no se violaban los derechos de ninguna persona; pero contrario a lo que reclama el apelante, tal comportamiento de los policiales, evidentemente resta credibilidad a su versión sobre los hechos, pues es claro que si mienten en el juicio es porque algún interés alejado de la justicia tienen en el resultado de la presente actuación procesal, sin dejar de lado una posible animadversión hacia el acusado, con quien, según ellos lo informan, días antes habían sostenido un altercado.

Y si bien el impugnante sostiene que no se aportaron fotos o videos que demuestren los daños en la vivienda, y por ende la violencia ejecutada por los miembros de la Policía en el inmueble, de manera ambivalente justifica la fuerza empleada ya que se trataba de un asunto de violencia intrafamiliar en contra de una menor de edad que estaba en embarazo, pero deja de lado que la utilización excesiva de la fuerza no sólo desconoce el deber ser de la actuación

Nº Interno	:	2019-0122-4
	:	Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado	:	Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito	:	Violencia contra servidor Público.

constitucional y legal de los miembros de la Policía Nacional, sino que fortalece la hipótesis de la Juez de primer grado en el sentido que posiblemente, la acción desplegada por el acusado obedeció a un mecanismo de defensa ante el violento ingreso de la policía a su residencia. Tampoco justifica el uso desmedido de la fuerza el que el señor GUILLERMO ARROYAVE diera origen a la intervención de los agentes, con el fin de proteger a su nuera para evitarle un mal mayor.

En relación con el testimonio de la joven LINDA MAR, tenemos que ésta no niega que estaba discutiendo con MILLER y que el señor GUILLERMO se asustó y fue a buscar a la Policía, aclarando durante el contrainterrogatorio de la Fiscalía que ella era la que estaba alegando con MILLER porque se enteró de una infidelidad, pero que su compañero le estaba era pidiendo excusas; además, reconoce que ella era la persona que portaba el cuchillo, situación que corrobora el Personero cuando logra ingresar al cuarto de la pareja.

En esos términos, el hecho de que no hubiera denunciado al enjuiciado por violencia intrafamiliar no significa que la joven esté mintiendo, más cuando los aspectos medulares de su declaración son corroborados, inclusive, por testigos de la Fiscalía como lo es el Personero municipal, quien aludió a los daños en la chapa de la puerta del cuarto, aclarando que en su interior, era ella la persona que portaba un cuchillo, lo que hace más creíble la versión de LINDA MAR, incluso cuando, al igual que los demás testigos de la defensa, señala que los policías ingresaron al inmueble de manera agresiva.

Nº Interno	:	2019-0122-4
	:	Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado	:	Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito	:	Violencia contra servidor Público.

A propósito del porte del cuchillo con el cual, presuntamente, fue atacado el policía MILTON ARLEY CARTAGENA ARROYAVE, existe un aspecto de suma importancia soslayado por el censor, pero desarrollado por la Juez de primera instancia, atinente a que por el espacio que hay sobre la puerta del cuarto, según los testigos de la defensa y el mismo Personero, sólo cabe una mano, pues aunque de ancho abarca toda la puerta, de altura mide alrededor de 10 centímetros.

Y si lo anterior es así, resulta inentendible que el agente MILTON ARLEY haya visualizado concretamente al acusado MILLER cuando, presuntamente, le atacó; situación que solamente sería comprensible si el espacio arriba de la puerta tuviese 45 centímetros, como lo explicó el referido gendarme, aunque contrario a todo lo probado con los testigos de la defensa y el señor Personero municipal.

Adicionalmente, debe recordarse que la joven LINDA MAR adujo que ella era quien tenía el cuchillo, no MILLER, situación que corroboró el señor Personero, quien tuvo que convencerla para que lo soltara, circunstancia que, como lo sostiene la funcionaria de primer grado, genera dudas frente a quién pudo haber realizado la agresión al patrullero MILTON ARLEY, en el evento de que efectivamente hubiera sucedido.

Ahora bien, de las pruebas aportadas al proceso se observan las fotografías del casco, tomadas por el agente CARTAGENA ARROYAVE, y en ellas se evidencian cuatro rasguños (roce violento), situación que genera más dudas, pues si tal como lo afirma el citado gendarme, sintió un solo golpe que

Nº Interno	:	2019-0122-4
	:	Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado	:	Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito	:	Violencia contra servidor Público.

lo lanzó hacia atrás, miró y vio que MILLER lo había impactado con el cuchillo, es una situación que no guarda correspondencia con el número de rasguños que presenta el casco, máxime cuando la señora MARÍA JUDITH VÉLEZ VÉLEZ afirma que observó a un policía, fuera de la casa, dañando el casco con un cuchillo.

Y las dudas sobre la veracidad de lo narrado por el agente MILTON ARLEY se acrecientan aún más cuando sobre este aspecto y aportando el respectivo gráfico, señala que la puerta del cuarto mide 2 metros de alto y la apertura sobre la misma es de 45 centímetros (aspecto último que ya se comprobó no es así) y que desde esa altura MILLER lo golpeó, pero si se observan los rasguños en el casco se evidencia que no están en la parte superior del mismo o calota exterior, sino en la cubierta exterior de donde se sujeta la correa, es decir en la parte inferior del casco, por lo que resulta dudoso que el acusado hubiera podido acceder hasta ese lugar por una abertura que, como se probó, apenas cabe una mano, a menos que el policía MILTON mida alrededor de dos metros del alto, lo cual tampoco se probó.

En tales condiciones, inexorablemente ha de concluirse que la responsabilidad del enjuiciado MILLER FARLEY no emerge clara e incontrovertible; por el contrario, resulta factible que la carga procesal del ente instructor no se haya cumplido a cabalidad o, en todo caso, que las probanzas practicadas, fundamentalmente los testimonios de los dos agentes de la policía DEISON ANDRÉS y MILTON ARLEY, no posean la fortaleza que demanda una sentencia de condena.

Nº Interno : 2019-0122-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado : Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito : Violencia contra servidor Público.

La incertidumbre que campea en todos los aspectos analizados, nos conduce indefectiblemente a reafirmar a favor del procesado el principio del *in dubio pro reo*, pues las profundas y ya ineliminables dudas sobre su responsabilidad, no permiten proferir en su contra una sentencia condenatoria, actualizando, de paso, la presunción de inocencia que no pudo desvirtuarse y tal como lo dijera la *H. Corte Constitucional*:

“...Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

*La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, **el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente.** Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y **exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, mas allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado.** Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado...”¹. (Resalta la Sala).*

Si bien, del anterior análisis probatorio no emerge diáfana la absoluta inocencia del acusado, tampoco permite estructurar un certero juicio de reproche en su contra, de ahí que la conclusión a la que llegara la Juez *A quo* en ese sentido, es decir, absolviéndolo en virtud de la precariedad

¹ Sent. C-774 de julio 25 de 2001 M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Nº Interno : 2019-0122-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado : Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito : Violencia contra servidor Público.

probatoria allegada en su contra, resulte acertada y en consecuencia la Sala le impartirá aprobación, desestimando, por supuesto, las pretensiones del delegado del ente acusador, orientadas, como antes se dijo, a que se revoque la absolución decretada en favor del mencionado MILLER FARLEY ARROYAVE VÉLEZ.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en **Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA íntegramente la sentencia proferida por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó – Antioquia-*, el día 10 de diciembre de 2018, a través de la cual absolvió al acusado MILLER FARLEY ARROYAVE VÉLEZ por el delito de “**VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO**”. Lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Así mismo, **SE SIGNIFICA** que frente a esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los *cinco (5) días* siguientes a la última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 98, Ley 1395 de 2010*. En tanto surta

Nº Interno : 2019-0122-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado : Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito : Violencia contra servidor Público.

ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen.

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Penal

Nº Interno : 2019-0122-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-368-60-00338-2017-80071.
Acusado : Miller Farley Arroyave Vélez.
Delito : Violencia contra servidor Público.

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 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:

fc86d18fa3ecb0f61d819a9546afd23e9ac96a5d79cd94cf08fe9

1997d4c2182

Documento generado en 15/09/2021 01:58:28

PM

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

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

Radicado : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Falsa denuncia
Decisión : Revoca decisión de rechazo

Proyecto discutido y aprobado en sesión del 15 de septiembre de 2021. Acta N° 104

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía frente a la decisión proferida por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia*, el día 7 de diciembre de 2020, a través de la cual rechazó los testimonios de los señores Fredy Herney Monsalve Marín, Efraín Enrique Hernández Feria y Flor Enid Montoya Marín y el análisis confirmatorio de la prueba preliminar homologada, en desarrollo de la audiencia preparatoria, al interior de la actuación que se sigue en contra del señor RODRIGO DE JESÚS OSORNO OSORNO, por el supuesto delictivo de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*.

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

ANTECEDENTES

En la primera sesión de audiencia preparatoria realizada el 28 de octubre de 2020, al otorgársele el uso de la palabra a la defensa del señor Rodrigo de Jesús Osorno Osorno con el fin de que manifestara si el descubrimiento probatorio al cual se comprometió la Fiscalía se materializó de manera satisfactoria, indicó en efecto que dicho acto no se había perfeccionado respecto de los testigos Fredy Herney Monsalve Marín, Efraín Enrique Hernández Feria y Flor Enid Montoya Marín, pese a haber presentado una solicitud en el sentido que se le brindaran los datos de ubicación de dichas personas y así entrevistarlas.

Posteriormente, otorgado el uso de la palabra al señor defensor y así pronunciarse sobre la exclusión rechazo o inadmisión probatoria, expuso con base en decisiones 25.920 y 28.656, de la Corte Suprema de Justicia, que es imprescindible dar a conocer a la contraparte los elementos materiales probatorios de los cuales dispone la Fiscalía, lo cual comprende su ubicación y facilitar a la defensa el acceso a los mismos.

En ese orden de ideas, señala que en esta oportunidad si bien solicitó a la fiscalía se le permitiera ubicar a los testigos aludidos, lo cual no fue posible al parecer por temas de seguridad, insistió en que se le permitiera entrevistar a dichas personas en un lugar dispuesto por el delegado del ente acusador, sin embargo, de ninguna manera ello fue posible.

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

Lo anterior, en criterio del inconforme, representa una afectación al derecho de contradicción en tanto buscaba la oportunidad de establecer si se hacía necesario interrogar a los aludidos testigos en forma directa.

Frente a la prueba confirmatoria de PIPH, aunque reconoce que el artículo 415 permite su descubrimiento al menos 5 días antes de inicio de la audiencia pública donde se recepcionará la peritación, lo es por situaciones extraordinarias como un caso fortuito o fuerza mayor, pero ello no puede obedecer a la desidia de la parte interesada en aducirla.

Al respecto, llama la atención en el sentido que ha transcurrido más de un año luego de la acusación para obtener el informe base de opinión pericial, indicando además de que la prueba confirmatoria fue ordenada luego de dicha fase procesal, por lo cual concluye que el ente investigador continuó adelantando pesquisas lo que, en su criterio, ya no es posible, salvo que existieran situaciones especiales que se lo hayan impedido para hacerlo antes de ello.

Frente a lo anterior, manifestó el delegado de la fiscalía que la audiencia de formulación de acusación es el espacio donde se descubren inicialmente los elementos materiales probatorios con que cuenta y luego de ello existe un espacio para su traslado respectivo y se pueda ejercer su derecho de contradicción en la audiencia preparatoria.

Es así como frente a los testimonios de Fredy

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

Herney Monsalve Marín, Efraín Enrique Hernández Feria y Flor Enid Montoya Marín, piensa que esas evidencias fueron descubiertas en la audiencia de formulación de acusación, junto con sus entrevistas, de ahí que la defensa disponga de su oportunidad en la audiencia de juicio oral para contrainterrogarlos y, por ende, pueda ejercer de manera oportuna su derecho de contradicción. De ahí que considere, no es cierto que haya ocurrido una falta de descubrimiento probatorio de esos testimonios.

En cuanto al análisis confirmatorio de la prueba preliminar homologada, se remite al artículo 415 de la ley 906 de 2004, el cual permite que cinco días antes de la audiencia de juicio oral se descubran sus resultados, y en este caso, insiste, ni siquiera hay fecha para esa etapa procesal. Dice que ya fue solicitada la realización de esa actividad probatoria y en cuanto tenga su resultado, de manera oportuna lo entregará a la defensa a fin de preparar su estrategia defensiva.

Advierte, no se trata de una prueba sobreviniente puesto que fue solicitada en la investigación matriz y se anunció desde la audiencia de acusación, de ahí que normativamente no existen razones para su rechazo.

DECISIÓN CONFUTADA

La señora juez rechazó los testimonios de los señores FREDY HERNEY MONSALVE, EFRAÍN ENRIQUE HERNÁNDEZ y FLOR ENID MONTOYA MARÍN, toda vez que al ser presentados por la

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

fiscalía desde a acusación no dio a conocer sus datos de ubicación, y no obstante haberse comprometido en anterior oportunidad a citarlos en el bunker de la fiscalía para ser entrevistados por la defensa, tal compromiso no se materializó.

Si bien reconoce que es posible que la defensa en el juzgamiento contrainterrogue a dichas personas o impugnar su credibilidad, lo cierto es que le asistía el derecho de acercarse a los mencionados declarantes, quienes al parecer tienen problemas de seguridad, y efectuar las entrevistas respectivas en aras de diseñar su estrategia defensiva como podría ser impugnar su credibilidad o establecer si convenía más buscar la terminación anticipada del proceso.

Considera que no suministrar los datos de ubicación de los mentados testigos, o bien, no haber facilitado su encuentro con la defensa en un lugar neutral, afecta el derecho a la igualdad de armas con que cuenta el procesado, de ahí que estime necesario rechazar los testimonios de los señores ya citados.

Frente a la prueba confirmatoria de la sustancia incautada, señala que en esta oportunidad lo sucedido es que una vez presentado el escrito de acusación ordenó la realización de ese acto investigativo, lo cual no se encuentra justificado por una fuerza mayor o caso fortuito, de ahí que también se deba rechazar.

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

Asegura la fiscalía que al señor defensor se le dio traslado de los testimonios de los señores Fredy Erney Monsalve Marín, Efraín Enrique Hernández y Flor Enid Montoya.

Señala en ese orden de ideas que en audiencia de formulación de acusación adelantada el el 27 de julio del año 2020, dio a conocer a la defensa el oficio allegado por el comando de policía del municipio de San Roque, el número 319DICIESAR 29.25 del 26 de julio donde se le indica que Fredy Erney Monsalve Marín se encontraba prestando el servicio militar en el batallón de arteria Girardot, barrio Villa Hermosa en la ciudad de Medellín, portador del número de celular 3128372856.

Allí se indica igualmente que Efrain Enrique Hernández Feria está prestando sus servicios en la SIJIN del departamento de policía de Antioquia, con número de celular 3233629325.

Aduce que del 27 de julio al 7 de diciembre del año 2020, ha corrido un plazo más que suficiente para que el defensor haya tenido contacto con esos testigos.

Considera, por lo tanto, no existe una afectación al derecho de defensa más cuando el abogado del señor Osorno

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

Osorno dispuso de tiempo suficiente para lograr contactar a dichas personas.

En cuanto a la prueba confirmatoria realizada sobre la sustancia que se incautó, considera que la fiscalía tiene la facultad de seguir desplegando actos investigativos una vez presentado el escrito de acusación, puesto que ya será en la audiencia de formulación respectiva, donde se darán las razones por las cuales el imputado se llamará a juicio incluyendo las evidencias con las que cuenta y las pendientes de materializarse, que en el caso de estas últimas serán dadas a conocer a su debido tiempo y sustentada su pertinencia y conducencia en la audiencia preparatoria.

Razona, si presentado el escrito de acusación el delegado de la Fiscalía se percata de la necesidad de librar determinada orden de trabajo de cara a obtener información relevante para la investigación no aflige el derecho de defensa.

Considera por lo tanto, no puede cercenarse la posibilidad de que el respectivo perito acuda a la audiencia de juzgamiento y de cuenta de sus hallazgos frente a la sustancia incautada, lo cual servirá así mismo para soportar la teoría del caso de la Fiscalía.

Por lo expuesto, solicita revocarse la decisión de primera instancia.

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

NO RECURRENTES

DEFENSA:

Refiere al derecho a la igualdad de las partes en el proceso penal lo cual implica la igualdad de armas en el debate probatorio, así como a la posibilidad de conocer y controvertir las pruebas aducidas en todo escenario.

Se apoya en los artículos 125 y 344 ibídem para señalar que es su deber como defensor conocer en su oportunidad todos los elementos materiales probatorios, es decir, antes de la audiencia preparatoria con la finalidad de elaborar su estrategia defensiva.

Asegura en ese orden, no tuvo la oportunidad de entrevistar a los testigos que han sido rechazados en orden a buscar la posibilidad de refutarlos.

De cara al artículo 126 del mismo código procesal penal, considera imperioso facilitar a la defensa el conocimiento de las pruebas de cargo, incluso, desde la misma audiencia de imputación activándose de tal forma el derecho de defensa del imputado.

Reconoce que no hay un único momento para suscitarse el descubrimiento probatorio, sin embargo, ello está

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

condicionado a la configuración de situaciones. Que así mismo existen unas sanciones a la falta de descubrimiento o bien su inoportunidad, contempladas en el artículo 344.

Indica, si bien la fiscalía expuso que uno de los testigos estaba prestando servicio militar, lo cierto es que en modo alguno la defensa recibió un oficio contentivo de la ubicación de dichas personas y, por lo tanto, no se tuvo el conocimiento de que podría ubicarlos en algún lugar, mucho menos mediante su número de celular.

Asevera que su pretensión era lograr la ubicación de dichos testigos en el bunker de la fiscalía en consideración a las presuntas amenazas que al parecer se les generó.

Como defensor, afirma haber agotado todos los medios para ubicar a los testigos y entrevistarlos pero ello no fue posible, solicitándolo de tal forma a la fiscalía cuyo delegado no accedió, de ahí que no se le pueda achacar alguna negligencia para lograr entrevistarlos.

En cuanto a la prueba confirmatoria considera que es un elemento probatorio que puede ser solicitado por la fiscalía vía telefónica y que en el asunto bajo examen han iniciado audiencias desde el mes de octubre de 2019, cuando ocurrió el allanamiento a un inmueble; la audiencia de acusación en febrero de 2020, ello para significar que transcurrió un considerable tiempo luego de las audiencias preliminares.

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

Señala que si bien puede presentarse el evento de que el informe base de opinión pericial aún esté pendiente de surtirse pero se haya enunciado desde la audiencia de acusación, ello es diferente a que después de haberse presentado el escrito de acusación la fiscalía continúe desplegando actos de investigación más cuando se trataba de un acto simple que pudo adelantar la fiscalía con mayor anticipación.

Alude en ese orden de ideas al artículo 337 de la ley 906 de 2004, en el cual son enlistados los requisitos con que debe cumplir el escrito de acusación y que deben ser verificados en la respectiva audiencia, entre ellos, los elementos materiales probatorios con que cuenta la fiscalía, lo cual permite que el acusado ejerza su derecho de defensa, de ahí que ese acto deba cumplirse de manera satisfactoria.

En cuanto al tiempo límite para que la fiscalía investigue, considera que lo es una vez presentado el escrito de acusación, con los anexos del numeral 5º del canon 337 ibídem, y por tanto, la fiscalía ahí debe finalizar su actividad investigativa.

Insiste en que en el caso bajo examen, la fiscalía no aludió a la prueba confirmatoria en el escrito de acusación, y no justificó las razones por las cuales lo omitió como para demandarla en perspectiva de prueba sobreviniente o de refutación, escenario dentro del cual no cabe el argumento presentado por el recurrente en el sentido que se trata de un elemento trascendental para su teoría del caso.

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

La defensa considera debe confirmarse lo decidido por la A quo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico que se abordará enseguida, acorde al disenso ejercido por la fiscalía frente a la decisión de instancia, de decretar el rechazo de los testimonios de Fredy Herney Monsalve Marín, Efraín Enrique Hernández Feria y Flor Enid Montoya Marín, y del informe de confirmación de la prueba preliminar homologada, se circunscribirá a establecer si por no haberse permitido a la defensa entrevistar a las citadas personas y no solicitarse la realización de la prueba confirmatoria desde antes de la formulación de acusación, conllevaría una eventual sanción de rechazo, conforme a lo previsto por el *artículo 346* del estatuto procesal penal.

Desde esta perspectiva y según el problema jurídico descrito, subyace a la presente controversia un asunto medular y que concierne al derecho que le asiste a la defensa -*como interviniente fundamental en la estructura del proceso penal y particularmente en el sistema acusatorio*-, de obtener de parte del ente acusador el descubrimiento de los medios de conocimiento anunciados en la audiencia de formulación de acusación; aspecto sumamente representativo en la dinámica del esquema adversarial y que toca precisamente, con establecer si la mencionada obligación para el ente acusador, supone el descubrimiento desde la referida

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

diligencia, de la totalidad de elementos materiales de prueba, evidencia física e informes, que se pretenden hacer valer en el juicio.

De ahí que, en ese contexto, adquiera especial trascendencia el descubrimiento probatorio, como momento procesal en el que el ente instructor y la defensa deben exhibir o poner a disposición de la contraparte, los medios de prueba de que cada uno se haya provisto en su labor investigativa y que pretenden ser aducidos en el juicio oral, en plena aplicación de los principios de igualdad, lealtad procesal, defensa, contradicción, objetividad y legalidad, entre otros. Así, se garantiza el pleno desarrollo de la actividad adversarial y el conocimiento oportuno por parte de ambos polos de la actuación procesal, de los instrumentos probatorios con base en los que el adversario fundará su teoría del caso, con miras a estructurar su respectiva estrategia tendiente a sacar adelante sus pretensiones.

Ahora, dicha tarea de descubrimiento ha sido prevista por el Legislador, en orden a un desarrollo metódico y cronológico de una serie de etapas, tendientes a consolidar la igualdad de armas y en procura de establecer un diseño programático del juicio oral, según corresponde la respectiva intervención de los sujetos procesales.

De esta manera, un primer momento estaría dado por la presentación del escrito de acusación por parte del *Delegado de la Fiscalía General de la Nación* ante el Juez de conocimiento, mismo que habrá de contener, entre otras

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

circunstancias, el referido descubrimiento probatorio en contenido anexo y del cual deberá darse traslado por parte del ente investigador, al acusado, la defensa, al Agente del Ministerio Público y a las víctimas –*art. 337 C.P.P.*-.

Consecuentemente, en la audiencia de formulación de acusación y de conformidad con la regulación establecida en el *artículo 344 ibídem*, “*se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba*”, ello, habida cuenta que la defensa podrá solicitar al Juez de conocimiento que ordene al ente acusador tal descubrimiento, aunque dicho sea de paso, también está dado al *Delegado de la Fiscalía General de la Nación*, efectuar tal solicitud respecto de los medios de prueba de la defensa, si cuenta con ellos a esa altura del proceso, ya que, como se sabe, el descubrimiento probatorio por parte de la defensa, tiene lugar en la audiencia preparatoria –*art. 356, numeral 2 ib.*- . Del mismo modo, la norma prevé un ulterior estadio de descubrimiento probatorio, por demás excepcional y consagrado en el último inciso del canon mencionado.

En ese orden de ideas y acorde al precedente jurisprudencial en la materia, el descubrimiento probatorio no se encuentra circunscrito a un único momento procesal, ni a una forma exclusiva para proceder a este respecto a lo largo de la actuación, pues, por el contrario, nuestra sistemática procesal establece cierta flexibilidad sobre el asunto, aunque, claro está, con absoluta observancia del derecho de contradicción, en aplicación del principio de lealtad procesal que le asiste a las partes y además, en un marco de efectividad del derecho sustancial y de concreción de

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

los postulados constitucionales que iluminan el proceso penal, en el que deberán resguardarse las decisiones adoptadas por el funcionario judicial¹.

Por ende, *“el correcto y completo descubrimiento probatorio condiciona la admisibilidad de la prueba”*; y, por esa razón, *“el juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. Por tanto, las evidencias, medios y elementos no descubiertos no podrán aducirse al proceso ni controvertirse dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio oral”*.²

Es por ello que, corresponde al Juez, en el marco del acto del descubrimiento probatorio, velar por el respeto de las garantías fundamentales de cada uno de los sujetos procesales, para lo cual habrá de desplegar sus facultades como director y responsable del desarrollo del juicio, en condiciones ajustadas a los cánones constitucionales y legales.

Por ende, aun cuando el descubrimiento probatorio supone ser un aspecto sustancial de la actuación, que se enmarca en el principio del debido proceso, con su elemento integral del derecho de defensa y que en tal medida, ante un descubrimiento parcial o defectuoso podría dar lugar a la sanción prevista en el *canon 346 C.P.P.*, arriba mencionado, observa la Sala que en el presente evento, la supuesta omisión de la que se duele

¹ H. C.S.J., Sala de Casación Penal. Rdo. N° 25920 del 21 de febrero de 2007, entre otras.

² Casación N° 25920 del 21 de febrero de 2007.

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

la defensa, de parte del *Delegado de la Fiscalía General de la Nación*, en punto a no facilitar los datos de ubicación de los testigos Fredy Herney Monsalve Marín, Efraín Enrique Hernández Feria y Flor Enid Montoya Marín, para ser entrevistados por ese extremo del litigio, o bien abrir un espacio neutral para dicha actividad, así como que se hubiera ordenado la práctica del análisis confirmatorio de PIPH luego de presentado el escrito de acusación, cuyos resultados aún no han sido allegados, en modo alguno sorprende y obstaculiza la actividad defensiva, de cara al ejercicio del derecho de contradicción y a la posibilidad de asumir la respectiva táctica defensiva.

Y es que, la Sala no encuentra ningún fundamento válido en las argumentaciones de la defensa, que dé cuenta seria de las falencias que se predicen en el descubrimiento probatorio, cuando a las claras, los medios de conocimiento, testimonios y sus entrevistas, fueron exhibidos, incluso, desde el mismo escrito de acusación, y aunque es cierto que revisada dicha pieza procesal y la audiencia pertinente no se anotan sus datos de ubicación, lo cierto es que el Fiscal recurrente sostiene que en audiencia de formulación de acusación dio a conocer a la defensa el oficio allegado por el comando de policía del municipio de San Roque, en el que se indica la ubicación y el número telefónico de Fredy Erney Monsalve Marín y también respecto de Efraín Enrique Hernández. Además, el escenario adecuado para hacer valer su estrategia defensiva frente a los referidos declarantes, lo es en el juicio oral, a través del conainterrogatorio.

Por lo tanto, si la parte cumplió el deber de revelar

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

los elementos ya anunciados desde la acusación, en esas condiciones no es posible afirmar de manera inequívoca, que la defensa fue sorprendida con medios de prueba totalmente desconocidos, pues, como ha quedado claro y el mismo defensor lo reconoce, de su existencia fue enterado desde el acto de acusación, luego de lo cual pudo acceder igualmente al contenido de las entrevistas efectuadas a cada testigo.

Ahora, es cierto que el artículo 337 de la ley 906 de 2004, en su literal c) dispone que el escrito de acusación deberá contener *el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio*, sin embargo la supuesta ausencia de datos de ubicación en este particular no se torna caprichosa, dado que el mismo defensor aludió a que esa información en principio no había sido suministrada en aras de proteger a los declarantes, quienes al parecer tenían problemas de seguridad; además, si bien es cierto dicha exigencia se encuentra establecida legalmente, se trata de una formalidad, la cual pudo superar la defensa con un mínimo de indagación, ante la cual no puede sucumbir el acto debidamente agotado por el delegado del ente acusador en procura de obtener la incorporación como prueba de dichos testimonios, pues, se itera, de manera oportuna, dio a conocer esos elementos materiales probatorios, tanto en la audiencia de acusación como en las entrevistas pertinentes.

Si por la Fiscalía no fue proporcionado un espacio neutral para adelantar sus entrevistas a las mencionadas personas -Fredy Herney Monsalve Marín, Efraín Enrique Hernández Feria y Flor Enid Montoya Marín-, no deja de ser una crítica carente de la

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

aptitud para rechazar las pruebas testimoniales solicitadas, puesto que por la defensa en modo alguno fue justificada la necesidad de interrogarlos de manera autónoma.

En segundo lugar, también deberá admitirse el informe sobre el análisis confirmatorio de la prueba preliminar homologada, tratándose de un elemento que no obstante haber sido omitido en el escrito de acusación, claramente fue adicionado en la audiencia respectiva, que tuvo lugar el 25 de febrero de 2020.

Así las cosas, nada irregular resulta que la Fiscalía hubiera solicitado la realización de la citada prueba confirmatoria de la prueba preliminar sobre la sustancia incautada, después de que presentara el escrito de acusación, toda vez que en la audiencia de acusación donde formuló su pretensión advirtió sobre la existencia de tal actividad investigativa y en ese sentido la adicionó como legalmente está permitido por el artículo 339 de la ley 906 de 2004, inciso 1º, lo cual armoniza con los ya citados lineamientos jurisprudenciales sobre la progresividad del descubrimiento probatorio:

*“... tres son los momentos procesales básicos –pero no los únicos- que se relacionan primordialmente con el descubrimiento probatorio: i) cuando el Fiscal remite al Juez el escrito de acusación con sus anexos, al cual pueden acceder los intervinientes (artículo 337 ibídem); ii) **dentro de audiencia de formulación de acusación (artículo 344 ibídem)**; y iii) en desarrollo de la audiencia preparatoria (artículos 356 y 357 ibídem).*

Y se dice que las anteriores fases procesales no son las únicas aptas para el descubrimiento probatorio, toda vez que, por excepción, el Juez tiene la facultad de autorizar un descubrimiento posterior, preservando siempre la garantía de contradicción y con el

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

*tiempo que razonablemente estime necesario”.*³

Además, si el informe de la prueba confirmatoria, debidamente anunciado en la formulación de acusación no fue allegado antes de realizarse la audiencia preparatoria, tal situación obedeció a la tardanza en el servidor encargado de realizarlo como lo dejó sentado el señor fiscal, quien afirmó haber oficiado en varias oportunidades a Medicina Legal en aras de obtener los resultados de la prueba sobre el estupefaciente incautado, sin resultados positivos hasta ese momento; a ellos súmese, nada impide acudir a la solución fijada por el artículo 415 ibídem, preceptiva que permite se materialice el descubrimiento del informe base de opinión pericial, a más tardar cinco (5) días antes de la celebración de la audiencia pública.⁴

Así las cosas, se revocará el proveído de instancia, por medio del cual se accedió a la solicitud de rechazo probatorio propuesta por la defensa, para en su lugar admitir los testimonios de Fredy Herney Monsalve Marín, Efraín Enrique Hernández Feria y Flor Enid Montoya Marín y el análisis confirmatorio de la prueba preliminar homologada, enunciados por la Fiscalía General de la Nación en la audiencia de acusación, dejando en claro que el referido informe hace parte de la prueba pericial conformada igualmente por el testigo perito encargado de efectuar el análisis pertinente.

³ H. C.S.J., Sala de Casación Penal. Rdo. N° 25920 del 21 de febrero de 2007.

⁴ CSJ, Sentencia del 12 de febrero de 2020, radicado 55957.

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión adoptada en sede de primera instancia por el *Juzgado Penal del Circuito de Cisneros, Antioquia*, el día 7 de diciembre de 2020, en desarrollo de la audiencia preparatoria, a través de la cual accedió a la solicitud de la defensa de rechazar los testimonios de los señores Fredy Herney Monsalve Marín, Efraín Enrique Hernández Feria y Flor Enid Montoya Marín y el análisis confirmatorio de la prueba preliminar homologada, enunciados por la Fiscalía General de la Nación en audiencia de formulación de acusación, al interior de la actuación que se sigue en contra del señor RODRIGO DE JESÚS OSORNO OSORNO, por el supuesto delictivo de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

SEGUNDO: En su lugar, se admiten como pruebas los testimonios referidos y análisis confirmatorio de la prueba preliminar homologada, dejando en claro que el referido informe hace parte de la prueba pericial conformada igualmente por el testigo perito encargado de efectuar el análisis pertinente.

En consecuencia, **SE NOTIFICA** en estrados la presente decisión de segundo grado, a cuyo efecto **SE SIGNIFICA** que frente a la misma no procede recurso alguno.

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

Por último, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala sean retornadas las diligencias ante el Juzgado de origen, en punto a que se proceda con la audiencia pertinente.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

**Firma colegiada
PLINIO MENDIETA PACHECO**

**Firma colegiada
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

**Firma colegiada
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Firmado Por:

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

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

Rene Molina Cardenas

Radicado N° : 2021-0178-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 6000000 2019 01520
Acusados : Rodrigo de Jesús Osorno Osorno
Delitos : Tráfico, Fabricación o porte de
estupefacientes

Magistrado

Sala 005 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:

**c5e64141b3035661ba593f396d301846294b0b628a208bba06a6f44b5
139a8b1**

Documento generado en 15/09/2021 01:58:41 PM

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia
Radicado interno: 2021-1392-5



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno

**Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta 122

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Nelson Enrique Henao Gallego
Accionado	Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otra
Tema	Tutela contra decisión judicial
Radicado	(N.I. 2021-1392-5)
Decisión	Niega amparo

ASUNTO

Procede la Sala a decidir en primera instancia la acción de tutela presentada por NELSON ENRIQUE HENAO GALLEGO, en contra del JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia
Radicado interno: 2021-1392-5

ANTIOQUIA, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

Se vinculó a la CARCEL DE ANDES ANTIOQUIA y al JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción en caso de resultar afectados con la decisión que se adopte.

HECHOS

Afirmó el accionante que actualmente se encuentra privado de la libertad en la cárcel de Andes descontando pena de cincuenta (50) meses de prisión, pena que es vigilada por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Indicó que solicitó la libertad condicional por haber cumplido las 3/5 partes de la pena y la prisión domiciliaria, pero fueron negadas por el juzgado ejecutor. Por esa razón, volvió a solicitar la libertad condicional que fue rechazada de plano, ya que pertenecía a un grupo criminal denominado "sangre negra" encargado de crear zozobra y terror a la comunidad. Afirma que no pertenecía a esa organización.

Por otro lado, manifestó, que se le está vulnerando el derecho a la igualdad ya que el Juzgado 3° y 4° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, concedieron la libertad a personas que están con él en el

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia
Radicado interno: 2021-1392-5

mismo delito, inclusive ya fueron dejados en libertad los presuntos cabecillas de la organización "sangre negra".

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Se conceda la solicitud de libertad condicional amparando sus derechos a de libertad e igualdad.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

La Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia adujo que:

- 1- El 4 de febrero de 2021 mediante auto interlocutorio N° 212 negó al condenado la libertad condicional, con fundamento en la grave entidad de uno de los delitos cometidos. Su captura y posterior condena se debió a su admitida pertenencia a la agrupación delincuenciales denominada "sangre negra" vinculada a las cofradías criminales del "Clan del Golfo" y de la "Oficina de Envigado", dedicada al tráfico de estupefacientes en el municipio de Hispania (Ant). Prestó sus servicios como expendedor de drogas a la comunidad desde una plaza de vicio que instaló y dirigió en un taller de mecánica de su propiedad.

La decisión fue apelada y confirmada en su integridad por el Juzgado Segundo Especializado de Antioquia por auto número 39 el pasado 2 de junio.

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia

Radicado interno: 2021-1392-5

- 2- Conocido el resultado de la apelación, en el pasado mes de agosto presentó nuevamente solicitud de libertad condicional, el Despacho la rechazó de plano, a través del auto de sustanciación N° 1633 del 26 de agosto, aludiendo al hecho de que las razones que fundamentaban la solicitud habían sido examinadas con suficiencia en primera y segunda instancia.
- 3- Se trata de negativas válidamente contenidas en autos de sustanciación que no admiten recursos como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en las sentencias T-107533 del 19 de noviembre de 2019 y T-109896 del 28 de abril de 2020, el juez executor puede remitirse a lo que de fondo resolvió al examinar la pretensión de libertad condicional y abstenerse de reevaluarla.
- 4- Advierte que ninguna violación al derecho a la igualdad del condenado se ha estructurado a partir de la decisión del Juzgado de negarle la libertad condicional cuando otros jueces ejecutores se la han concedido a sentenciados ubicados en similar situación a la suya, puesto que el modo de proceder de otros Jueces de EJPMS no constituye un precedente judicial de obligatorio acatamiento para sus pares, y rige en materia del ejercicio de la jurisdicción el principio de la autonomía e independencia judicial sometido desde luego al imperativo constitucional de sujeción estricta a la Ley. Solicitó se niegue la tutela por improcedente.

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia
Radicado interno: 2021-1392-5

El Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia indicó que:

1. Tramitó proceso en contra de NELSON ENRIQUE HENAO GALLEGO radicado bajo el SPOA 05001 60 00 000 2020 00704 que terminó con sentencia de condena el 14 de agosto de 2020, al haberlo hallado penalmente responsable del delito de concierto para delinquir agravado; tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de muebles o inmuebles.
2. El accionante presentó solicitud de libertad condicional ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas negándose su procedencia al estimar que, pese a haber cumplido las 3/5 partes de la pena impuesta, en atención a la valoración negativa de la conducta no era posible, acceder a ese requerimiento. La decisión fue confirmada, tal y como obra en el auto interlocutorio N° 39 del 02 de junio de 2021. Allí se concluyó que tal y como lo había manifestado el Juez de Primera Instancia, la valoración de las conductas punibles materia de juzgamiento tenían más peso que el tiempo redimido por el sentenciado y su comportamiento en el penal. La decisión estuvo ajustada a derecho. La valoración de la conducta punible es un presupuesto normativo inescindible para conceder la libertad condicional y el mismo no se encontró satisfecho.

El Director de la Cárcel de Andes informó que:

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia

Radicado interno: 2021-1392-5

1. Realizó el trámite pertinente para el acceso al subrogado penal de libertad condicional de HENAO GALLEGO, petición manuscrita por el condenado el 8 de enero de 2021, que fue resuelta de manera negativa por parte del juzgado de ejecución de penas debido a la gravedad de la conducta. decisión que fue apelada y confirmada en su integridad.
2. El 17 de agosto hogaño, se envió por parte del área Jurídica nuevamente solicitud de libertad condicional suscrita por el accionante, que fue rechazada de plano por parte del Juzgado de Ejecución de Penas mediante auto de sustanciación N° 1633 de fecha 26/08/2021.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 5° del artículo 1° del decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, le corresponde a esta Sala conocer la acción de tutela objeto de estudio.

En relación con las garantías constitucionales fundamentales que informó la parte actora como vulneradas, la procedencia ha de cifrarse en la configuración de los presupuestos generales¹ que deben concurrir de

¹ Sentencia SU116-18 "los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela establecidos por la Corte son: a) La relevancia constitucional del asunto bajo examen. b) Los efectos decisivos que de la irregularidad denunciada se desprendan y que tengan la entidad de vulnerar las garantías fundamentales de la parte actora. c) Que no se trate de sentencias de tutela. d) Que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales. e) La inmediatez".

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia

Radicado interno: 2021-1392-5

manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional deviene en improcedente. Lo anterior respecto a la objeción del auto N° 1633 de fecha 26 de agosto de 2021 que rechazó de plano su solicitud de libertad condicional; además, involucra las decisiones anteriores de primera y segunda instancia que negaron la solicitud por la gravedad de la conducta indicando que no pertenecía a la organización criminal señalada.

Queda claro que la queja del accionante es que el juzgado de ejecución accionado negara la libertad condicional por la gravedad de la conducta, sin prueba alguna, pues afirma no pertenece a la organización criminal; igualmente reprocha que se haya rechazado de plano la última solicitud de libertad condicional sin conocerla de fondo.

Según la Corte Constitucional² la acción de tutela contra decisiones judiciales resulta procedente cuando se pretenda proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas que se hayan visto amenazados o vulnerados con una decisión judicial. Se observa a simple vista que concurren los presupuestos para la procedencia de la acción de tutela: de la narración de los hechos se infiere que se acusan los autos de primera y segunda instancia N° 212 auto del 4 de febrero de 2021 y, N° 39 del 2 de junio de 2021 respectivamente, al igual que el auto que rechazó de plano la solicitud N° 1633 de fecha 26 de agosto de 2021 de presentar defecto fáctico. Reviste relevancia constitucional en tanto se afirma vulnerados derechos fundamentales como el debido proceso y la libertad con las decisiones cuestionadas. El accionante no cuenta con otro

² Sentencia T-356 de 2007.

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia

Radicado interno: 2021-1392-5

mecanismo de defensa judicial para la protección de los derechos que invoca, ya que en una de las decisiones cuestionadas ya agotó los recursos a su alcance y la otra no admite recurso alguno.

La Sala conocerá el fondo del asunto, para detectar si se ha incurrido en alguno de los presupuestos específicos³ que configuren una causal especial de procedibilidad.

La pretensión concreta de la parte actora es que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia conceda la solicitud de libertad condicional presentada en dos oportunidades. Esta Sala pudo constatar que tal pretensión fue estudiada y resuelta debidamente, como se advierte de las respuestas aportadas, con los autos interlocutorios N° 212 del 4 de febrero de 2021 y, N° 39 del 2 de junio de 2021, el Juzgado executor resolvió de fondo la petición de libertad condicional realizada, que fue apelada y confirmada en su integridad por el juzgado fallador, decisión que se encuentra debidamente ejecutoriada.

³ Sentencia T-367/18." **a.** Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. **b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.** **c.** Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. **d.** Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. **f.** Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. **g.** Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. **h.** Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. **i.** Violación directa de la Constitución".

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia

Radicado interno: 2021-1392-5

Por lo anterior reprochó el actor que: i) el juzgado de ejecución accionado negó la libertad por la gravedad de la conducta, sin prueba alguna, pues afirma no pertenece a la organización criminal; ii) se rechazó de plano la última solicitud de libertad condicional sin conocerla de fondo.

Indicó HENAO GALLEGO que no perteneció a la organización criminal, además que no se cuentan con pruebas contundentes que demuestren su participación en el actuar delictivo. La Sala constató en la sentencia de responsabilidad penal que, la fiscalía contó con elementos de prueba necesarios para que el fallador emitiera sentencia condenatoria, además, fue HENAO GALLEGO quien aceptó bajo la gravedad de juramento que: *“desde su rol de mecánico se asoció a la organización delincuencia denominada Sangre Negra, la cual presta sus servicios a la macroestructura denominada Clan del Golfo, siendo uno de los expendedores de sustancia estupefaciente, actividad que realizaba desde su taller o monta llantas ubicado en el municipio de Hispania sobre la vía principal que conduce a Andes, mismo que le servía de fachada”...* *“participaba activamente en la consecución de los fines de la organización a la cual se vinculó libremente, puesto que en sus manos estaba la principal fuente de financiamiento de este tipo de estructuras criminales”.*

De acuerdo con lo anterior, no hay razón válida que acredite los cuestionamientos realizados a los autos interlocutorios N° 212 auto del 4 de febrero de 2021 y, N° 39 del 2 de junio de 2021, pues, ya existe una sentencia en firme, decisión que estuvo sustentada con pruebas aportadas por la Fiscalía, que no fueron controvertidas y por el contrario aceptadas en su integridad por el sentenciado. De allí se determinó la valoración del requisito subjetivo para resolver la solicitud de libertad condicional, que fue negada

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia
Radicado interno: 2021-1392-5

y confirmada, **no sin antes haberse valorado de igual forma los restantes requisitos del artículo 64 del C.P**

Se advierte que, una vez resuelta de fondo una petición de libertad condicional, solo es posible obtener un pronunciamiento posterior sobre la procedencia del subrogado cuando existan nuevas circunstancias que lo ameriten. Por ejemplo, el paso considerable del tiempo contado desde el último auto que denegó el subrogado, constituye un aspecto novedoso que habilita una decisión de fondo sobre la procedencia del mecanismo liberatorio, siempre y cuando el aspecto indispensable para resolver la solicitud sea la evolución favorable del tratamiento penitenciario.

Aunque la autoridad accionada no valoró el comportamiento del condenado en reclusión desde la última negativa de la libertad condicional ocurrida el 4 de febrero de 2021, a fin de ponderarlo con los demás requisitos establecidos en el artículo 64 del C.P., lo cierto es que la razón que la llevó en una primera oportunidad a negar el subrogado fue la valoración negativa de la conducta punible, presupuesto que no ha cambiado en virtud del tratamiento penitenciario, pues cosa distinta no se acreditó en este trámite.

Cuando se resolvió de fondo la petición de libertad condicional, la juez ejecutora no puso en entredicho el cumplimiento del factor objetivo, señalando que la negativa de la libertad condicional se debía exclusivamente a la valoración negativa de la conducta punible.

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia

Radicado interno: 2021-1392-5

Desde ese punto de vista, vale la pena recordar los siguientes apartes de la decisión radicado T 109896 del 28 de abril de 2020, donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un caso parecido, señaló:

"si se analizan las razones que llevaron a negar el subrogado en la primera oportunidad, se constata que lo fue por la gravedad de la conducta, atendidas las consideraciones consignadas en las sentencias, situación que no cambia en virtud del tratamiento penitenciario. Por eso, hizo bien el juzgado accionado en remitirse, para negarla, a lo entonces expuesto, bajo la consideración de que los motivos no habían variado."

Similar valoración realizó en la sentencia T-107533 del 19 de noviembre de 2019, luego de conocer una tutela en segunda instancia emitida por esta Sala que negó el amparo por las mismas razones aquí expuestas. Advirtió la Corte que: tuvo razón el juez executor toda vez que la negativa se cimentó en la sentencia C-757 de 2014, que declaró EXEQUIBLE la expresión "previa valoración de la conducta punible". Consideró que el juez executor aplicó en debida forma los supuestos normativos y criterios jurisprudenciales, así que no justificaba un nuevo pronunciamiento de fondo por parte del Juzgado de Ejecución de Penas.

Este criterio acogido por la Corte, permite afirmar que el auto N° 1633 de fecha 26 de agosto de 2021, dictado por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia es razonable y no permite afirmar que esa providencia sea irregular al abstenerse la Juez de valorar el comportamiento carcelario del condenado desde la última vez que le denegó la libertad condicional y que fue confirmada por el fallador mediante auto N° 39 del 2 de junio de 2021.

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia

Radicado interno: 2021-1392-5

Ese auto que rechazó de plano la nueva petición de libertad condicional, es de trámite respecto del cual no proceden los recursos de ley.

En consecuencia, como la decisión de rechazar de plano la solicitud de libertad condicional reiterada por el accionante en el pasado mes de agosto, está soportada en criterios de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se descarta su irregularidad, de manera que no queda camino distinto que denegar el amparo constitucional solicitado.

Por último, adviértase que no encuentra la Sala vulnerado el derecho a la igualdad del accionante. El hecho de que sus compañeros de causa estén en libertad condicional, no permite afirmar la vulneración de esa garantía constitucional. De ninguna manera las decisiones emitidas por los homólogos son vinculantes para el juzgado executor que vigila su pena. En primer término, no se trata de ningún tipo de precedente judicial de obligatorio acatamiento y, en segundo lugar, operan en este ámbito los principios constitucionales de independencia y autonomía judicial que orientan la función jurisdiccional.

Adoptar una decisión diferente a la que tomó otro juez de la misma categoría, no lesiona el derecho a la igualdad como lo indica el accionante, el quebranto a ese derecho se materializaría cuando el mismo funcionario judicial dispensa un trato diferente y discriminatorio a quienes están ubicados en la misma situación de hecho. Por el contrario, se observó que bajo el principio de autonomía judicial la Juez decidió conforme a derecho, realizó una valoración de todos los requisitos incluido el de la

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia
Radicado interno: 2021-1392-5

gravedad de la conducta.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR la protección constitucional solicitada por Nelson Enrique Henao Gallego.

SEGUNDO: La presente decisión admite el recurso de impugnación que deberá ser interpuesto dentro del término de ley. Para el efecto, dese cumplimiento a los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5º del reglamentario 306 de 1992. De no ser impugnada la misma, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia
Radicado interno: 2021-1392-5

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

Tutela primera instancia

Accionante: Nelson Enrique Henao Gallego
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
de Antioquia
Radicado interno: 2021-1392-5

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:

a87c58f4d0790302ff214c8fcbd24cbcc382d1f05f126c8d334099a93b5c152a

Documento generado en 15/09/2021 02:08:28 PM



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 122

Proceso	Incidente de Desacato
Instancia	Consulta Sanción por Desacato
Sancionado	Alianza Medellín Antioquia EPS-S SAS (Savia Salud EPS)
Radicado	05 697 31 04 001 2017 00263 -00 (N.I. TSA: 2021-1419-5)
Decisión	Revoca sanción

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la consulta de la sanción que por desacato impusiera el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Ant.), al representante legal de Alianza Medellín Antioquia EPS-S SAS (Savia Salud EPS) Luis Gonzalo Morales, por no cumplir un fallo de tutela.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Ant.) mediante fallo de tutela del 6 de junio de 2017 amparó el derecho fundamental a la salud de RUBÉN ANTONIO QUINTERO GARCÍA, ordenando - CITA CON OFTALMOLOGÍA GENERAL - y le concedió el tratamiento integral de todo aquello que se derive de su padecimiento –CATARATAS BILATERAL-.

El 27 de agosto de 2021 el incidentista presentó solicitud de desacato aduciendo el incumplimiento al fallo de tutela, en cuanto la cita con oftalmología y varios procedimientos derivados de la enfermedad por la que se le concedió el tratamiento integral.

Mediante auto del 27 de agosto de 2021 el Juzgado profirió auto de apertura en contra del Representante Legal de la entidad accionada, otorgando término de tres (3) días para que informara las razones del incumplimiento, decisión que fue notificada tanto a LUIS GONZALO MORALES SÁNCHEZ, Representante Legal de la EPS SAVIA SALUD, así como a ADRIANA MARÍA VELÁSQUEZ ARANGO Gerente Suplente.

El 6 de septiembre de 2021 el Juzgado impuso a LUIS GONZALO MORALES SÁNCHEZ multa de un (1) s.m.l.m.v y tres (3) días de arresto, como consecuencia del desacato al fallo de tutela.

Esta Sala estableció comunicación telefónica con el incidentista, quien informó que la EPS accionada ya dio cumplido el fallo de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con esta clase de asuntos, la jurisprudencia ha sido clara al establecer que “el cumplimiento de fallos judiciales es un imperativo del Estado Social de Derecho, fundamento de la democracia y parte integrante

de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia”.¹

De igual manera se tiene que la trasgresión de derechos al incumplir una orden judicial, tiene dos aristas fundamentales. Ellas son:

1. Una violación del derecho fundamental de acceso a la justicia. Al respecto la Corte Constitucional señaló que el acceso a la justicia incluye “el derecho a obtener cumplimiento de las decisiones consignadas en las sentencias. De otra forma, se desvanece la legitimidad de la Rama Judicial y sus decisiones se convierten en meras proclamaciones sin contenido vinculante.”²

2. La prolongación de la vulneración de los derechos fundamentales, lo cual es un hecho flagrantemente violatorio del ordenamiento jurídico.

El problema jurídico por resolver se concreta en la responsabilidad que asiste a la entidad que resultó obligada en el fallo de tutela y así establecer si debe confirmarse la sanción impuesta desde la primera instancia al representante legal de Alianza Medellín Antioquia EPS-S SAS (Savia Salud EPS), debido al incumplimiento que al parecer se sostuvo respecto a la orden constitucional proveniente del Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Ant.).

En este asunto, sin necesidad de analizar de fondo si se respetaron los derechos del debido proceso y de defensa de la entidad accionada, esta Sala desde ya anuncia que revocará la decisión constitucional mediante la cual se sancionó con arresto y multa al representante legal de Alianza Medellín Antioquia EPS-S SAS (Savia Salud EPS).

En sede de Consulta el incidentista informó que la entidad accionada ya dio cumplimiento al fallo de tutela.

¹Sentencia C 1006 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

²Sentencia T 096 de 2008 M. P. Humberto Sierra Porto.

Por ello, a pesar de que la entidad demandada tardó en el acatamiento al fallo de tutela, finalmente cumplió a cabalidad la orden impartida por el Juez Constitucional.

Además, no se observa dolo ni culpa en el actuar por parte del representante de la E.P.S accionada, es decir, que el incumplimiento no se produjo de manera intencional, y, al presentarse el acatamiento de la aludida orden del juez de tutela, se hace necesario revocar el auto mediante el cual se impuso una sanción de multa y arresto a Luis Gonzalo Morales.

Esto porque según la Corte Constitucional³:

“en caso de que se empiece a tramitar un incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatendido lo ordenado por el juez de tutela, y quiere evitar la imposición de una sanción, deberá acatar la sentencia. De igual forma, en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido sancionar al responsable, éste podrá evitar que se imponga la multa o el arresto cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor””.

Significa lo anterior que, cuando la demandada cumple dentro del trámite incidental con lo ordenado en el fallo de tutela y cuyo inicial incumplimiento generó el incidente de desacato, la sanción pierde su dinámica según la jurisprudencia constitucional, y ello es lo que se examina en esta oportunidad, al verificar que la accionada cumplió con el fallo de tutela garantizando al afectado la atención necesaria según la patología que padece.

En consecuencia, la sanción proferida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia) no se hará efectiva. Por tanto, se revocará el auto del 6 de septiembre de 2021.

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

³ Corte Constitucional. Sentencias T-512 de 2011 y T-171 de 2009

correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo con la aceptación del contenido del auto por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia del 6 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia), que impuso sanción de multa y arresto al representante legal de Alianza Medellín Antioquia EPS-S SAS (Savia Salud EPS) Luis Gonzalo Morales, por cumplimiento al fallo de tutela de la referencia.

SEGUNDO: Remítase el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

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

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:
eddfed49dd09cbb680ae8f6e046a005c985301bc8a6de72366dddab274942d76

Documento generado en 15/09/2021 02:06:23 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 050002204000202100522

NI: 2021-1370-6

Accionante: DR. FEDERICO CALDERÓN DUARTE

Accionados: JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO
(ANTIOQUIA)

Decisión: Rechaza

Aprobado Acta N°:150 septiembre 9 del 2021

Sala

No.: 06

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, septiembre nueve del año dos mil veintiuno

VISTOS

Por reparto efectuado por la oficina de Apoyo Judicial, correspondió a esta Sala conocer de la acción de tutela interpuesta por el abogado Federico Calderón Duarte quien manifiesta actuar en representación del señor Diego Alberto Salazar Granada, pretendiendo la protección de los derechos fundamentales de su representado, que en su sentir le han sido vulnerados por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia).

CONSIDERACIONES

En el presente asunto consideró esta Sala, no era procedente darle el trámite correspondiente a la presente acción, esto es, admitir y correr traslado del escrito al Despacho Judicial demandado, pues se tiene que, si bien el Dr. Calderón Duarte anuncia que interpone este mecanismo excepcional como apoderado judicial del señor Diego Alberto Salazar Granada, lo cierto es que no anexa el poder otorgado para tales fines.

Al respecto se tiene que el artículo 86 de la Constitución de 1991, es clara al señalar que: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”*

Ahora sobre la legitimidad e interés para recurrir a la acción de tutela, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, estableció lo siguiente:

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

“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

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

Sobre este aspecto la Corte Constitucional en sentencia SU 055 del 12 de febrero del 2015, entre otras cosas, señaló:

“4. La tutela es un medio de defensa judicial de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por sí misma o por quien actúe a su nombre” (CP art. 86). No es necesario que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre. El tercero debe sin embargo tener una de las siguientes calidades: (i) representante del titular de los derechos, (ii) agente oficioso o (iii) Defensor del Pueblo o personero municipal.^[20] Representante puede ser, por una parte, el representante legal (cuando el titular de los derechos sea menor de edad, incapaz absoluto, interdicto o persona jurídica), y por otra el apoderado judicial (en los demás casos). Ahora bien,

para ser apoderado judicial, la persona debe ser abogado titulado y a la acción debe anexar poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo.[21] (ii) Como agente oficioso puede obrar un tercero “cuando el titular de los [derechos] no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud” (Dcto 2591 de 1991 art. 10). (iii) El Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden instaurar la tutela conforme a la ley y la jurisprudencia a nombre de quien se los solicite o esté indefenso.[22]”

Analizado el escrito presentado por el Dr. Federico Calderón Duarte, se tiene que si bien dice presentar la acción constitucional en calidad de apoderado judicial del señor Diego Alberto Salazar Granada; sin embargo, no aportó a la actuación el respectivo poder que lo acredita para obrar en tal calidad.

Es así como esta Sala, en auto del pasado 3 de septiembre del presente año, decide abstenerse de asumir el conocimiento de esta acción constitucional, al tiempo que otorga al Dr. Federico Calderón Duarte un término de 3 días, para que procediera a allegar el poder a él otorgado por parte del señor Salazar Granada, límite que feneció sin que se arrojara dicho documento.

En el interregno, se recibió documento por medio del cual el profesional del derecho manifiesta subsanar el yerro y así demostrar la legitimación para actuar dentro del presente trámite constitucional, adjunta dos actas de audiencias calendadas el día 13 de agosto de 2019 y el 28 de julio de 2021 donde se avizora que asistió a dichas diligencias; lo anterior, permite inferir que tiene poder para actuar dentro del proceso penal seguido en desfavor del señor Salazar Granada, pero no para interponer en su nombre acciones de tutela.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo anterior no queda otro camino para esta Sala que proceder al rechazo de la solicitud elevada por el Dr. Federico Calderón Duarte en favor del señor Diego Alberto Salazar Granada, por la imposibilidad de proseguir con la actuación.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

Primero: RECHAZAR la presente acción Constitucional presentada por el Dr. Federico Calderón Duarte, al no encontrarse su legitimidad para representar los intereses del señor Diego Alberto Salazar Granada, en contra del Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia).

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:

fa341f208bc0af16d7e12364884d7cefeca8ba0be51061a0a73f7f6f980d8026

Documento generado en 10/09/2021 08:43:43 a. m.

Proceso No. 058906100170201180064 NI:2021-1321

Condenado: LUIS EDUARDO MADRIGAL ALZATE

Motivo: Apelación auto incidente de reparación integral

Decisión: Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No. 058906100170201180064 **NI:**2021-1321

Condenado: LUIS EDUARDO MADRIGAL ALZATE

Motivo: Apelación auto incidente de reparación integral

Decisión: Confirma

Aprobado Acta No. 154 del de septiembre del 2021 **Sala No:** 6

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

Medellín, septiembre quince del año dos mil veintiuno

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO.

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de la víctima, contra la determinación adoptada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, el pasado 20 de agosto del presente año, mediante la cual decide decretar el desistimiento a las pretensiones del incidentante, ante la no comparecencia de la señora madre de la víctima.

2. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE.

El señor LUIS EDUARDO MADRIGAL ALZATE, fuere condenado por el Juzgado Promiscuo del Circuito, a la pena de 114 meses de prisión, al haber sido hallado responsable del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, en virtud de dicha condena, fuere solicitado por el apoderado judicial de la víctima se diera inicio al incidente de reparación integral, solicitud efectuada desde el 24 de septiembre de 2019, pudiéndose solamente iniciar hasta

el 25 de agosto de 2020, fecha en la cual se indicó por parte del apoderado judicial de la víctima cual era el monto de los perjuicios morales, los cuales fueron tasados en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En dicha oportunidad se intentó efectuar una conciliación, pero la misma fracasó por la inasistencia de la víctima.

Para el 3 de noviembre de 2020, se da continuidad a dicho incidente, fracasando en igual sentido la conciliación por la inasistencia nuevamente de la madre de la víctima, retomándose la diligencia solo hasta el 20 de agosto de 2021.

3. AUTO DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante auto del pasado 20 de agosto del año en curso, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, ante la no comparecencia de la señora NELLY DEL SOCORRO MARIN, madre de quien fuera el menor víctima, decide dar aplicación al parágrafo del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, y por tanto decreta el desistimiento de las pretensiones y ordena en consecuencia el archivo del incidente de reparación integral, decisión frente a la cual el apoderado judicial de la víctima interpone recurso de apelación.

4. DEL RECURSO

El representante judicial de la víctima, expresa su inconformidad con la decisión adoptada por el Juzgado de primera instancia por las siguientes razones:

Hace alusión al fallecimiento del menor víctima del delito por el cual fuere condenado el señor LUIS EDUARDO MADRIGAL ALZATE, señalando que el mismo se debió por la continua angustia que dicho insuceso había causado en su vida, razón por la cual decidió culminar con su vida, y que la no comparecencia de la señora NELLY DEL SOCORRO MARIN, a la

diligencia se debe a ese mismo motivo, pues tiene conocimiento que la señora MARIN, se encuentra viviendo en una vereda en la zona rural del municipio, la cual no cuenta con señal de celular, por lo que ha sido imposible su ubicación, pero que considera que la justicia debe humanizarse, y con ello darle la oportunidad a esta persona de indicar como desea ser reparada, pues ya obtuvo verdad y justicia, pero falta el componente de la reparación, por lo que solicita se revoque la decisión adoptada por el Juez de instancia, para que se de la oportunidad de que la señora antes mencionada comparezca al incidente de reparación integral.

4.1 Defensa como no recurrente.

Indica el apoderado judicial del condenado que se encuentra de acuerdo con la decisión adoptada por el Juez *A-quo*, pues considera que se ha tenido el tiempo pertinente para lograr la comparecencia de la madre de la víctima al presente incidente y no ha sido posible lograr su comparecencia, por lo que dar cumplimiento a lo prescrito en el parágrafo del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal es lo adecuado.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación por cuanto nos encontramos al interior del trámite subsiguiente al proceso penal, el cual culminó con la emisión de una sentencia condenatoria en desfavor de LUIS EDUARDO MADRIGAL ALZATE, por el delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años, por lo que se da inicio al incidente de reparación integral, esto en cumplimiento al artículo 102 del Estatuto Procesal Penal.

Descendiendo entonces al tema de apelación, el cual se contrae a verificar si era posible que el Juez de primera instancia decretara el desistimiento de las pretensiones que dieron inicio al incidente de reparación integral, dando aplicación al párrafo único del artículo 104 del CPP, ante la no comparecencia de la señora NELLY DEL SOCORRO MARIN, madre de la víctima.

Lo primero que habrá de indicarse, es que, al tratarse de un delito cometido en contra de un menor de edad, la apertura del incidente de reparación integral debe hacerse de oficio, en este caso, no fue así, puesto que el apoderado judicial de la víctima deprecó de la Judicatura el inicio del mismo.

Ahora bien, una vez verificada la actuación, y escuchado con detenimiento el audio del pasado 20 de agosto de 2021, conoció el Despacho, el fatídico desenlace que tuvo la vida de quien fuera la víctima dentro del proceso penal adelantado en contra de LUIS EDUARDO MADRIGAL ALZATE, e igualmente, de que para ese momento en el que decide terminar con su vida, ya había adquirido la mayoría de edad. De la solicitud presentada por el representante judicial de la víctima en la que da a conocer por escrito cual es la pretensión económica de la víctima, esto es, para el 25 de agosto de 2020, se deja entrever, que el menor víctima, para ese momento ya no se encontraba con vida.

Pudo evidenciarse, que en el decurso de la actuación desplegada al interior del trámite incidental, la no comparecencia a ninguna de las diligencias realizadas por el Juzgado de primera instancia, por parte de la señora NELLY DEL SOCORRO MARIN, ni tampoco, que el apoderado judicial de la víctima, hubiese emprendido alguna labor de búsqueda para lograr ubicar a la antes mencionada, y lo que si es cierto, es que desde el 25 de agosto de 2020, a la fecha, ha transcurrido más de un año, sin que se haya mostrado interés alguno por parte de la señora MARIN, de comparecer al incidente de reparación integral como víctima ante la muerte de su hijo, pues al encontrarnos dentro de un trámite regido por las normas

civiles, sería procedente que se constituyera como víctima, al aplicarse la sustitución procesal por muerte, si lo estima conveniente, pero el desinterés en el trámite es evidente, por lo que razón le asiste al *A-quo*, en dar aplicación a la figura del desistimiento de las pretensiones, contenida en el párrafo del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, ante la pasividad mostrada por la madre de quien fuera la víctima.

“Artículo 104 Código de Procedimiento Penal:

PARÁGRAFO. *La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas.*

Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.”

Así las cosas, se observa dentro de la actuación, que por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, se ha intentado notificar a la señora NELLY DEL SOCORRO MARIN, al abonado telefónico aportado por ella, de cada una de las audiencias que se han realizado, pero lo cierto es, que no se ha obtenido respuesta alguna, pese a los mensajes de voz que han sido dejados en su celular. Habiéndose dejado las debidas constancias de ello. Por lo que considera la Sala, que no existe vulneración a los derechos de las víctimas, pues no ha sido un trámite adelantado a espaldas de las mismas, sino todo lo contrario, ha sido una actuación que se ha dilatado en el tiempo y que no ha contado en ninguna de sus audiencias con la presencia de la antes referida, con lo que se constata el desinterés de la parte en dicho trámite, constituyéndose la ausencia injustificada que da lugar a la aplicación del desistimiento de las pretensiones.

En consecuencia, no otra determinación habrá de tomarse, que la de confirmar la decisión adoptada por el Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó, el pasado 20 de agosto de 2021,

en la cual decretó el desistimiento de las pretensiones del incidente de reparación integral iniciado en contra del señor LUIS EDUARDO MADRIGAL ALZATE, y el respectivo archivo del mismo.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia materia de impugnación.

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno

A la notificación de esta providencia DEVUÉLVASE al Juzgado de origen la actuación virtual recibida para desatar la alzada.

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Proceso No. 058906100170201180064 NI:2021-1321

Condenado: LUIS EDUARDO MADRIGAL ALZATE

Motivo: Apelación auto incidente de reparación integral

Decisión: Confirma

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:

a5d7d9b8110f81cc6a5d51a489792a88c10a7f234a51d4de507c228aafd7d748

Documento generado en 15/09/2021 12:22:04 PM