

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 167

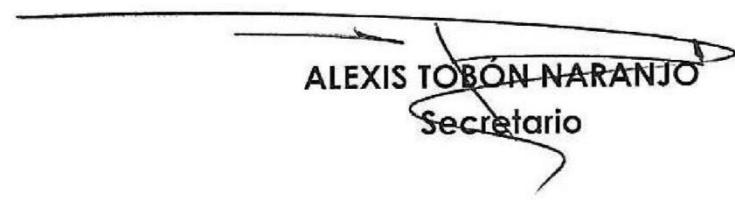
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021-1476-1	ACCION DE REVISION	JUAN DAVID ATEHORTÚA VÉLEZ	.	inadmite demanda de revisión	Septiembre 23 de 2021
2021-1170-2	Sentencia 2º instancia	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	WILFRIDO CHINQUILLO SALGADO	Confirma sentencia de 1º instancia	Septiembre 22 de 2021
2021-1424-3	Tutela 2º instancia	MARÍA LEONISA JORDAN	AFP COLPENSIONES Y OTROS	Modifica sentencia de 1º instancia	Septiembre 23 de 2021
2021-1362-4	Tutela 2º instancia	MARGARITA CRISTINA SÁNCHEZ MONTAÑO	DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL Y O	Modifica sentencia de 1º instancia	Septiembre 23 de 2021
2021-1203-6	sentencia 2º instancia	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO Y OTROS	WILDER JANEY ESPINOSA MUÑETON Y OTROS	Modifica sentencia de 1º instancia	Septiembre 23 de 2021
2021-1398-6	auto ley 906	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA Y OTROS	confirma auto de 1º instancia	Septiembre 23 de 2021
2021-1337-6	Tutela 2º instancia	OTILIA ESTHER BECERRA MARTÍNEZ	NUEVA EPS	Modifica sentencia de 1º instancia	Septiembre 23 de 2021

FIJADO, HOY 24 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 PENAL DE DECISIÓN

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 126

RADICADO : 057366000310201700016 (2021 1476)
ACCIONANTE : JUAN DAVID ATEHORTÚA VÉLEZ
DELITO : EXTORSIÓN AGRAVADA Y CONCIERTO PARA
DELINQUIR AGRAVADO
ASUNTO : INADMITE ACCIÓN DE REVISIÓN

ASUNTO

La Sala procede a analizar si la presente demanda de revisión interpuesta por el señor JUAN DAVID ATEHORTÚA VÉLEZ por intermedio de apoderado judicial, reúne o no los presupuestos de ley para su admisión.

LA DEMANDA

El accionante, luego de hacer referencia al proceso que se adelantó en contra de su prohijado por los delitos de extorsión agravada y concierto para delinquir agravado y que culminó con sentencia condenatoria en razón al preacuerdo suscrito por las partes, señaló que a aquél le fue impuesta una sanción de 108 meses de prisión, a la cual, adujo, se llegó luego de partir del mínimo de la pena *“con el incremento del artículo 14 de la ley 890 de 2004...”*, misma que quedó ejecutoriada en el acto al no haberse interpuesto el recurso de apelación.

Afirmó que interpone la acción de revisión con fundamento en la causal 7ª del artículo 192 de la ley 906 de 2004, según la cual la acción de revisión procede *“cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad...”*.

Solicitó se tenga en cuenta lo que en relación con la pena ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia 33254 del 27 de febrero de 2013 MP. José Leonidas Bustos Martínez, donde se trae a colación varios pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la cual se concluye que el propósito asignado al aumento generalizado de las penas, concretado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, surgió como medio idóneo para permitir la aplicación de acuerdos y negociaciones, sin embargo, *“a la hora de conjugar su aplicación con la prohibición de descuentos punitivos,*

incorporada a través del art. 26 de la Ley 1121 de 2006, salta a la vista la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena”.

Destacó que en razón a lo anteriormente expuesto y atendiendo que la jurisprudencia es clara al indicar que no procede la aplicación del incremento punitivo del artículo 14 de la ley 890 de 2004, por cuanto la Ley 1121 de 2006, que es posterior, prohíbe cualquier rebaja para delitos como el que es objeto de revisión, al haber cambiado favorablemente la jurisprudencia, solicita en consecuencia se proceda a la redosificación de la pena que le fue impuesta a su asistido y para ello trae como referencia lo dispuesto por los artículos 244 y 245 del C.P., de las que señala, no debe tenerse en cuenta dicho aumento general de las penas y por ello concluye que la pena a imponer debe ser de 84 meses de prisión.

CAUSAL INVOCADA

Como se dijo, el accionante menciona como causal, la consagrada en el numeral 7º del artículo 192 de la ley 906 de 2004, esto es el cambio favorable de criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

CONSIDERACIONES

De una vez se dirá que observado el escrito presentado para solicitar la revisión del proceso fallado en contra del señor JUAN

DAVID ATEHORTÚA VÉLEZ, fácilmente se concluye que no reúne las exigencias de ley para proferir auto admisorio de la demanda.

Para la Sala, es claro que la Acción de Revisión consiste en un trámite autónomo e independiente del proceso que terminó con la sentencia cuya remoción se incoa. Es un mecanismo judicial especial que implica una excepción al principio de la cosa juzgada, porque a través de él se busca dejar sin efectos lo decidido en una sentencia ejecutoriada, lo cual sólo puede ocurrir ante la demostración de cualquiera de las causales previstas en la ley.

La acción de revisión se torna en un verdadero juicio de verdad y justicia a una decisión judicial que, aunque ya dio por terminado en forma definitiva el debate, frente a un asunto sometido a la jurisdicción, conviene examinar ante la presencia de un distanciamiento del fallo con los fines propios del proceso penal, específicamente en la reproducción de los hechos que dieron origen a la actuación del Estado.

Igualmente, la ley justifica la revisión cuando la sentencia se dictó con apoyo en alguna interpretación del orden jurídico que fue variado con posterioridad, mediante la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia. Caso en el cual, la revisión también es procedente ante el cambio de criterio que influye favorablemente en la punibilidad.

Con respecto a esta causal de revisión, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado¹:

«Frente a este particular motivo de revisión, la injusticia de la decisión deviene por el reconocimiento posterior de que el criterio interpretativo que venía rigiendo era errado y, por tanto, debe variar o, igualmente, porque las circunstancias fácticas se han modificado, imponiéndose, en consecuencia, otra hermenéutica para eventos juzgados con fundamento en la interpretación modificada.

Para su configuración, también lo tiene dicho la Sala, es imprescindible que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue fue asumido con base en la jurisprudencia modificada, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia ante la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte, lo cual necesariamente conduce a la sustitución del fallo.»

(Subraya la Sala).

Así mismo, se pronunció la Corte Suprema de Justicia, sobre la finalidad de la causal en la sentencia 41964 de 2013.

«La consagración de esta causal de revisión, conlleva de manera directa el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del derecho, y, de la misma forma ello conlleva a la materialización del

¹ Ver Decisión del 16 de abril de 2015. Radicado 42208. M.P. Dra. María del Rosario González Muñoz.

*derecho a la igualdad (Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio). Su entendimiento es elemental, **aquellos que fueron sentenciados con fundamento en una determinada interpretación de la ley**, tienen derecho a que su situación sea revisada cuando quiera que hayan variado favorablemente esas consideraciones que conllevaron a la condena o a hacer más gravosa dicha situación.*

El planteamiento de la causal supone entonces definir, en primer lugar, cuál es la tesis o la interpretación o el precedente que se revalúa, y que sirvió de base para la sentencia condenatoria o la agravación punitiva, luego definir el punto concreto de discusión o de interpretación; y, seguidamente, indicar cómo es que se produjo la variación jurisprudencial, y desarrollar los planteamientos sobre el particular».

(Se subraya).

Visto lo anterior, es claro para la Sala que, en el presente caso, el señor Juan David Atehortúa Vélez fue declarado responsable, y el fundamento de la sentencia fue la aceptación de cargos a través del preacuerdo suscrito por las partes.

Resulta diáfano que el accionante no tuvo en cuenta que al momento de la formulación de acusación, la fiscalía formuló cargos en contra de Atehortúa Vélez, por los delitos de extorsión agravada y concierto para delinquir agravado.

Del acta de la audiencia con fecha 12 de enero de 2017 (fl. 8 del expediente), puede evidenciarse que se dejó expresa constancia que en dicha diligencia la fiscalía procedió a modificar el escrito de acusación frente a los elementos materiales probatorios y modificó los delitos imputados y para el caso de JUAN DAVID ATEHORTÚA VÉLEZ, lo acusó por concierto para delinquir agravado (art. 340 Inc. 2º) y extorsión agravada (arts. 244, 245-3 y 267-1).

Una vez verificada la dosificación punitiva realizada por el Despacho que profirió la decisión, se advierte que la condena lo fue por esas mismas conductas delictivas y de las cuales se advirtió que: *“fue acordado para los señores JUAN DAVID ATEHORTÚA VÉLEZ...” “...a cambio de su aceptación de responsabilidad por las conductas de Concierto para delinquir agravado y extorsión agravada (Art. 340-2, 244, 245-3 y 267-1) la pena de 17 años de prisión y multa de 6.700 S.M.L.M.V.”* (Cfr. fl. 13 del expediente).

Una vez analizadas las normas en comento y dado que, para esa instancia procesal, al momento de la audiencia de individualización de pena, la defensa de Juan David Atehortúa, había solicitado que no se tuviera en cuenta el incremento de pena consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de donde puede deducirse, que NO se aplica la causal invocada, la Sala verificó que no le asiste razón al accionante, porque:

1. La pena fue acordada por las partes en un monto de 17 años de prisión.
2. La conducta delictiva por la cual se acusó y se dictó sentencia, en lo que respecta al delito de extorsión, fue la

consagrada en los artículos 244, 245 No. 3º y 267 Inc. 1º del C.P., para el señor ATEHORTÚA VÉLEZ.

3. Conforme con la dosificación realizada por el despacho, con base en la normatividad atrás aludida, puede concluirse que el fallador atendió el llamado de la defensa al momento de dictar sentencia y no tuvo en cuenta el incremento punitivo consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, tal como lo advierte en lo expuesto dentro del capítulo 6 de la sentencia, concerniente a la “DOSIFICACIÓN DE LA PENA”. (Cfr. folio 16 vto o página 10 de la sentencia, pie de página No. 10).
4. Una vez verificada la dosificación efectuada, se establece que la misma corresponde al monto por el cual fue condenado el actor, así: el artículo 244 del C.P. señala una pena (sin el incremento del artículo 14 de la Ley 890) de 12 a 16 años de prisión o lo que es lo mismo de 144 a 192 meses de prisión. Conforme con el artículo 245 No. 3º que le fuera enrostrado, la pena se incrementa, quedando de 144 a 256 meses de prisión, monto que al ser incrementado por el artículo 267 también endilgado a Atehortúa Vélez por el Inc. 1º, acarrea un incremento de una tercera parte a la mitad, la pena anteriormente dicha, queda en definitiva de 192 a 384 meses de prisión.

Conforme con lo anterior, dado que la pena que fue pactada por las partes fue de 17 años de prisión, el fallador condenó frente a la conducta de extorsión agravada por los artículos 245 y 267 del C.P., a la pena de 192 meses (o 16 años), misma que incrementó en doce (12) meses más por el concurso con el Concierto para

delinquir agravado, lo que efectivamente corresponde a lo que fue pactado y de la cual se reitera, no se tuvo en cuenta el incremento, porque de haber sido así, la pena correspondería a un monto de 256 a 576 meses de prisión.

No obstante, al haber verificado que hubo indemnización de perjuicios a las víctimas, el fallador procedió conforme al artículo 269 ídem a realizar la rebaja del 50% de la pena, con respecto al delito contra el patrimonio económico, por lo que la misma se rebajó en 96 meses a la que le sumó los 12 meses por el delito de Concierto para delinquir, quedando en definitiva en 108 meses de prisión.

Teniendo en cuenta el anterior análisis, se concluye que no le asiste interés jurídico alguno a la parte para presentar demanda de revisión de conformidad con lo dispuesto por el No. 7º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 en concordancia con la decisión 33254 del 27 de febrero de 2013, ampliamente reseñada en la demanda, dado que fue ese el criterio jurídico que se tuvo en cuenta en la providencia que solicita sea revisada.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia,

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de revisión interpuesta por el señor JUAN DAVID ATEHORTÚA VÉLEZ, a través de apoderado judicial.

Contra esta providencia, solo procede el recurso de reposición.

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:
**fc398694126b5627db83243d67db7289a3b8734b7daa51a246cbfc661d
4a3f07**

Documento generado en 23/09/2021 01:13:46 p. m.

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 050003107002201600957

Interno. Tribunal: 2021-1170-2

Procesado: WILFRIDO CHINQUILLO SALGADO

Delito: Concierto para delinquir agravado.

Asunto: Confirma decisión de primera instancia.

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

Aprobado según acta Nro. 085

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del procesado WILFRIDO CHINQUILLO SALGADO, contra la sentencia de primera instancia proferida el 5 de Septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por medio de la cual se declaró penalmente responsable al señor WILFRIDO CHINQUILLO SALGADO de la comisión del delito de CONCIERTO PARA

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.

DELINQUIR AGRAVADO, tipificado y sancionado en el artículo 340 inciso 2º del C.P, imponiéndosele una pena de **TREINTA Y OCHO (38) MESES DE PRISIÓN y MULTA DE DOS (2000) SMLMV**, para el año 2006, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal y se le negó tanto el subrogado de la ejecución condicional de la pena como la prisión domiciliaria, así como también los beneficios de que trata la Ley 1424 de 2010.

2. HECHOS

Fueron descritos por el fallador de primer grado, en los siguientes términos:

“Se extrae de la presente actuación, conforme lo manifestado por el señor WILFREDO CHINQUILLO SALGADO que militó en el bloque Bolívar de las AUC, ejerciendo labores de patrullero por un periodo de año y nueve meses en los municipios de Puerto López, Tarazá, Remedios, El Bagre, Nechí, Puerto Clavel, bajo el mando de Julián Bolívar alias MACACO, percibiendo una remuneración mensual de \$500.000, además que recibió entrenamiento y portó un fusil AK47, ametralladora JM punto 30, fusil m15 y F16, incluso que utilizó uniforme. El procesado se desmovilizó el 12 de diciembre de 2005 en el municipio de Remedios – Antioquia”.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

La presente actuación fue repartida a la Sala Decisión Penal el 03 de agosto de 2021, según consta en la constancia de remisión vía correo electrónico, con la finalidad de desatar un recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria proferida por el juzgado de primer grado.

Mediante Resolución No. 198 del 4 de agosto de 2005, prorrogada por la Resolución No 343 del 19 de diciembre de 2005, la Presidencia de la República declaró abierto el proceso de diálogo, negociación y firma del acuerdo de paz con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), de que trata el artículo 3 de la Ley 782 de 2002.

Igualmente, mediante Resolución No. 124 del 8 de junio de 2005, la Presidencia reconoció para efectos de coordinación de la desmovilización del Bloque Mineros de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, la calidad de miembro representante de las mismas a Carlos Mario Jiménez Naranjo, a su vez el 14 de diciembre de 2006 recibió la lista de las personas que están interesadas en reincorporarse a la vida civil, el cual fue aceptado de conformidad con el Decreto 3360 de 2003. Donde este cabecilla reconoció al procesado WILFRIDO CHINQUILLO SALGADO como miembro activo del Bloque "Central Bolívar", quien en diligencia de versión libre aceptó la militancia en el grupo insurgente, siendo reiterada su pertenencia al mencionado bloque en la diligencia de indagatoria.

El 11 de septiembre de 2013, la Fiscalía 93 Delegada ante los jueces penales del circuito especializado (Antioquia) emite Resolución de Apertura de Investigación Previa en contra del señor WILFRIDO CHIQUILLO SALGADO.

El señor WILFRIDO CHINQUILLO SALGADO, fue vinculado formalmente al proceso mediante diligencia de indagatoria celebrada el 16 de marzo de 2016, conforme a lo estipulado en el artículo 332 y s.s. de la Ley 600 de 2000, donde fue nombrado como su representante judicial un defensor adscrito al sistema nacional de defensoría pública.

El 06 de abril de 2016, la Fiscalía 99 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados –Subsede Medellín- le resolvió la situación jurídica al señor CHINQUILLO SALGADO absteniéndose de imponer medida de aseguramiento por la conducta de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO. Y a su vez, se decretó en favor del señor Chinquillo Salgado la extinción de la acción penal por prescripción, respecto a los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y el de Utilización Ilícita de Equipos Transmisores o receptores (artículos 346 y 197 del Código Penal).

Para el día 19 de mayo de 2016, se suscribe acta de formulación de cargos para sentencia anticipada por parte del señor WILFRIDO CHINQUILLO SALGADO, y por su defensa técnica en el sentido de aceptar su responsabilidad en calidad autor en la comisión de la conducta de CONCIERTO PARA DELINQUIR, tipificada en el artículo 340 Inciso 2 del Código Penal, modificado en el artículo 8 de la Ley 733 de 2002 (vigente para la época), sancionado con pena de prisión de 6 a 12 años y multa de 2.000 a 20.000 SMLMV.

Ante dicha aceptación de responsabilidad, se remite el proceso ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Antioquia, correspondiendo al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, Judicatura que emitió la respectiva sentencia anticipada, por medio de la cual se condena al señor CHINQUILLO SALGADO, conforme a los cargos aceptados, negándole los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión domiciliaria, así como los beneficios de la Ley 1424 de 2010.

Inconforme con la decisión, el apoderado del procesado interpone el recurso de alzada ante esta Corporación.

4. DE LA IMPUGNACIÓN

El Dr. LUIS ALFONSO FREITE MENDOZA en ejercicio de su defensa material interpone recurso de alzada, al estar en desacuerdo con la sentencia emitida por el fallador primigenio, por lo que luego de traslitar la parte resolutive de la decisión, petitiona se revoque "el auto en mención".

Reprocha la negación de los beneficios jurídicos adquiridos por su prohijado con la emisión de la resolución N° 24 del 8 de junio de 2005 y la ley 1424 de 2010, por el solo hecho de tener anotaciones registradas en el sistema de la policía nacional que no constituyen antecedente penal, esgrimiendo "y no se ha proferido en su contra luego de haber firmado su acuerdo de desmovilización sentencia condenatoria alguna en Colombia,

permaneciendo incólume la presunción de inocencia que es hasta el día que se venza en juicio justo y de esa manera pierda en efecto los derechos y las garantías que le otorgó el gobierno nacional”

En ese orden de ideas, invocando las garantías a un debido proceso y presunción de inocencia, solicita se revoque la decisión del juez de instancia y se le concedan los beneficios jurídicos de la ley 1424 de 2010.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia

Es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del procesado contra la sentencia anticipada proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, conforme al precepto contenido en el artículo 76 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal – ley 600 de 2000-.

5.2. Caso Concreto

Sea lo primero decir, que la manera en que se ha hecho la sustentación del recurso, deja la impresión al Tribunal que la inconformidad de la defensa queda dirigida a debatir la materialidad de la conducta, sin embargo, lo que en últimas pretende el recurrente es la concesión de la suspensión

condicional de la ejecución de la pena conforme a la Ley 1424 de 2010.

Con relación al motivo de la impugnación, sobre el reconocimiento de *la suspensión condicional de la ejecución de la pena conforme a la Ley 1424 de 2010*. Debe reiterarse lo manifestado por la Judicatura de primer grado en el siguiente sentido:

“Para el caso concreto según información allegada por la Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR), el día 13 de octubre de 2016 y recibido en nuestro despacho el 19 de octubre del mismo año, señala que en efecto el señor Wilfrido Chiquillo Salgado figura en sus registros como persona desmovilizada de un grupo armado al margen de la ley dentro del proceso de reintegración que lidera dicha agencia, indican que conforme con lo establecido en el 6 y artículo 7 numerales 1 2 y 5 de la ley 1424 de 2010, el aludido procesado cumple con los requisitos establecidos en los mencionados artículos, así:

- *Suscribió el formato único para la verificación previa de requisitos*
- *La ACR se encuentra verificando los requisitos para analizar la viabilidad de Suscripción a la verdad histórica y a la reparación.*
- *Se encuentra registrado en el sistema de información para la reintegración en estado Activo.*
- *Ejecutó actividades al servicio social con la comunidad en el marco de la Política Nacional de Reintegración diseñada por dicha agencia*

- A la fecha ha observado buena conducta en el desarrollo de sus actividades ya que no reporta suspensión o pérdida de beneficios.
- Por último, según información allegada por la policía nacional a través de la ACR figuran anotaciones por el delito de violencia intrafamiliar con radicado 20016001073201201382 de fecha 09 de octubre de 2012, por el delito de inasistencia alimentaria con radicado 200606001236201300534 de fecha 24 de septiembre de 2013 y por último el radicado 20006001074201600273 por el delito de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones.

Respecto de las anotaciones se predica entonces que existe un flagrante incumplimiento a lo normado en el parágrafo 1 del artículo 5 del Decreto 2601 de 2011 (por el cual se reglamenta la Ley 1424 de 2010, el cual reza:

"Parágrafo 1. Cuando el desmovilizado registrare anotaciones por la investigación de delitos dolosos ocurridos con posterioridad a la fecha de desmovilización, la verificación previa de requisitos se suspenderá, y solo se reanudará cuando el desmovilizado sea exonerado de responsabilidad mediante providencia en firme".

Atendiendo el tenor señalado, es importante aclarar que el delito de violencia intrafamiliar finalizó con conciliación con acuerdo, siendo esta una etapa procesal que no constituye antecedente penal, por otro lado el delito de inasistencia alimentaria figura en etapa de indagación con solicitud de audiencia preliminar y no podría aseverar este despacho que el procesado a la fecha se encuentre condenado por dicho delito, no así sucede con el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones el cual se encuentra en etapa de juicio por hechos acaecidos el 6 de marzo de 2016, aunado a lo ya manifestado por el señor Wilfrido Chinquillo Salgado, quien reconoce en

diligencia de indagatoria encontrarse detenido en prisión domiciliaria por el delito de porte ilegal de armas.

Por lo anterior, es más que obvio que el sentenciado incumplió con los parámetros establecidos en el artículo 7 de la ley 1424 de 2010, para ser acreedor a los beneficios jurídicos instituidos en dicha norma, en gracia a su actuar delictivo con posterioridad a su desmovilización, lo que demuestra que el proceso de reintegración ofrecido por el Estado Colombiano, en gloria a mantener el orden justo, la convivencia pacífica como uno de los pilares fundamentales de nuestra sociedad y ofrecer una oportunidad de resocialización a los desmovilizados, fue en vano, toda vez que siguió menoscabando los bienes jurídicos tutelados por nuestro legislador, al cometer el delito antes mencionado, es por ello que la consecuencia jurídica a dicho accionar es que no procedan los beneficios jurídicos decantados a lo largo de esta providencia, siendo expresamente declarada su negativa"

De acuerdo con lo anterior, debe significarse que resulta improcedente la concesión de la suspensión de la ejecución condicional de la pena en los términos previstos en la Ley 1424 de 2010, pues no había cumplido los requisitos pertinentes para su concesión a favor del señor WILFRIDO CHINQUILLO SALGADO.

Dígase además, que el impugnante discurre por razonamientos confusos sobre los fines de la Ley 1424 de 2010, recuerda los requisitos para acceder a la suspensión del cumplimiento de la pena por iniciativa del Gobierno Nacional, insiste en que se le deben conceder los beneficios de la mencionada legislación a su prohijado; todo ello sin tener en cuenta los argumentos que sustentan la providencia impugnada, ni precisar de qué manera

esta le genera un agravio a su asistido, agravio que, en todo caso, la Corporación no encuentra acreditado, pues el sentenciador, con fundamento en el decreto reglamentario 2601 de 2011, dispuso que no se hacía acreedor al beneficio petitionado.

Ahora bien, frente a este tópico en relación con la aplicación o no de los beneficios consagrados en la Ley 1424 de 2010, resulta procedente hacer mención a la sentencia C-771 de 2011, que sobre el particular preceptuó:

“5.1.4. Los beneficios jurídicos contenidos en la Ley 1424 de 2010 También para dar cumplimiento a los fines ya referidos, en adición a lo relativo a los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación* y el *Mecanismo no Judicial de Contribución a la Verdad y a la Memoria Histórica*, esta ley consagra en sus artículos 6º y 7º unos beneficios jurídicos específicos, relativos a la libertad personal y la ejecución de las penas impuestas a los sujetos previstos en su artículo 1º. Según lo señala el artículo 9º, la aplicación de esas reglas se hará en forma preferente respecto de lo previsto en otras normas contenidas en el ordenamiento jurídico interno y sin atender al máximo de punibilidad que cabría imponer.

Debe en todo caso precisarse que, por expresa disposición del artículo 5º ibídem, las personas desmovilizadas a quienes se otorguen estas ventajas serán investigadas y/o juzgadas conforme a las normas aplicables en el momento de la comisión de la conducta punible, indudablemente sin desconocer el principio de favorabilidad, cuando a ello hubiere lugar. Ello significa entonces que la Ley 1424 de 2010 aquí analizada no ofrece a sus destinatarios la impunidad de sus acciones, ni tampoco una reducción en la duración de las penas que les serían imponibles², **pero además que el otorgamiento o no de los beneficios relativos a la libertad tendrá siempre lugar dentro de una actuación judicial, que se cumplirá en ejercicio de la potestad punitiva del Estado.**

² Como sí ocurre en los casos cobijados por la Ley 975 de 2005.

En primer término, el artículo 6° trata sobre las denominadas *medidas especiales respecto de la libertad*, las cuales consisten en la suspensión de las órdenes de captura proferidas en contra de los desmovilizados que se encuentren bajo los supuestos del artículo 1° ya referidos, o en la posibilidad de abstenerse de imponer medida de aseguramiento. Para ello, este precepto plantea una serie de exigencias de tipo formal y sustancial.

Como requisito inicial, el desmovilizado y presunto beneficiario de esa medida deberá haber manifestado su compromiso respecto de todos aquellos aspectos que, según se explicó, deben precisarse antes de suscribir el respectivo *Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*.

Constatado lo anterior, se requiere una petición formal por parte del Gobierno Nacional, por intermedio de la Alta Consejería para la Reintegración, o quien funja como tal, la cual constituye un requisito de procedibilidad de este tipo de decisiones. Formulada esa solicitud y verificados los requisitos del caso, dentro de los diez días siguientes el juez competente decretará la suspensión de las órdenes de captura vigentes contra el desmovilizado objeto de aquella.

Además de los presupuestos hasta ahora indicados, la suspensión de las órdenes de captura originadas en la comisión de los delitos antes referidos, tendrá lugar solamente cuando el desmovilizado (i) se encuentre vinculado al proceso de reintegración social, y (ii) esté cumpliendo su ruta de reintegración o haya culminado satisfactoriamente ese proceso. También exige la norma que (iii) el beneficiario no haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización. *Contrario sensu*, de no concurrir todos estos requisitos, deberá entonces proseguirse con el cumplimiento de las órdenes de captura vigentes.

El beneficio analizado también puede hacerse extensivo cuando el Gobierno Nacional, expresamente, solicite a la autoridad judicial competente que conozca de aquellas actuaciones en contra del desmovilizado, abstenerse de proferir futuras órdenes de captura.

El artículo 6° en comento también señala que la autoridad judicial que conozca de la solicitud elevada por el Gobierno, deberá comunicarla a las partes e intervinientes acreditados en el proceso penal, el cual, como ya se explicó, se seguirá adelantando conforme a la normatividad vigente al momento

de la comisión del delito, según lo establecido en el artículo 5° de esta misma ley.

Esta comunicación se hará mediante un auto de sustanciación o de trámite, que no admite recursos; sin embargo, la decisión que resuelve sobre la suspensión o no de las órdenes de captura deberá ser notificada a los mismos sujetos.

Un segundo beneficio es el establecido en el artículo 7° de la ley que se estudia y corresponde a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Al igual que frente a la medida relacionada con las órdenes de captura, en este caso la norma exige una petición formal a la autoridad judicial competente por parte del Gobierno Nacional, que deberá realizar la Alta Consejería para la Reintegración o quien haga sus veces.

Es importante precisar que la situación acá prevista, coincide tanto en su denominación como en su efecto práctico con aquella concordantemente desarrollada en los artículos 63 de la Ley 599 de 2000 y 474 de la Ley 906 de 2004, como uno de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, pese a lo cual se rige por reglas propias, parcialmente distintas a las contenidas en tales códigos. Así las cosas, la regulación prevista en el artículo 7° de la Ley 1424 deberá entonces tenerse como referida a una situación especial, la posibilidad de suspender la ejecución de las sentencias impuestas a aquellas personas previstas en el artículo 1° de esta ley, situación que en lo no previsto por el referido artículo 7° y las demás disposiciones de esta Ley deberá regirse por las normas ordinarias, esto es, las previstas en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal a las que se ha hecho referencia.

Según lo prevé el artículo 7° en comento, esta suspensión en la ejecución de la pena principal será también extensiva a las penas accesorias que correspondan, por disposición expresa del párrafo 1° de este artículo. Se establece también que la custodia y vigilancia de la ejecución de la pena seguirá a cargo del funcionario judicial competente y del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario INPEC, en los términos del Código Penitenciario y Carcelario³.

Debe precisarse que, según tradicionalmente lo ha entendido la jurisprudencia penal, la solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena y de las penas accesorias debe ser

³ Igual tratamiento penitenciario está contenido en los artículos 469 de la Ley 600 de 2000 y 459 de la Ley 906 de 2004, según los cuales la ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia ejecutoriada corresponde a las autoridades penitenciarias, bajo la supervisión y control del INPEC, en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Aunado a lo anterior, en todo lo relacionado con la ejecución de la pena, el Ministerio Público podrá intervenir e interponer los recursos que sean necesarios.

decidida por la autoridad judicial competente, al momento de proferir la respectiva sentencia.

Por su parte el artículo 474 de la Ley 906 de 2004, norma que según se ha explicado resultaría aplicable en lo no previsto por la Ley 1424 de 2010, señala que para el otorgamiento de la suspensión condicional de ejecución de la pena deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el Código Penal y se fijará el término para que la persona beneficiada con ella repare los daños ocasionados con el delito, salvo en el caso de que existan bienes secuestrados, decomisados o embargados, que garanticen íntegramente la indemnización. Por otra parte, el pago de la pena accesoria de multa es requisito imprescindible para poder otorgar ese beneficio⁴, salvo las excepciones legal y jurisprudencialmente contempladas.

Ahora bien, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al estudiar el artículo 63 del Código Penal, norma que no indica expresamente que la suspensión de la ejecución de la pena por un período de prueba debe tener lugar en la sentencia condenatoria, como sí lo hacía en su momento el artículo 68 del Decreto Ley 100 de 1980 (Código Penal vigente antes de la expedición de la Ley 599 de 2000), ha señalado que el análisis de la concesión de los otrora llamados subrogados penales, solamente puede adelantarse en el marco del fallo⁵. También en el sistema procesal penal contenido en la Ley 600 de 2000, se establece que la sentencia es la ocasión para resolver sobre la procedencia de los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad (art. 170, num. 9°).

De acuerdo con lo anterior y por regla general, cuando en aplicación de los supuestos relacionados con el artículo 7° de la Ley 1424 de 2010 se deba analizar la viabilidad de suspender la ejecución de la pena en un caso concreto, ese estudio debería consignarse en la sentencia condenatoria respectiva, previa solicitud del ejecutivo y verificados los presupuestos exigidos.

Sin embargo, en atención a la naturaleza y las finalidades perseguidas por la Ley 1424 de 2010, así como su carácter de instrumento de justicia transicional, en procura de la paz

⁴ Mediante sentencia C-665 de junio 28 de 2005 (M. P. Rodrigo Escobar Gil) se declaró exequible, entre otros preceptos, la expresión "su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la condena de ejecución condicional", contenida en el inciso segundo del artículo 474 de la Ley 906 de 2004. En esa providencia se reiteró lo considerado en la sentencia C-194 de marzo 2 de 2005 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁵ Así lo ha puntualizado pacíficamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras oportunidades en el auto de octubre 27 de 2004, proferido dentro del asunto de radicación 22.804 (M. P. Yesid Ramírez Bastidas); en el auto de junio 26 de 2001 (única instancia rad. 15.003, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote); y en el auto de enero 21 de 1992 (casación rad. 6.990, M. P. Jorge Carreño Luengas).

perdurable, la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas y la reintegración a la sociedad de los beneficiarios de tal Ley, sería posible que aún con posterioridad a la sentencia condenatoria, se solicite a la autoridad judicial encargada de verificar el cumplimiento de la pena la aplicación al beneficio consignado en el artículo 7° ibídem, previa postulación del Gobierno. Lo anterior, siempre que concurren los condicionamientos y compromisos que serán explicados a continuación.

Al regular lo relacionado con la duración de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el mismo artículo 7° consagra que ese beneficio podrá ser otorgado por un período equivalente a la mitad de la condena establecida en la respectiva sentencia. Más adelante, el parágrafo 2° de la misma norma señala que luego de cumplido dicho lapso, sin que el desmovilizado que había sido condenado incumpla las obligaciones inherentes (desarrolladas por el artículo 8°), la pena quedará extinta, previa decisión judicial que así lo determine.

También en este caso, para conceder el referido beneficio, el operador judicial deberá verificar el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el mismo artículo 7° de la ley en comento, que pueden sintetizarse así: i) haber suscrito el *Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación* y estar vinculado al proceso de reintegración ofrecido por el Gobierno; ii) adelantar actividades de servicio social con las comunidades que acojan a los desmovilizados, dentro del referido marco de reintegración; iii) haber reparado integralmente los daños ocasionados con los delitos por los cuales fue condenado dentro del marco de esta ley, es decir, alguna de las conductas previstas en su artículo 1°, salvo que demuestre la imposibilidad económica de hacerlo; iv) no haber sido condenado por delitos dolosos cometidos después de la fecha en la cual haya sido certificada la desmovilización; v) observar buena conducta en el marco del proceso de reintegración.

Igual que sucede con la petición de suspensión de las órdenes de captura, la solicitud relacionada con la suspensión de la ejecución de la pena deberá ser comunicada a las partes e intervinientes en el respectivo proceso penal, mediante auto de trámite que no admite recurso. Y la decisión que finalmente recaiga sobre esa petición deberá ser notificada a los mismos sujetos.

Junto con el cumplimiento de los presupuestos y obligaciones contenidos en el artículo 7° de esta Ley, el beneficiario de la suspensión en la ejecución de la pena deberá cumplir otros compromisos. Por ejemplo, deberá informar todo cambio de

residencia a la autoridad que verifica el cumplimiento de la pena, comparecer ante ésta cuando sea requerido y abstenerse de salir del país sin autorización previa del funcionario encargado de su vigilancia. Además, se establece que durante este período deberá observar buena conducta.

Con todo, las prerrogativas otorgadas en los artículos 6° y 7° de esta Ley (suspensión de las órdenes de captura y suspensión condicional de la ejecución de la pena), pueden ser revocadas por la autoridad judicial competente, de oficio, o también por petición de la Alta Consejería para la Reintegración o quien haga sus veces, en caso de que el beneficiario incumpla cualquiera de los requisitos establecidos en esa normatividad, o con el Mecanismo no Judicial de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica, señalados en su artículo 9°. Esta regla es análoga a la contenida en el artículo 66 del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), que establece los casos en los que habrá lugar a la ejecución de la sentencia que previamente hubiere sido suspendida.

Finalmente debe anotarse, respecto de ambos casos, que si bien las decisiones de poner en conocimiento de las partes las solicitudes que formule el Gobierno en desarrollo de lo previsto en los referidos artículos 6° y 7° no serán susceptibles de recursos, cosa distinta sucede respecto de las determinaciones que el juez competente adopte frente a tales solicitudes, pues en realidad la misma norma tácitamente deja a salvo la posibilidad de que estas últimas sean impugnadas. Ello resulta, en primer término, de la ausencia inmediatamente después de los textos que ordenan su notificación a las partes e intervinientes, de una regla que restrinja o descarte la posibilidad de recursos contra la decisión que se notifica, silencio que resulta elocuente en comparación con la norma aplicable respecto de la decisión de informar sobre tales solicitudes. Pero también del sentido de las reglas sobre medios de impugnación previstas en los Códigos de Procedimiento Penal vigentes⁶, que al ser aplicadas a una situación especial como la aquí comentada darían como resultado que frente a una resolución de este contenido y trascendencia procedan los recursos ordinarios de reposición y apelación."

Bajo este panorama jurisprudencial, entiende la Sala que los beneficios consagrados en la Ley 1424 de 2010, no operan de

⁶ Ver en relación con este aspecto los artículos 176 y 478 de la Ley 906 de 2004, así como los 189 y 191 de la aún vigente Ley 600 de 2000.

forma automática por ostentar la calidad de desmovilizado, contrario sensu, se deben cumplir ciertos requisitos, que, de echarse de menos al interior de proceso penal, truncaría en todo caso el otorgamiento de las prerrogativas allí contenidas.

Uno de las exigencia para la concesión de sustitutos penales de que trata el artículo 7º de la pluricitada norma, tiene que ver con **la observación de buena conducta en el marco del proceso de reintegración,** en la medida que su proceso de inclusión a la vida civil se ha visto manchado por varias causas penales que aun cuando están en etapa de investigación, son indicativas de su falta de interés como ciudadano respetuoso de las leyes, por el contrario, palmario es su compromiso con quebrantar las normas de conducta social.

Por último, se ordenará compulsar copias de las presentes diligencias para que en el ámbito disciplinario se investigue las posibles faltas disciplinarias en que hayan podido incurrir los empleados y funcionarios judiciales que tuvieron a su cargo el presente expediente, toda vez que, entre la emisión del fallo anticipado, la interposición del recurso y el envío de la actuación ante esta Corporación para desatar el trámite de alzada trascurrieron más de tres (3) años.

En ese orden ideas, carece de prosperidad el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del procesado conforme a las argumentaciones expuestas en precedencia. Por lo tanto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida el 05 de

septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

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,

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de Casación ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, el cual deberá interponerse dentro del término de Ley.

TERCERO: COMPULSAR copias de la actuación para los fines indicados en la parte motiva.

CUARTO: Ejecutoriada la decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo y competencia.

NÓTIQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:
**52babec8b98270eb1e88d19c9168f14cacd0100967239860befeb4
4a5f45403e**

Documento generado en 22/09/2021 05:31:34 PM

**Valide este 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.	2021-1424-3
Radicado	050453104002202100308
Accionante	María Leonisa Jordan
Accionado	AFP Colpensiones y Agrícola el retiro S.A.
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Adiciona

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

Aprobado mediante Acta N° 244 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por **Colpensiones**¹, contra el fallo de tutela de 12 de agosto de 2021², emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia, que decidió tutelar los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a la entidad impugnante, dar cumplimiento a lo ordenado por la jurisdicción laboral mediante proveídos de primera y segunda instancia emanados los días 26 de junio y 11 de septiembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó la accionante que³, promovió proceso ordinario en la jurisdicción laboral, que correspondió en primera instancia al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó, en el que pretendió que la empresa **Agrícola El Retiro S.A.S. en reorganización**, procediera a cancelar y trasladar a **Colpensiones**, el valor de la reserva actuarial por el tiempo laborado entre el 29 de abril de 1983 al 9 de noviembre de 1986, que **Colpensiones** liquidara, cobrara y recibiera del empleador dicho valor, adicionalmente, que se condenara al fondo de pensiones demandado el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, junto con sus mesadas adicionales desde el 5 de diciembre de 1997

¹ Folios 133 a 135, expediente digital de la acción de tutela

² Folio 105 a 112, ibídem.

³ Folios 3 a 7, ibídem.

conforme el Acuerdo 049 de 1990 y los intereses moratorios por todas las mesadas pensionales dejadas de percibir.

Aseguró que, el 26 de junio de 2020, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó, condenó a la empresa **Agrícola El Retiro S.A. en Reorganización**, a pagar a **Colpensiones** el título pensional por el periodo comprendido entre el 29 de abril de 1983 al 9 de noviembre de 1986, correspondiente al tiempo laborado en la empresa sin afiliación al sistema general de pensiones.

Igualmente, se declaró que dicho tiempo debe ser contabilizado para obtener su pensión de vejez por lo que, conforme al Acuerdo 049 de 1990, tenía derecho al reconocimiento pensional, cuyo disfrute corría a partir del 5 de diciembre de 1997, en ese sentido, condenó al fondo de pensiones demandado a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado desde el 24 de abril de 2015 hasta mayo de 2020, lo cual equivale a la suma de \$52.828.455, indexados hasta la fecha que se verifique el pago.

Así mismo, la promotora informó que, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia, mediante sentencia de 11 de septiembre de 2020, absolvió a **Colpensiones** del pago de costas del proceso, modificó el fallo de primera instancia en el sentido de que **Agrícola El Retiro S.A.S. en Reorganización**, debía pagar el título pensional una vez el fondo de pensiones presente la liquidación del mismo, y finalmente, adicionó que, **Colpensiones** tenía el término de 4 meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, para realizar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que precisó la demandante que, el auto que dispuso cumplir lo resuelto por el Tribunal data del 12 de febrero de 2021 y fue notificado en estrados el 15 de febrero de 2021.

Indicó que, el 16 de junio de 2021, radicó escrito ante **Colpensiones** solicitando el cumplimiento de la sentencia pero, a la fecha de presentación de la demanda de tutela, la promotora no ha sido incluida en la nomina de pensionados de la entidad demandada, situación que vulnera su derecho fundamental al mínimo vital, pues a sus 83 años de edad, no cuenta con otra fuente de ingresos.

Por todo lo descrito, pretende que, se ordene a **Colpensiones** incluirla en nomina de pensionados y realizar el pago del retroactivo pensional, todo conforme a las sentencias emitidas por la jurisdicción laboral.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia, quien avocó conocimiento mediante auto adiado 4 de agosto de 2021⁴, en el que se corrió traslado a las entidades accionadas para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

2. El día 6 de agosto de la misma anualidad⁵, la directora de acciones constitucionales del fondo de pensiones **Colpensiones**, al descorrer el traslado de la demanda de tutela, manifestó que la dirección de estandarización se encuentra realizando los trámites pertinentes para dar cumplimiento de la sentencia ordinaria No. 05045310500120180035700, por lo que, una vez se culmine el proceso pertinente se informará por el medio más idóneo.

Respecto de la pretensión elevada por la promotora dentro del mecanismo constitucional, indica que la misma resulta improcedente, pues la ejecución de sentencias no debe ser solicitada mediante acciones de tutela, pues desnaturaliza el objeto de dicho mecanismo constitucional bajo el criterio de subsidiariedad.

Adicionalmente, informó que, a la entidad que representa le notifican 6.851 sentencias condenatorias mensualmente, por lo que existe un trámite intento con sujeción a las normas presupuestales, el principio de planeación y legalidad que cobija a las entidades públicas.

De otro lado, asegura que la orden dada a **Colpensiones** se constituye en una “orden compleja”, pues el cumplimiento depende de la intervención de **Agrícola El Retiro**, ya que, en tanto, esta sociedad no adelanta actuaciones a su cargo, el fondo de pensiones no podrá realizar lo que le corresponde.

3. Por su parte, **Agrícola El Retiro S.A.S.**⁶, por intermedio de su representante legal, expuso que, la sentencia de segunda instancia modificó el numeral segundo de la sentencia inicial, ordenando a la empresa que representa que, en el término de 2

⁴ Folio 49, ibídem

⁵ Folios 61 y 68, ibídem

⁶ Folios 82 y 83, ibídem

meses, a partir de que **Colpensiones** entregue la liquidación del título pensional de la promotora, proceda a su cancelación.

Así, precisa que, el término concedido no ha empezado a contabilizarse, pues **Colpensiones** no ha procedido con la liquidación y cobro del título pensional, por lo que, el 30 de junio de 2021, solicitó al fondo de pensiones realizar la liquidación del título conforme las indicaciones de la sentencia, petición que **Colpensiones** evadió el 2 de agosto hogaño, al dar una respuesta que no soluciona de fondo la situación puesta de presente.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de atender los razonamientos expuestos por las partes, el 12 de agosto de corrientes⁷, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia, profirió sentencia de primera instancia, en la cual decidió tutelar los derechos fundamentales solicitados por la accionante, y ordenar a **Colpensiones**, que en el término de 15 días contados a partir de la notificación de la sentencia, de cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó, mediante sentencia del 26 de junio de 2020, confirmada, revocada, modificada y adicionada el 11 de septiembre de la misma anualidad, por la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Antioquia.

Lo anterior, porque considera que la edad de la accionante torna procedente de manera excepcional el amparo constitucional, pues su avanzada edad no permite concebir el proceso ejecutivo como un medio idóneo y eficaz para exigir el cumplimiento de las sentencia emitidas por la jurisdicción laboral, lo que aunado a la inobservancia de **Colpensiones** respecto del fallo judicial, sobrepasando los criterios del plazo razonable para su cumplimiento, constituye una grave afectación a los derechos fundamentales de la accionante, como lo son, el mínimo vital, el acceso a la administración de justicia y la tutela efectiva.

DE LA APELACIÓN

⁷ Folios 105 a 112, ibídem

Inconforme con la decisión adoptada, el 25 de agosto hogaño⁸, **Colpensiones** presentó recurso de impugnación frente al fallo de primera instancia, indicando en su escrito, que en aras del cumplimiento de la sentencia de tutela, el 23 de agosto hogaño, emitió oficio en el que informa a la promotora que, comoquiera que no cuenta con copia auténtica de las sentencias de primera y segunda instancias emitidas por la jurisdicción laboral, se encuentra gestionando ante el juzgado de origen lo necesario para poder dar cumplimiento a las ordenes judiciales.

Frente al motivo de impugnación, asegura que mantiene incólumes los argumentos expuestos en el traslado de la demanda tutelar.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁹, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

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

Del caso concreto

Inicialmente se hace necesario precisar que la acción de tutela es un mecanismo legal, cuya función es posibilitar a los colombianos la obtención de sus derechos fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario que permita una pronta solución a las vulneraciones o amenazas que presenten las personas en sus derechos fundamentales. Sin embargo, este procedimiento ha sido dotado con la calidad de subsidiario. Es decir, que a ella solo habrá lugar cuando no se conste con mecanismos judiciales alternos, o si bien existiendo, sea acreditado por el interesado la existencia de un perjuicio irremediable que requiera una intervención inmediata.

⁸ Folios 133 a 135, *ibidem*.

⁹ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

Así, **Colpensiones** ha solicitado en primera y segunda instancia, declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que no se cumple con el criterio de subsidiariedad, toda vez que, la accionante, puede ejercer sus derechos en el proceso ejecutivo dentro de la jurisdicción ordinaria para solicitar el cumplimiento efectivo de las sentencias emitidas por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia.

Sin embargo, acogiendo el criterio expuesto por el *a quo*, debe precisarse que, si bien es cierto lo enunciado por la entidad impugnante, en el caso concreto, se hace menester que, excepcionalmente, deba analizarse de fondo la petición de amparo constitucional, ya que las circunstancias expuestas por la promotora, en las que indica que no cuenta con otra fuente de ingresos, situación que soporta en su avanzada edad, pues a los 83 años le es imposible pensar en conseguir un empleo o similar.

Así lo ha permitido el alto tribunal constitucional en sentencias aplicables por analogía, al indicar que *“la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido que cuando el incumplimiento de una obligación de dar, reconocida en una sentencia judicial ejecutoriada, implica la vulneración de derechos y garantías constitucionales básicas, como en este caso el mínimo vital, la seguridad social, la salud, el debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la dignidad humana, la acción de tutela se torna procedente pues “la vía ejecutiva no cuenta con la virtualidad de tener la misma efectividad del mecanismo constitucional.”*¹⁰

Ahora bien, a pesar de que no fue otro el objeto de la impugnación, en el escrito de alzada se pone de presente una situación puntual que hace referencia a que mediante oficio adiado el 23 de agosto de 2021¹¹, le fue informado por parte de **Colpensiones** a la accionante, que en cumplimiento del fallo de tutela, están realizando la revisión de los documentos necesarios para proceder al reconocimiento de una solicitud prestacional con el fin de agotar el trámite interno para atender los fallos emitidos por la jurisdicción laboral, pues no cuentan con las copias auténticas de las precitadas sentencias dictadas dentro del CUI 05045310500120180035700, por lo que se encuentra adelantando las gestiones necesarias ante el juzgado de origen para validar dicha información.

Situación que no guarda el mínimo de razonabilidad en la actividad desplegada por el fondo de pensiones, pues no corresponde con el cumplimiento de una orden judicial,

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-048 de 2019.

¹¹ Folios 136 a 138, expediente digital de tutela de primera instancia.

como lo afirmó el *a quo*, que solo 6 meses después de que se notificó por estrados el auto que dispuso cumplir lo resuelto por la Sala Laboral de este Tribunal, **Colpensiones** se haya dado cuenta que no tiene en su poder la sentencias autenticadas para proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez que hoy se solicita vía tutela.

Aunado a lo anterior, existe otra traba administrativa que no es de resorte de la promotora, la cual fue puesta de presente por la empresa **Agrícola El Retiro S.A.S. en reorganización** en la respuesta al trámite de tutela en primera instancia, donde acredita que, desde el 30 de junio de 2021¹², requirió a **Colpensiones** para que procediera a liquidar el título pensional, conforme a la orden dada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia, pero aseguró que, dicha entidad evadió su solicitud al no responder de fondo lo pretendido.

En la actuación en el legajo se observa¹³ respuesta de fondo, según la cual, **Colpensiones** notificó al petente que, para realizar la liquidación del cálculo actuarial *“es indispensable que el empleador certifique el salario devengado por la afiliada MARÍA LEONISA JORDÁN, para los periodos omisos solicitados”*; situación que pasó por alto el *a quo* al momento de valorar las piezas que conforman el legajo.

Esta última circunstancia, conlleva a la imperiosa necesidad de adicionar al fallo de primera instancia con el fin de evitar cualquier obstáculo administrativo que impida a la accionante lograr ingresar a la nómina de pensionados de **Colpensiones** y así, solventar su mínimo vital bajo idénticos razonamientos expuestos por la primera instancia.

Por lo tanto, se ordenará a **Agrícola El Retiro S.A.S. en reorganización** que, en el término de 48 horas, si aun no lo ha hecho, proceda a certificar el salario devengado por la promotora conforme el requerimiento realizado por **Colpensiones** en oficio No. 2021_8616288 adiado el 29 de julio de 2021 y notificado el 2 de agosto hogaño, con el exclusivo fin de evitar que el fondo de pensiones, presente nuevas excusas para dar cumplimiento a las sentencias emitidas el 26 de junio y 11 de septiembre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó y la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Antioquia.

¹² Folios 99 y 100, *ibidem*.

¹³ Folios 101 a 104, *ibidem*.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la decisión proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia el doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021), para que, que **Agrícola El Retiro S.A.S. en reorganización** en el término de 48 horas, si aún no lo ha hecho, proceda a certificar el salario devengado por la promotora conforme el requerimiento realizado por **Colpensiones** en oficio No. 2021_8616288 adiado el 29 de julio de 2021 y notificado el 2 de agosto hogaño, con el exclusivo fin de evitar que el fondo de pensiones, presente nuevas excusas para dar cumplimiento a las sentencias emitidas el 26 de junio y 11 de septiembre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó y la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Antioquia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
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:

b97bd2a151159a12c5ee134f625f717c14e935d99b5ebe08ea937eac17fc6faa

Documento generado en 23/09/2021 01:12:07 PM

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

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

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

N° interno : 2021-1362-4
Sentencia de Tutela – 2º Instancia.
Radicado : 05 282 31 04 001 2021 00054
Accionante : Margarita Cristina Sánchez Montaña
Accionado : Dirección de Sanidad de la Policía
Nacional y otros
Decisión : **Confirma y aclara**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 107

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala la sentencia de tutela proferida por el *Juzgado Penal del Circuito de Fredonia - Antioquia*, por medio de la cual se concedió el amparo constitucional pretendido por la ciudadana MARGARITA CRISTINA SÁNCHEZ MONTAÑO, en favor de sus hijos menores de edad, ALESSANDRO y SALMA ZÚÑIGA SÁNCHEZ y ALEJANDRO LÓPEZ SÁNCHEZ, contra la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL, COMANDANTE DEL DEPARTAMENTO DE POLICÍA ANTIOQUIA, CLÍNICA DE LA POLICÍA DE MEDELLÍN, DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL DEPARTAMENTO DE POLICÍA DE ANTIOQUIA y la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE VENECIA, ANTIOQUIA.

N° Interno : 2021-1362-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 282 31 04 001 2021 00054
Accionante : Margarita Cristina Sánchez Montaña
Accionado : Dirección de Sanidad de la Policía
Nacional.

ANTECEDENTES

Los hechos motivo de acción de tutela fueron resumidos por el A quo de la siguiente manera:

“Sostiene la accionante, señora Margarita Cristina Sánchez Montaña, que el día 19 de julio del presente año, de la ludoteca en donde tiene al niño Alessandro Zuñiga de un año de edad, por medio de WhatasApp, extendieron una invitación del Hospital San Rafael de Venecia, para que los padres llevaran a sus hijos a control de crecimiento y desarrollo, siendo ellos los beneficiarios de un policial de a Estación de Venecia.

Con ocasión de esta exhortación se dispuso a llevar a sus otros dos hijos, Salma de 5 años y a Alejandro López Sánchez de 11 años y la médica del hospital le informó que no tenían contrato con Sanidad de la Policía Nacional, con lo cual encuentra conculcado los derechos de atención integral a los menores de edad y amenazado el derecho a la salud de las demás familias de la policía nacional con sede en dicho municipio.

Con ocasión de esta situación, hubo de enviar un derecho de petición al Comandante de la Estación de Policía de Venecia, y así se siente discriminada por la no atención de los menores, en tanto hubo de responderse de parte del Comandante de Policía de Venecia, que efectivamente en la actualidad los funcionarios de la Policía y personal de beneficiarios al sistema de salud de la Policía Nacional, no cuentan con el servicios médicos en salud en la ESE Hospital San Rafael, en donde solo la atención se reduce a urgencias, siendo la encargada de corregir esta anomalía la Dirección de Sanidad del Departamento de Antioquia, quien es la entidad que realiza directamente la contratación con dicha Empresa Social del Estado.”

Luego de efectuado el trámite legal, el Juez de instancia decidió tutelar los derechos invocados por la accionante y determinó lo siguiente:

(...) **SEGUNDO:** Se *ORDENA* a los responsables de estas entidades – Unidad Prestadora de Servicios de Antioquia, Regional de Aseguramiento en Salud Nro. 6 y coordinador de contratos en salud del nivel 1 , *que en el menor tiempo posible, y dentro de las 48 horas luego de la notificación de esta sentencia y que no puede rebasar de un mes calendario, **en la medida de lo posible**, se debe contratar la cobertura en salud integral en el municipio de Venecia, Antioquia, para el cuerpo policial y sus diversos beneficiarios, y tengan real acceso a la salud y de no hacerse por los encargados como lo son el Coordinador de Contratos del Nivel 1 (patrullera Yuly Milena Sánchez Castaño o quien hiciere sus veces), el Jefe de la Regional de Aseguramiento en Salud Nro 6 en Antioquia (T.C Octavio Olaya Useche, o quien haga sus veces, fls. 27 f. y fls. 30 a 32 f.) y Unidad Prestadora de Servicios en Antioquia (a cargo del MY. Leonardo Espinal Granada, o quien hiciere sus veces – fls. 27 f.), serán sancionados por incurrir en desacato al tenor del art. 52 del Decreto (...)* Negrillas del Despacho.

Inconforme con la decisión, la señora Margarita Cristina manifestó que si bien fueron amparados los derechos fundamentales de sus hijos menores de edad en el fallo de primera instancia, se dejó librada al azar la efectivización de lo dispuesto, al expresarse por el A quo, que ello sucedería en la medida de lo posible, lo cual considera, discrimina a sus descendientes, pues fácilmente podría suministrarse el servicio, cobrando los respectivos valores a la Policía Nacional.

Señaló además que una semana antes del fallo de primera instancia a su hijo Alessandro de un año le dio una especie de infección en uno de sus ojos, debiendo acudir a una

enfermera amiga para que lo recetara, porque en el hospital le indicaron no tener contrato con la Policía Nacional, y no se trataba de una urgencia.

Por ello solicita que la decisión sea corregida frente a esa expresión concreta.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con fundamento en los argumentos de la impugnación, de lo que aquí se trata es de establecer si en el presente caso fue acertada la decisión del *A quo* cuando ordenó **en la medida de lo posible**, *contratar la cobertura en salud integral en el municipio de Venecia, Antioquia, para el cuerpo policial y sus diversos beneficiarios, y tengan real acceso a la salud*, o, si por el contrario, como lo argumenta el impugnante debió emitirse una decisión más contundente en garantía de los derechos fundamentales de sus hijos menores.

Frente a los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social y su protección vía tutela, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que:

“(...) el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, que define la seguridad social como “... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”.¹

Ahora bien, la H. Corte Constitucional ha señalado desde decisiones como la T 134 y T 544 de 2002 que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación, es decir, como derecho y como servicio público, precisando que todas las personas deben acceder a ella y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

A tono con lo anterior, de igual manera se recabó en que garantizar los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social, es un deber inexcusable para las EPS, entidades llamadas a atender eficazmente la práctica de exámenes, la entrega completa y oportuna de los medicamentos, y de realizar los controles médicos requeridos, de asegurar la continuidad en los procesos que se hubieran iniciado sin condicionamiento alguno, y menos bajo supuestos de índoles presupuestal o por motivos de carácter administrativo.

¹ STC 9146 de 2019, CSJ.

De manera puntual, la Ley 1751 de 2015, *“Por Medio de la cual se Regula el Derecho Fundamental a la Salud y se Dictan Otras Disposiciones”*, dispuso en su artículo 2º que, *El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.*

En ese sentido, decisiones de la H. Corte Suprema de Justicia como la T 78401, del 7 de febrero de 2018, han explicado que la garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad en la que estos deben ser prestados.

Así mismo, el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía se inspira, entre otros, en el principio de universalidad, que permite la protección integral a sus afiliados en las fases de prevención, protección, diagnóstico, recuperación, rehabilitación, en los términos que establece el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial.²

De igual relevancia es el principio de portabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud igualmente aplicable a los regímenes especiales como es el caso del propio de

² CSJ , Sentencia T 96322 6 febrero de 2018.

las fuerzas armadas en Colombia, y, concretamente, el que rige la prestación de salud al personal de la Policía Nacional y sus beneficiarios. Al respecto, la Ley 1438 de 2011, *Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*, hace referencia a la garantía de la portabilidad en los artículos 1, 2, 22 y 61.

El artículo 1 señala la garantía de la portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país, como unas de los elementos de fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud; en el artículo 2, la portabilidad es tratada como una de las formas necesarias para orientar al Sistema en la generación de condiciones que protejan el derecho a la salud de la población; el artículo 22 se refiere a la portabilidad nacional como el deber de todas las entidad promotoras de salud de garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y otras entidades promotoras de salud.

Finalmente, el artículo 61 señala que las entidades promotoras de salud deberán garantizar y ofrecer a sus afiliados servicios con portabilidad a través de las redes integradas de servicios de salud, relievándose que la portabilidad es el derecho que tiene todo colombiano a ser atendido por las entidades que componen el Sistema de Seguridad Social en Salud, en cualquier lugar del territorio.

Escenario que adquiere un plus en el particular si se tiene en cuenta que los aquí afectados son menores de edad, y

por tanto, de especial protección por parte del Estado, como de manera especial fue definido por el canon 11 de la ya citada ley 1751 de 2015:

ARTÍCULO 11. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN. *La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.*

En el asunto bajo análisis, pudo conocerse que la señora Margarita Cristina Sánchez Montaña vive con sus tres hijos menores de edad en el municipio de Venecia, Antioquia y son beneficiarios el sistema de salud de la Policía Nacional.

Expuso la actora que en aras de acceder a los programas de promoción en salud, en el mes de julio llevó a sus tres hijos al Hospital San Rafael del municipio de Venecia, sin lograr beneficiarse de aquellos, toda vez que allí se le informó que esa IPS no había celebrado contrato alguno para ese periodo en aras de suministrar los servicios en salud al personal y sus beneficiarios de la Policía Nacional, por lo tanto, debería desplazarse a otros municipios para acceder a servicios asistenciales distintos a los de urgencias.

El Juzgado Penal del Circuito de Fredonia Antioquia, ante la situación expuesta por la señora Margarita y detectando una flagrante afectación al derecho a la salud de

N° Interno : 2021-1362-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 282 31 04 001 2021 00054
Accionante : Margarita Cristina Sánchez Montaña
Accionado : Dirección de Sanidad de la Policía
Nacional.

aquella y de sus tres hijos menores, ordenó al *Coordinador de Contratos del Nivel 1 (patrullera Yuly Milena Sánchez Castaño o quien hiciere sus veces)*, el *Jefe de la Regional de Aseguramiento en Salud Nro 6 en Antioquia (T.C Octavio Olaya Useche, o quien haga sus veces, fls. 27 f. y fls. 30 a 32 f.)* y *Unidad Prestadora de Servicios en Antioquia (a cargo del MY. Leonardo Espinal Granada)*, contratar la cobertura en salud integral en el municipio de Venecia, Antioquia, lo que tendría lugar en un término de 48 horas siguientes a la notificación de lo decidido, que no podría exceder en la medida de lo posible, de un mes.

Dicha orden, obedeció, en forma atinada, a que no se tornaba admisible la justificación presentada por los accionados en el sentido que el Hospital San Rafael de Venecia no se presentó al proceso de contratación iniciado con ocasión de suministrar los servicios en salud de aquella localidad, debiendo acudir a posibles alternativas para superar el aludido impase; tal escenario en particular desatiende los principios de oportunidad, integralidad, continuidad y eficiencia, lo que genera retraso en el acceso a los servicios en salud en la modalidad de promoción y prevención de los menores de edad, postulados cuya observancia es obligatoria, sin que el afiliado o paciente deba sufrir los retrasos originados en trámites administrativos.

Ahora bien, el motivo de inconformidad de la señora Sánchez Montaña se finca en que el A quo, en su decisión señaló que la orden dada a las dependencias antes aludidas, debería materializarse *en la medida de lo posible*, expresión de cierta ambigüedad en su alcance frente a lo ordenado por el juez de instancia y más confusa aún en los términos consignados en la

parte resolutive de la decisión, por lo que, como se verá, amerita su corrección en esta oportunidad.

En ese orden de ideas, lo señalado en la parte motiva de la decisión de primer grado fue lo siguiente:

*“Como colofón de lo que viene de referirse, se concede la tutela incoada a instancias de MARGARITA CRISTINA SÁNCHEZ MONTAÑO por afectación al servicio oportuno de salud en la fase de promoción y prevención de su grupo familiar compuesto por tres niños, derechos lacerados por la Unidad Prestadora de Servicios de Antioquia, la Regional de Aseguramiento en Salud No 6 y coordinador (a) de contratos de salud nivel 1 y en consecuencia, en el menor tiempo posible, dentro de las 48 horas luego de la notificación **y que no puede rebasar en la medida de lo posible de un mes calendario** se debe contratar la cobertura en salud en Venecia...”*

Mientras que en la parte resolutive, fue indicado lo siguiente:

*(...) **SEGUNDO:** Se ORDENA a los responsables de estas entidades – Unidad Prestadora de Servicios de Antioquia, Regional de Aseguramiento en Salud Nro. 6 y coordinador de contratos en salud del nivel 1 , que en el menor tiempo posible, y dentro de las 48 horas luego de la notificación de esta sentencia y que no puede rebasar de un mes calendario, **en la medida de lo posible, se debe contratar la cobertura en salud integral en el municipio de Venecia, Antioquia,** para el cuerpo policial y sus diversos beneficiarios, y tengan real acceso a la salud y de no hacerse por los encargados como lo son el Coordinador de Contratos del Nivel 1 (patrullera Yuly Milena Sánchez Castaño o quien hiciere sus veces), el Jefe de la Regional de Aseguramiento en Salud Nro 6 en Antioquia (T.C Octavio Olaya Useche, o quien haga sus veces, fls. 27 f. y fls. 30 a 32 f.) y Unidad Prestadora de Servicios en Antioquia (a cargo del MY. Leonardo Espinal Granada, o quien hiciere sus veces – fls. 27 f.), serán sancionados por incurrir en desacato al tenor del art. 52 del Decreto (...) Negrillas del Despacho.*

N° Interno : 2021-1362-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 282 31 04 001 2021 00054
Accionante : Margarita Cristina Sánchez Montaña
Accionado : Dirección de Sanidad de la Policía
Nacional.

Es así como la expresión, *en la medida de lo posible*, en esta última parte, genera mayor confusión y por tanto dificultades al momento de cumplirse la orden constitucional, pues en realidad da lugar a entender que podría persistir la excusa presentada por las accionadas, de índole administrativo, para la materialización de sus deberes como entidad promotora de salud dentro de un régimen especial; en otras palabras, que las accionadas solo tendrían que cumplir *si les es posible*, pues de lo contrario, la actora continuaría imposibilitada para acceder a los servicios asistenciales que se le podrían ofrecer en el municipio de Venecia, en favor de sus hijos.

De ahí que lo más recomendable sea aclarar la decisión de primera instancia, en armonía con la parte sustancial de lo allí fallado, y en consecuencia el numeral segundo de la parte resolutive quedará de la siguiente manera:

SEGUNDO: Se *ORDENA* a los responsables de estas entidades – Unidad Prestadora de Servicios de Antioquia, Regional de Aseguramiento en Salud Nro. 6 de la Policía Nacional - Antioquia y coordinador de contratos en salud del nivel 1 de la *Policía Nacional-Antioquia* , *que dentro de las 48 horas luego de la notificación de esta sentencia y en un plazo que no exceda de 30 días calendario, contrate la cobertura en salud integral en el municipio de Venecia, Antioquia, en beneficio directo de los menores de edad ALESSANDRO ZÚÑIGA SÁNCHEZ, SALMA ZÚÑIGA SÁNCHEZ y ALEJANDRO LÓPEZ SÁNCHEZ, y así tengan real acceso a la salud. Lo anterior, so pena de incurrir en desacato al tenor del art. 52 del Decreto (...)*

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del *01 de febrero de 2018*, proferida por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE FREDONIA (Ant), mediante el cual se concedió el amparo constitucional invocado por la señora MARGARITA CRISTINA SÁNCHEZ MONTAÑO en representación de sus hijos *ALESSANDRO ZÚÑIGA SÁNCHEZ, SALMA ZÚÑIGA SÁNCHEZ y ALEJANDRO LÓPEZ SÁNCHEZ*.

SEGUNDO: ACLÁRESE EL NUMERAL SEGUNDO DE LA PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA, el cual quedará de la siguiente manera:

“Se ORDENA a los responsables de estas entidades – Unidad Prestadora de Servicios de Antioquia (Policía Nacional), Regional de Aseguramiento en Salud Nro. 6 de la Policía Nacional - Antioquia y coordinador de contratos en salud del nivel 1 de la Policía Nacional-Antioquia – , que dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas luego de la notificación de esta sentencia y en un plazo que no exceda de TREINTA DÍAS (30) días calendario, contrate la cobertura en salud integral en el municipio de Venecia, Antioquia, en beneficio directo de los menores de edad ALESSANDRO ZÚÑIGA SÁNCHEZ, SALMA ZÚÑIGA SÁNCHEZ y ALEJANDRO LÓPEZ SÁNCHEZ, y así tengan real acceso a los servicios asistenciales en salud con los que cuente la

N° Interno : 2021-1362-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 282 31 04 001 2021 00054
Accionante : Margarita Cristina Sánchez Montaña
Accionado : Dirección de Sanidad de la Policía
Nacional.

IPS HOSPITAL SAN RAFAEL DE VENECIA. Lo anterior, so pena de incurrir en desacato al tenor del art. 52 del Decreto 2591 de 1991.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

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**

N° Interno : 2021-1362-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 282 31 04 001 2021 00054
Accionante : Margarita Cristina Sánchez Montaña
Accionado : Dirección de Sanidad de la Policía
Nacional.

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:

351f75df39a2c8775e302713d7bfddfcaaa9041ac05fbae0164fdf598101574

Documento generado en 23/09/2021 03:46:18 p. m.

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

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

Proceso No: 057566000349201900277 **NI:** 2021-1203-6
Accionante: WILDER JANEY ESPINOSA MUÑETON, BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA, ESTIH GOMEZ ERAZO
Delito: Hurto calificado y agravado tentativa
Decisión: Modifica
Aprobado Acta No. 159 del 23 de septiembre del 2021 Sala6

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

Medellín, septiembre veintitrés de dos mil veintiuno

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida el pasado 2 de agosto del año en curso por el Juzgado en el que se condenó a WILDER JANEY ESPINOSA MUÑETON, BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA y ESTIH GOMEZ ERAZO, como autores del delito de hurto calificado y agravado en la modalidad tentada.

LOS HECHOS

De acuerdo a lo narrado en la providencia impugnada, se tiene que 5 de noviembre del 2019 en Sonsón se recibe en la línea de la Policía Nacional en dicho municipio que advertía de la presencia de un vehículo en la esquina de la Calle 6 con carrera 5, al desplazarse agentes

del orden a dicho lugar encontraron el vehículo de placas MDK 608 Chevrolet Luv y en su interior a WILDER JANEY EPINOSA MUÑETON, quien tenía al interior del rodante elementos tales como herramientas cobijas y colchonetas.

De forma simultánea el policial DANIEL PEREA MERCADO, quien para la época de los hechos era escolta del alcalde, retuvo a BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA y a ESTIH GOMEZ ERAZO, a quienes encontró en la terraza superior del inmueble ubicado en la calle 6 Nro. 5 -18 segundo piso, quienes tenían en su poder una escalera con la que uno ayudaba al otro a trepar al techo además de unos lazos, una barra, y unas bolsas con una cegueta y varias herramientas, lo que le permitió inferior que pretendía ingresar al establecimiento SERVICAFE, próximo al lugar de la retención y mediante el procedimiento de *“ventosa o descuelgue”* apoderarse del dinero que allí se encontraba deposito por ser fin de semana en una cantidad superior a los \$ 95.000.000.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 28 de febrero del 2020, se radicó escrito de acusación en contra de WILDER JANEY ESPINOSA MUÑETON, BRAHJAN ALEXAN DER PALACIOS MOSQUERA y ESTIH GOMEZ ERAZO, como presuntos coautores del delito de hurto calificado y agravado en la modalidad tentada, el 15 de octubre siguiente se efectuó la audiencia de acusación y el 23 de noviembre la preparatoria, iniciándose el juicio oral el día 8 de abril del 2021 que finalizó con un anuncio del sentido de fallo de carácter condenatorio ese mismo día dando curso entonces a la audiencia de individualización de la pena.

SENTENCIA APELADA

Contiene un recuento de los hechos, así como también de toda la actuación surtida desde la presentación del escrito de acusación hasta la culminación del juicio oral, luego la anunciación del sentido del fallo de carácter condenatorio.

Se ocupó de señalar que estaba probado por vía de estipulación probatoria como lo era la identidad y arraigo de los acusados, posteriormente del dicho de los diferentes policiales que conocieron del caso a saber los uniformados DANIEL PEREA MERCADO, BREYDER RODRIGUEZ CONTRERAS, DARWIN ALEXANDER PALACIO SALAZAR, quienes ilustraron sobre las actividades desarrolladas y como fueron capturados los tres procesados, al igual que el dicho del señor ALEXANDER RODRIGUEZ CARVAJAL, administrador de SERVICOOOPS, y de OTONIEL BETANCUR SUAREZ, quien realizó un estudio topográfico y JUAN DAVID GONZALEZ, quien tomo fotografías al vehículo incautado.

Señaló entonces que teniendo en cuenta los lugares donde fueron retenidos los procesados, la conducta que estos asumieron al momento de su retención, el que estuvieren en proximidades al establecimiento comercial SERVICAFE, los elementos que portaban como cuerdas, escaleras, herramientas ceguetas, y lo que manifestaron al momento de su retención y pudieron oír los agentes del orden que los retuvieron, el que no tuviera amigos o conocidos en el municipio y que intentaran ocultar una llave resulta posible establecer que en efecto ellos pretendan hurtar un establecimiento del municipio de Sonsón, que por ser fin de semana tenía en sus arcas \$ 95.000.000, lo que finalmente no lograron por la oportuna intervención de la policía que reaccionó a una llamada que anunciaba la presencia de un vehículo sospechoso en el municipio en el que se encontró a WILDER JANEY EPINOSA MUÑETON, el que otro agente del orden encontrar sobre los techos próximos al establecimiento SERVICAFE, a BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA y a ESTIH GOMEZ ERAZO.

Indicó que efectivamente la intención de estas 3 personas era perpetrar el hurto cometido no logrado por la intervención policial, lo que ubica el comportamiento en el campo de la tentativa, por lo que impuso en consecuencia a WILDER JANEY EPINOSA MUÑETON y BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA, una pena de 54 meses de prisión y a ESTIH

GOMEZ ERAZO. De 77. 25 meses, visto que este registraba antecedentes penales y no era posible ubicarse en el cuarto mínimo de la pena. Igualmente negó cualquier beneficio o subrogado a los condenados visto el tipo de delito que se encuentra enlistado en el artículo 68 A del Código Penal.

DE LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN.

El abogado defensor de los procesados BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA Y ESTIH GOMEZ ERAZO interpone recurso de apelación que sustenta en las siguientes premisas:

1. Inicia señalando que son los actos preparatorios en una conducta punible y cuando estos son constitutivos de la tentativa, conforme la doctrina y la jurisprudencia nacional, enfatiza que los actos ejecutados por sus representados no son punibles de hurto pues estos no son de ejecución o de consumación, sin que se pueda predicar que en efecto a hay tentativa porque en su poder se encontraron ciertos elementos como cuerdas o herramientas, a lo sumo se podría pensar en un delito diverso como violación de habitación ajena.
2. Señala que no se afectó el bien jurídicamente protegido, que para el caso es el patrimonio económico, no existió apoderamiento de bien alguno o tentativa de esto.
3. La sentencia se fundamenta en el conocimiento personal de la falladora, quien concluye que el lugar de aprehensión de sus representaos es próximo a la Cooperativa SERVICAFE, cuando esto no se probó en el juicio, además el intendente PEREA MERCADO aclaró que su residencia donde retuvo a los procesados no es colindante con dicho establecimiento.

4. El informe de OTONIEL BETANCUR SUAREZ, no es un peritazgo no cumple con los requisitos legales de tal elemento de prueba, por lo tanto, fue indebido que se valorara el mismo para la emisión de la sentencia condenatoria.

Como petición subsidiaria señala que en caso de confirmarse la sentencia se tenga en cuenta que en la tasación de la pena de ESTIH GOMEZ ERAZO, erróneamente se tuvo en cuenta que tenía un antecedente penal para incrementar su pena, cuando dicho aspecto no se encuentra previsto en la ley como motivo de incremento de la misma.

La actuación cuando arribo a esta Corporación no tenía constancia de traslado a los no recurrentes o apelación de otro sujeto procesal se solicitó al despacho de origen aclarar tal aspecto y remitió las constancias de traslado a los demás sujetos procesales el que transcurrió en silencio de parte de ellos, igualmente se requirió sobre algunos elementos faltantes en la carpeta virtual que inicialmente se remitió.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada. El asunto que concia nuestro interés visto los planteamientos del recurrente es si en efecto se está frente a una conducta tentada de hurto o si por el contrario son hechos preparatorio no punibles los probados, igualmente se analizaran las glosas a la valoración de algunas pruebas, la antijuridicidad de la conducta imputada, y eventualmente si la sentencia debe ser confirmada el proceso de tasación de la pena.

DE LA TENTATIVA

La Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica señala que la tentativa supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del *Iter Criminis* correspondientes a la ideación, preparación y comienzo de ejecución del delito, sin alcanzar la consumación de mismo. ha indicado que la doctrina universal tiene admitido que la fase interna del *iter criminis* (ideación, deliberación y resolución) no es punible, por el principio *cogitationis poenam nemo patitur* (nadie sufre pena por su pensamiento), y por lo tanto no entra en el concepto de la tentativa.

Por el contrario, para que pueda ser considerada punible una conducta no solo es necesario que los hechos se hayan proyectado en el mundo exterior, sino que alcancen el grado de ejecución, quedando por fuera del ámbito de la tentativa los actos de preparación previos a la ejecución del delito, por cuanto estos no son suficientes para demostrar la vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro un bien jurídico.

Al respecto el Ato Tribunal hace ya varios años preciso que ¹:

“La tentativa como dispositivo amplificador del tipo se encuentra regulada en el artículo 27 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: “El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad...”. La tentativa, entonces, supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del iter criminis correspondientes a la ideación y a la preparación del delito y que ha comenzado a ejecutarse, sin conseguir la última etapa que es la consumación y, desde luego, tanto menos su agotamiento. Por lo anterior, la doctrina insistentemente se ha ocupado de establecer criterios que permitan diferenciar entre los actos preparatorios – que salvo cuando autónomamente son considerados delitos por el legislador, resultan impunes – de los actos ejecutivos que, a la postre, resultan sancionables en aplicación del dispositivo amplificador que se estudia. Es así como se han propuesto, básicamente, tres clases de teorías. Son ellas, las subjetivas, las objetivas y las mixtas. Las primeras, las teorías subjetivas, propugnan porque se indague únicamente por el plan del autor, esto es, por la intención de quien realiza la conducta, de manera que serán ejecutivos aquellos actos

¹ Sentencia del 8 de Agosto del 2007 M. P. MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ. RADICADO 25974

que según dicha planeación sean necesarios y suficientes para consumir el delito, con independencia del peligro o lesión del bien jurídico tutelado. Serán actos preparatorios los que de acuerdo con el plan del autor no se encuentren dirigidos al resultado final que pretende, aunque presten alguna utilidad. El anterior planteamiento ha sido objeto de críticas, en la medida en que se desentiende del derecho penal de acto establecido en el artículo 29 de la Carta Política, además, porque no tiene en cuenta los principios de lesividad y antijuridicidad material. Entre las teorías objetivas se encuentra la teoría formal objetiva, la cual plantea que la ejecución de la conducta comienza cuando se da inicio a la acción contenida en el verbo rector del tipo penal, es decir, cuando se comienza a matar, a hurtar, etc., mientras que los actos preparatorios carecen de tal condición. Tal postura no ha tenido acogida, pues en la práctica resulta de dificultosa comprobación establecer cuándo se comienza a realizar la conducta rectora del precepto normativo, con lo cual, la pretendida distinción se torna difusa y ambigua. También está la teoría material objetiva, según la cual, son actos ejecutivos aquellos que invaden la órbita del bien jurídico protegido y lo ponen en peligro, a la par que son actos preparatorios los que no alcanzan dicha situación riesgosa.

Este planteamiento ha sido objeto de reparos, en atención a que no define con claridad desde qué momento en la realidad puede considerarse que el bien jurídico objeto de tutela se encuentra efectivamente amenazado. Finalmente, se han propuesto las teorías mixtas de carácter tanto objetivo como subjetivo, en virtud de las cuales se considera que para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, es preciso acudir mediante un juicio ex ante, de una parte, al plan del autor, y de otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza, tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta, como el elemento subjetivo de la misma, en cuanto requisito de la responsabilidad penal. Concluye la Sala, que es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo.”

Y en pronunciamiento del año pasado reiteró que²:

2.3.1 La tentativa es un instituto amplificador del tipo penal que permite anticipar las barreras de protección del derecho punitivo criminal a conductas que, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, no alcanzan a producir el resultado típico previsto en las respectivas normas penales sustantivas. En el orden jurídico colombiano (y en lo que resulta pertinente para los actuales fines, es decir, con abstracción de la denominada

² Sentencia del 10 de junio del 2020 radiado SP1175-2020 M.P. JAVIER FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

*tentativa desistida, sobre la cual nada resulta pertinente considerar ahora) aparece consagrada en el artículo 27 del Código Penal: «El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada». De acuerdo con ese precepto, el delito tentado se configura cuando el agente (i) inicia la ejecución de una conducta punible (ii) mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, (iii) pero por circunstancias ajenas a su voluntad no logra su realización. (i) La exigencia de que el actor inicie la ejecución del delito sustrae de la órbita del derecho penal aquellos fenómenos subjetivos que no tienen manifestación alguna en la realidad (la ideación del ilícito) como también los actos preparativos de la conducta punible, los cuales, aunque sí trascienden al mundo material, están aún, en un curso causal hipotético, muy lejanos de la amenaza o lesión del bien jurídico como para suscitar respuesta alguna del derecho penal (desde luego, salvo que constituyan, en sí mismos, un comportamiento penado autónomo). La distinción entre los actos preparativos y los de ejecución puede resultar, en algunos casos, problemática, tanto en el campo teórico como en la práctica judicial. De ahí que la doctrina especializada haya propuesto distintas metodologías y construcciones conceptuales orientadas a lograr la disociación satisfactoria de unos y otros, verbigracia, la solución objetivo-formal²¹ y las teorías de la peligrosidad²² y la acción intermedia²³, entre otras. La Sala, de tiempo atrás, ha optado por aplicar un criterio mixto, que atiende, por una parte, al examen de la adecuación social de los actos realizados por el actor para amenazar el bien jurídico tutelado y, por otra, a su plan criminal (con la admitida dificultad de que éste no siempre puede conocerse o inferirse a partir de la información recabada en el proceso): «... es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo»²⁴. 21 Al respecto, ALCÁCER, Rafael. *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*. Ed. Edisofer, 2001. 22 *Ibidem*. 23 MAÑALICH, Juan Pablo. *Inicio de la tentativa y oportunidad para la acción*. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, n. 3, ps. 821 – 844. 24 CSJ SP, 8 ago. 2007, rad. 25974, reiterada recientemente en CSJ SP, 11 mar. 2020, rad. 56434. Así mismo, CSJ SP, 21 nov. 2018, 50543. 14 (ii) Para que la tentativa se configure, los actos realizados por el sujeto activo, además de implicar verdadera ejecución del delito pretendido y no su simple preparación, deben ser idóneos para lograr su consumación y estar inequívocamente dirigidos a ese fin. (a) Lo primero - la verificación de que los actos desplegados por el actor son idóneos para lograr la consumación del delito - es una condición que se deriva de las lógicas subyacentes a un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Por ello, su relevancia variará*

si al sistema de represión criminal del Estado se la atribuyen finalidades diversas, como la garantía de la vigencia de las normas²⁵. Esta comprobación es de naturaleza objetiva (entendida la expresión no en términos literales, sino como intersubjetividad que trasciende al agente) y se sustenta en la apreciación que, con apoyo en las máximas de la experiencia (y las reglas de la ciencia, en cuanto resulten relevantes), se haga del peligro que para el bien jurídico conlleva el comportamiento. Así, a efectos de discernir si los actos son o no idóneos para lograr la consumación del delito, resulta necesario examinar los presupuestos fácticos de su ejecución con atención a las circunstancias modales que los rodean y establecer si, en un curso causal ordinario, tenían la aptitud de provocar el resultado típico que define la infracción consumada²⁶. 25 Al respecto, JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Ed. Marcial Pons, 1997. 26 En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Delito imposible y tentativa de delito en el Código Penal Español. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1971, ps. 369 a 390. 15 La no idoneidad de los actos ejecutivos puede ser relativa o absoluta, según se les repute tales por razón de las circunstancias de modo en que se producen o con independencia de ellas. Por ejemplo, será relativamente inidóneo para matar el acto de quien dispara con una pistola de balines a una persona que se desplaza en un vehículo blindado, en tanto la experiencia enseña que dicho comportamiento, en esas específicas circunstancias, carece de la entidad para provocar la muerte del segundo. Es posible, sin embargo, que en otras condiciones modales (por ejemplo, si con idéntica arma le dispara directamente en un ojo) la valoración sea diferente. En cambio, si los actos desplegados por el sujeto activo son siempre, con abstracción de las circunstancias modales del caso concreto, incapaces de producir el resultado pretendido (como sucede, según la recurrente hipótesis académica, cuando se pretende derrumbar un avión en vuelo con una flecha o, más aún, con rezos o invocaciones) habrá de concluirse que aquellos son absolutamente inidóneos. No sobra anotar, en particular de cara a la controversia puntual que formula la demandante, que el estudio de idoneidad de los actos debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución – ex ante – y no posterior²⁷. La razón 27 En este sentido, MIR PUIG, Santiago. Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 3 (2001). Véase también ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto. Ed. Marcial Pons, 2013. 16 es evidente: con apoyo en una valoración ex post, toda tentativa concreta habrá de reputarse inidónea, pues de no serlo, habría culminado con la consumación del delito pretendido. (b) La exigencia de que los actos realizados por el agente estén inequívocamente dirigidos a lograr la consumación del delito, en cambio, alude a su órbita subjetiva, tanto volitiva como cognoscitiva. Se trata, entonces, de la constatación - directa o inferencial – de que lo pretendido por aquél al iniciar su ejecución era justamente lograr la producción del resultado típico. Desde luego, esta comprobación rara vez se logra de manera directa (como cuando el agente admite la finalidad de su

comportamiento) y, a diferencia de lo que sucede con el delito consumado, no puede deducirse racionalmente del resultado, precisamente porque éste, en la tentativa, no se configura: por ejemplo, desde el plano estrictamente objetivo, del acto de tomar sin autorización el vehículo de un tercero puede afirmarse que estaba dirigido a la apropiación del bien (y con ello, que corresponde a la ejecución de un hurto), o bien, que se realizó con el propósito de utilizarlo para después devolverlo (con lo cual el delito intentado sería el de hurto de uso). Por lo anterior, este juicio normalmente reposa en procesos inferenciales, para los cuales resulta útil la valoración conjunta de las características objetivas de los actos ejecutados por el sujeto activo, las circunstancias 17 modales que los rodean y, en cuanto se conozca, el plan del autor. (iii) Finalmente, la tentativa reclama que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure «por circunstancias ajenas a su voluntad», por ejemplo, por la intervención obstructiva de un tercero o circunstancias fortuitas. Si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente, el curso causal carecerá de relevancia penal a menos que, en su desarrollo, haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma.”

De lo probado

Hechas las previsiones dogmáticas sobre la tentativa, nos ocuparemos entonces de establecer que fue lo probado y si en efecto estamos o no frente a simples actos preparatorios no punibles o por el contrario si como se predicó en el fallo impugnando la conducta de hurto calificado y agravado se configuro en el grado de tentativa.

Previo a adentrarnos en este tema la Sala debe advertir que aunque el juicio se tramitó de manera virtual, en medio de la contingencia de la actual pandemia del COVID 19, y por esto se utilizaron diversos medios informáticos que son plenamente válidos y en tal virtud se compartieron documento, , lo cierto es que el Juzgado de instancia, solo registro la audiencia en audio, por lo que todo lo que se menciona en los testimonios se vio en las cámara de la audiencia y se compartió por la plataforma *Watt apps* no puede ser apreciado en el registro, de la actuación de esto, el despacho de primera instancia aclaró que no cuenta con los medios informáticos para la grabación de video, ante requerimiento que se le hizo por esta Corporación sobre el tema, sin embargo se adjuntó en la carpeta

denominado elementos materiales los documentos que fueron compartidos por la plataforma *whatt apps* en desarrollo de la audiencia de juicio oral.

Adentrándonos ya en las pruebas ofrecidas por la Fiscalía, pues las dos abogados defensores desistieron de las pruebas que habían pedido y se les había decretado en la audiencia preparatoria, tenemos en primer lugar que DANIEL PEREA MERCADO, declaró sobre la captura de BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA y ESTIH GOMEZ ERAZO, indicó que cumplía funciones como escolta del alcalde de Sonsón, y que cuando encontraba de descanso en su domicilio que esta junto al D 1 y hacia la media noche oyó ruidos en el techo de su vivienda que se ubica en el segundo piso del inmueble, y al indagar encontró que dos personas intentaban subir de la terraza de su casa que da a la calle al techo, por lo que utilizando su arma de dotación los inmovilizó y se comunicó con el cuadrante de la Policía para que se hicieran presentes agentes del mismo a quienes entregó a dos hombres, que resultaron ser PALACIO MOSQUERA y GOMEZ ERAZO, indica este declarante que estas dos personas tenían en su poder una escalera y unos lazos. Señaló igualmente que alcanzó a oír a los dos hombres que decían *“vamos vamos ya tengo ubicada la caja fuerte”*, y que uno le dicha al otro *“llame a este man que este listo y nos avise”*, lo que le hizo suponer que pretendían cometer un hurto y por y llamando al cuadrante del sector y luego tomó su arma de dotación y salió y encañonó a la persona que estaba en la terraza que resulto ser ESTIH, reduciéndolo y tirándolo al piso de la terraza de su casa y posteriormente en el techo encontró a otro sujeto que resultó ser BRAHJAN a quien le encontró en su poder unos lazos, lo hizo bajar del techo y lo inmovilizó, percatándose posteriormente que tenían una escalara y un maletín, y que en el techo habían dejado un elemento que resultó ser una segueta que bajo el policial BREYDER que lleo posteriormente. Sobre lo que oyó decir a las personas que intercepto ante nuevo cuestionamiento de la Fiscalía en desarrollo del interrogatorio directo enfatizo que *“... los veo subiendo y escucho que el señor ESTIH le pide al otro señor que subieran que ya tenía ubicada la caja fuerte del supermercado, que subiera y el otro le*

contesto, listos listo avísele a este man que está en el carro para que no la cante, me imagino por si venia la policía o alguna persona pasaba por ahí.” Al ser interrogado por la defensa sobre el lugar de la retención de BRAHJAN Y ESTIH indico que uno estaba junto al lavadero en la terraza y el otro en el techo de su apartamento, igualmente precisó a la defensa, que su casa de habitación no colinda con el supermercado SERVICAFE, sino que hay varios predios entre su casa y dicho supermercado. La juez interrogó al testigo sobre el lugar exacto donde se capturaron a BRAHJAN ALEXANDER, y ESTIH, señaló que fue en el techo de la casa del intendente PEREA, donde este los interceptó y los encontró el ya reducidos en la terraza de dicho inmueble. La Juez, utilizando unos registros fotográficos que mencionó que la Fiscalía había compartido por la aplicación *what apps*, pero no se habían introducido en ese momento del juicio, pue aun no declaraba la persona que las había tomado ni mucho menos se habían introducido formalmente al juicio preguntó al testigo ubicara en las mismas la cooperativa y su lugar de residencia, ante el testigo indicó que no entendía si era el supermercado o la cooperativa, la Juez le explicó que SERVICOOOP era una cooperativa que tenía varios locales, y que ocupaban toda la cuadra, y le pidió al testigo que viera las fotos, a lo que la Fiscalía replicó que enviaría vía *Whats app* al testigo las fotos para que pudiera contestar mejor y le pidió fijara su atención en la fotografía número 4 ,a su vez la Juez de viva voz dijo *“yo veo que entre la casa del testigo y servicafé solo hay un inmueble”*, y le pregunto al testigo si había otra ruta más fácil para llegar a la cooperativa desde el techo de su casa y este dijo que no.

El policial BREYDER RODRIGUEZ, inicialmente participó en la retención de WILDER JANEY ESPINOSA, quien se encontraba en el vehículo de placas MDK 608 Chevrolet LUV, quien señala que al recibir una llamada sobre una camioneta sospechosa se dirigió al lugar indicado y allí encontró al referido WILDER JANEY, en una camioneta que en su platón tenía unos colchones, que por ser una persona no conocida del municipio, que al notar su presencia intento evadirse que al interceptársele se le indagó y dijo que había sido

contratado para un viaje a Medellín, igualmente indica que al recibir la llamada donde se reportaba la retención de otras dos personas por parte del policial PEREA MERCADO, se dirigieron a dicho lugar y allí encontraron a dos personas que tenían igualmente herramientas, lazos, cegueta, una barra y una escalera un bolso con herramienta procediendo entonces a su captura. Indicó que PEREA MERCADO les mencionó que los dos hombres que habían retenido previamente habían dicho que ya tenía ubicada la oficina del supermercado donde estaba la caja fuerte. Posteriormente manifiesta que ya cuando hablaron con los 3 capturados WILDER indicó que los otros dos capturados lo contrataron para viajar de Medellín a Sonsón. Señala que caminó a la Estación WILDER les manifestó que él sabía que se iban a robar un supermercado pero que no podía decir nada frente a ellos por represalias, igualmente que BRAHJAN ALEXANDER, le indicó que ESTIH ya había hecho un estudio de los movimientos del supermercado para robarlo y que había ya viajado varias veces a tal fin, igualmente BRAHJAN ALEXANDER informó que ESTIH tenía otra llave de la camioneta que finalmente se pudo encontrar en la estación de policía donde al parecer la arrojó ESTIH. Con este testigo la Fiscalía introdujo un informe de policía de captura en flagrancia, que la juez tomó como prueba documental número 1, igualmente un informe de incautación de unos elementos encontrados a los capturados, que la Juez identificó como prueba documental número 2. Interrogado por la defensa de WILDER sobre la imposición de los derechos del capturado precisa que inicialmente no se hizo pues no se sabía lo de la captura de las otras dos personas, por lo que solo al regresar con los otros dos fue que se hizo al confirmarse su relación con estos, y dado que además supieron que BRAHJAN Y ESTIH habían dicho que había que avisarle al de la camioneta. Recalca que la información que dio WILDER sobre los hechos solo fue después de la captura y dijo que no había dicho nada antes porque temía represalias de los otros dos capturados. La defensa interrogó nuevamente sobre los derechos al capturado y el derecho a la no incriminación, indicando el Policial que le habían hecho tales advertencias sin embargo el testigo ante él admitió que, si sabía lo del hurto, diciéndole que lo hacían porque era fin de semana y entonces en el supermercado había dinero guardado. Ante el conainterrogatorio de la

Fiscalía señaló que el advirtió a WILDER su derecho a no auto incriminarse y a pesar de esto el capturado admitió ante el saber del hurto. Este testigo indicó igualmente que la captura de las otras dos personas se hizo en un inmueble que está en la parte de atrás de SERVICAFE, que hay otro techo y posteriormente esta la parte trasera del supermercado, en cuanto a la camioneta indicó que estaba en la esquina y a mitad de cuadra se ubica el supermercado. Ante contrainterrogatorio de la Fiscalía señaló que los elementos incautados sirven para ingresar a un establecimiento comercial y abrir una caja fuerte.

Declaró igualmente el policial DUVIER ALEXANDER PALACIOS SALAZAR este indicó que realizó un informe de investigador de campo el 3 de febrero del 2020, el cual le fue exhibido para que refrescara memoria por la Fiscalía y acto seguido señaló que en el mismo había unas fotografías de unos inmuebles próximos a SERVICAFE y de inmueble donde residía el intendente PEREA y del supermercado SERVICAFE, identificando por sus números las fotografías y señalando que en las numero 2 y numero 4 se encontraron los elementos incautados a saber sogas, escalera pica y barra, acto seguido la Fiscal pidió se incorporara como prueba documental dicho álbum fotográfico a lo que la Juez de inmediato aceptó incorporar como prueba documental de la Fiscalía, informó igualmente el testigo que recibió una entrevista al intendente PEREA y al administrador del supermercado SERVICAFE, y procedió a resumir lo que estas personas le informaron en las entrevistas. La Juez preguntó a la Fiscalía si pretendía introducir las entrevistas que mencionaba el policial había recibido, pues se habían decretado, a lo que la Fiscal indicó que si pedía su incorporación y a Juez las admitió como pruebas documentales de la Fiscalía. Luego la Juez interrogó al testigo y le preguntó si había registrado los antecedentes penales de los procesados y le pidió informara que información obtuvo a lo que el testigo señaló que se consultaron antecedentes pero indicó no recordar, la Juez le pidió a la Fiscalía suministrara al testigo a información que no recordaba, esta entonces indicó que se la suministraría al Policial y señaló que solo ESTIH tenía antecedentes por hurto y falsedad, luego la Juez le preguntó que si podía certificar que eran antecedentes y este señaló que les aparecían sentencia

condenatorias y que por eso eran antecedentes. La Juez preguntó que si estaban vigentes y él dijo no saber.

ALEXANDER RODRIGUEZ CARVAJAL, comparece e informa que el representante legal de la Cooperativa SERVICOOOP, informo que para el día de los hechos estaba en la Cooperativa el recaudo del PAC, del supermercado y de la parabólica, que de lunes a viernes el dinero se consigna en el banco, pero como era fin de semana estaba en las cajas fuertes del supermercado, preciso que había dos cajas fuertes y que para el arqueo de ese día era entre 90 o 95 millones de pesos. La Fiscalía pregunto si había aprobado algún inventario o arqueo y señaló que, si se había entregado tal documento, se le exhibió entonces por la Fiscalía con fines de refrescar memoria unos documentos que se oye se compartieron vía *whatt apps* e indico que eran \$ 98.248.689, precisó igualmente que las cajas fuertes son visibles por ser muy grandes pero están en la parte administrativa de la Cooperativa, señaló que la Cooperativa tenía un techo tradicional y peuras con seguro, no tenía cámaras de seguridad para el momento del hurto, indico que para esa época era fácil ingresar por el techo pues no tenía seguridad alguna especial, con este testigo se introdujo un certificado de cámara de comercio y un informe contable, que la Juez sin que se diera lectura al mismo señaló que se tendrían como pruebas documentales de la Fiscalía. La defensora de WILDER ESPINOSA interrogó sobre la ubicación de las cajas y seguridad y señaló que estaban en la parte trasera y que eran unas cajas fuertes seguras, ante el interrogatorio del otro abogado preciso que no habían alarmas y que las cajas no fueron dañadas, estaban cerradas, y no supo si hubo algún daño al techo del edificio de la Cooperativa, se le indagó si las cajas fuertes podían abrirse con una cegueta y una pica, y señaló que en otra Cooperativa donde laboró vio cómo se abría una caja fuerte similar con una cegueta y una barra. La Fiscalía preguntó finalmente si las cajas fuertes estaban junto alguna pared, y señaló que, si junto a la pared que linda con la calle 6, luego se le preguntó y se le preguntó que si estaban cerca al D1 y señaló que había una casa que colinda y luego el D1. Se le preguntó por la defensa de WILDER si colindaban las cajas fuertes con la casa de don Manuel y señaló que hay una casa

intermedia. Finalmente, la Juez preguntó que si quien entra a la Cooperativa puede ver las Cajas fuertes, y el testigo señaló que solo la ve quien ingresa a la parte administrativa. Cuando ya se había dado por terminado el interrogatorio la Fiscalía pidió nuevamente la palabra para hacer una aclaración a lo que la Juez accedió y se le cuestionó si alguna persona hizo algún arreglo a la Cooperativa en los días previos, y señaló el testigo que no podía relacionar tal aspecto.

Declaró el señor OTONIEL BETANCUR, quien indicó que como perito evaluador elaboró un informe pericial como perito evaluador sobre unos inmuebles que le pidió la Fiscalía y señaló que visitó una propiedad de MANUEL HUMBERTO BOTERO, otra contigua de la familia CARDONA SUAREZ, y otra que le seguía donde estaba la COOPERATIVA y el supermercado SERVICAFE, todos predios colindantes, se le pidió entonces reconociera el informe que elaboró, señalando que si por estar firmado por él, se le pidió entonces informara la conclusión a la que arribó procediendo a dar lectura al mismo señalando que los predios de MANUEL HUMBERTO BOTERO, colinda con el de la familia CARDONA SAREZ, y este a su vez colinda con el SUPERMERCADO SERVICAFE, tal y como lo corroboró al visitar los referidos inmuebles. Señaló además, que tomó fotografías a los inmuebles las que acompañó a su informe, se le preguntó entonces por la Fiscalía a qué correspondía cada una de las fotografías, y él las identificó como la de HUMBERTO BOTERO, la de CARDONA SUAREZ, y la de SERICAFE, sin que en el registro en audio que hay de la audiencia se pueda percibir cuales son las fotografías que está identificando, aclarando el testigo que se puede pasar fácilmente de una a otra casa por los techos, los cuales son techos de barro y de teja de eternit, por lo que los mismos fácilmente se pueden destruir. La Fiscalía pidió se tuviera el informe como prueba de la Fiscalía, y la Juez señaló que los tendría como pruebas documentales, el informe pericial, las fotografías y la información de idoneidad del testigo. El defensor de BRAJHAN preguntó que, si el predio de don MANUEL colindaba con el de la Cooperativa a lo que el testigo señaló que no, que colindaba con el de CARDONA SUAREZ, y este a su vez, con la cooperativa. Finalmente, la Juez interrogó al testigo si recorrió los

techos, y el señaló que no se subió a los techos, le preguntó si pudo verificar que, si sobre esos predios se podía pasar a la Cooperativa, e indicó que sí, y que, aunque no subió a los techos si verificó las propiedades en su interior y cómo eran sus techos.

Declaró también el policial JUAN DAVID GONZALEZ GARCIA, el registro de audio en algunas partes de muy difícil percepción pues al parecer el testigo declara por video llamada telefónica, el compareciente señala que se encargó de unos actos urgentes consistentes en la toma de un álbum fotográfico a un vehículo y unas herramientas, que estaban incautados cerca al supermercado SERVICAFE, la Fiscalía pidió se ingresara el álbum fotográfico que el investigador señala había tomado como prueba documental, procedió entonces la Fiscal a indicar que era lo que se apreciaba en las fotografías y le preguntó al testigo si él las había tomado, a lo que este indicó que si, por lo que reiteró su incorporación como prueba documental a lo que la Juez indicó que así se procedería a incorporar a la actuación. Igualmente, se le interrogó si había recogido la documentación del vehículo incautado como tarjeta de propiedad, copia del técnico mecánica compraventa y el “*improntado (sic) ”* del vehículo” el testigo dijo que, si se pidió la incorporación, y al Juez la decretó como prueba documental.

En desarrollo de la audiencia de juicio oral se informó que se incorporaban las estipulaciones que desde la audiencia preparatoria las partes habían acordado referentes a la reseña, cartilla decodactilar, foto cédula y estudio de arraigo de los capturados, que todas las partes las tenían en sus *WhatsApp*, y como se aprecia se incluyeron en la carpeta de elementos materiales, las mismas igualmente fueron exhibidas al policial PEREA MERCADO para que reconocerán a las personas que habían capturado visto que en las mismas reposaba una reseña fotográfica.

Ahora bien, debe la Sala ocuparse de algunas situaciones que se presentaron en la práctica de las pruebas, y encontramos que tanto el policial PEREA MERCADO como el policial RODRIGUEZ, evocaron varias cosas que oyeron decir a los ahora procesados, en concreto quien dio captura a BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA y ESTIH GOMEZ ERAZO, indicó que cuando sintió la presencia de personas en la terraza de su casa y se asomó vio a dos sujetos uno en la terraza y otro subiendo al techo con la ayuda del primero y se percató de lo que hablaban en concreto expuso “ *...y escucho que el señor ESTIH le pide al otro señor que subieran que ya tenía ubicada la caja fuerte del supermercado, que subiera y el otro le contesto, listos listo avísele a este man que está en el carro para que no la cante, me imaginó por si venia la policía o alguna persona pasaba por ahí*”. Tal manifestación como lo precisó el policial, la oyó antes de que BRAHJAN ALEXANDER Y ESTIH, fueran retenidos por él, es más enfatiza que al oírlos fue que el decidido sacar su arma de dotación, y aunque para este momento estaba de descanso, decide intervenir los inmoviliza y luego llama al cuadrante de la policía local para que se apersonen del caso, y precisamente como es algo que él oye antes de que se realice el procedimiento de captura, no se puede decir que se debe excluir de valorar lo que el oyó, pues ni el en ese momento efectivamente estaba obrando como un agente del estado, pues se encontraba de descanso, sino que obró como cualquier otra persona que se percató que en su domicilio hay unos extraños e interviene y los inmoviliza.

Cosa distinta ocurre con lo que menciona el policial RODRIGUEZ, oyó decir tanto a WILDER cuando lo retuvo y a BRAHJAN ALEXANDER, cuando lo conducía a la Estación de Policía, donde tal y como se desprende de lo que narró estas personas le confesaron que su presencia en el municipio se debía a que pretendía hurtar las instalaciones del supermercado SERVICAFE y que quien dirigía la operación delincuencia era ESTIH, pues aunque este policial enfatiza que le impuso los derechos del capturado a cada una de estas personas y les advirtió del derecho de guardar silencio, porque estos decidan hablar ante el e informe lo que usaba ocurriendo, no es posible valorar tales manifestaciones, pues para que estas fueran válidas se requiera que las hiciera no solo advertidos de su derecho a no

ato inculparse, sino que además debían estar acompañados por su abogado, y esto no ocurrió, es más la Fiscalía preguntó si se les había tomado entrevista a los capturados y el policial dijo que los llevó a las instalaciones del ente acusador allí se encargaron de esos, pero tales entrevistas nunca se presentaron en el juicio por lo tanto si lo que ellos expresaron aparentemente reconociendo responsabilidad no se hizo estando ellos acompañados de un defensor no resulta posible ahora que se valore. Sobre cuando una versión que rinde una persona capturada ante funcionarios de policía es válida la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa³:

“El artículo 33 de la Constitución Política establece que nadie está obligado a declarar en su contra ni en contra de sus familiares cercanos. El tema fue ampliamente desarrollado en la Ley 906 de 2004, especialmente en lo que concierne a las circunstancias bajo las cuales se activa este derecho y a la posibilidad que tiene el indiciado, imputado o acusado de guardar silencio.

En primer término, la norma rectora 8 dispone que

En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente (...)*
- b) No auto inculparse ni inculpar a su cónyuge (...).*

*Más puntualmente, el artículo 126 precisa que “el carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de imputación o desde la captura, si ésta ocurriere primero”. El artículo 282, que regula el interrogatorio al indiciado, establece que “el fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene **derecho a guardar silencio** y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra (...). Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado”. En la misma lógica, el artículo 303 dispone que “al capturado se le*

³ SP19617-2017 del 23 de noviembre del 2017

*informará de manera inmediata lo siguiente: (...) 3. **Del derecho que tiene a guardar silencio**, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente (...)*". Por su parte, el artículo 394 regula el interrogatorio del acusado o coacusado en el juicio, bajo la advertencia de que para ello es necesario que estos se "ofrecieren a declarar", lo que fue ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia C-782 de 2005⁴.

El sentido de estas normas es unívoco en lo que concierne a los siguientes aspectos: (i) el derecho a no autoincriminarse, y su correlato, el derecho a guardar silencio, se activa, entre otros eventos, cuando la persona ha sido capturada; (ii) Si la posibilidad de guardar silencio bajo estas condiciones está consagrada como una garantía de rango constitucional, el Estado no puede valorar en contra del procesado el ejercicio de la misma, porque ello implicaría vaciarla de contenido; y (iii) si el Estado pretende interrogar a una persona privada de la libertad, debe cumplir los requisitos previstos en los artículos 282 y 303, orientados a garantizar que ello obedezca a un verdadero acto de liberalidad, bajo el asesoramiento de un abogado contractual o provisto por la Defensoría Pública."

Puede entonces válidamente valorarse lo que el policial RODRIGUEZ vio, y realizó, esto es la requisita a una camioneta la retención de quien en ella se encontraba, valorar lo que el vio al interior de dicha camioneta, y las menciones que hizo en el procedimiento posterior que efecto cuando llegó al lugar donde ya estaban inmovilizadas los otros dos procesados, pero no se puede valorar lo que el señala los procesados admitieron ante él en relación a su participación en los hechos materia de juzgamiento.

Ahora bien, se incorporaron en desarrollo del juicio una serie de documentos, sobre los cuales es preciso hacer las siguientes consideraciones. Con el policial RODRIGUEZ, la Fiscalía pidió se incorporaran como pruebas documentales y así finalmente se hizo unos informe suscritos por dicho servidor y que en concreto son el de captura en flagrancia y el de incautación de unos elementos, la Sala parecía que la incorporación de tales informes a la actuación fue totalmente desacertada, en primer lugar porque los informes de policía no son pruebas, lo que es prueba es la declaración que rinde quien los elabora y aquí

⁴ Negrillas fuera del texto original.

compareció precisamente el policía RODRIGUEZ, a declarar, de otra parte tales informe válidamente se pueden usar para refrescar memoria, impugnar credibilidad y eventualmente como prueba de referencia ante la indisposición de quien los suscribió, aquí la Fiscalía los usó para refrescar memoria se le permitió al testigo leerlos, cuando indicó que no recordaba bien el procediendo por el efectuado y luego declaró, allí terminaba entonces el uso de tales informes, y no podía como se terminó haciendo incorporarse a la actuación y mucho menos diciendo que eran pruebas documentales como lo señaló de viva voz la juez de primera instancia en el desarrollo de la audiencia.

También fue totalmente desacertada la incorporación como prueba documental de dos entrevistas que recibió el policial DUVIER ALEXANDER PALACIOS SALAZAR, en concreto las tomadas al policial PEREA MERCADO, y al administrador de SERVICOOOP, no entiende la Sala porque se incorporaron tales entrevistas y mucho menos que se rotularan como pruebas documentales, tanto PEREA MERCADO, como ALEXANDER RODRIGUEZ CARVAJAL representante legal de SERVICOOOP, declararon en el juicio, a ellos no se les impugnó credibilidad, no manifestaron no recordar algo para que se necesitara refrescar su memoria con una entrevista previa que habían rendido, que son los motivos válidos para el uso de las entrevistas previas en un proceso penal ⁵, por lo tanto no era posible que como terminó

⁵ Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa: Mirado a la luz de las garantías judiciales del acusado, el uso de declaraciones anteriores para el refrescamiento de memoria no resulta problemático porque (i) la declaración anterior se utiliza exclusivamente con la finalidad de refrescar la memoria del testigo, y, por tanto, no es incorporada como prueba, ni físicamente ni a través de lectura (debe ser mental); (ii) la defensa (y la Fiscalía, cuando sea el caso) tiene derecho a examinar los documentos utilizados para refrescar la memoria del testigo, y (iii) el juez debe constatar que se cumplan los requisitos básicos para utilizar un documento con el fin de refrescar la memoria del testigo. El análisis sistemático de las normas que regulan la prueba testimonial, permite concluir que el uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo está sometido a reglas como las siguientes (i) debe verificarse que el testigo tiene conocimiento personal y directo del hecho o circunstancia sobre el que se le indaga (Art. 402); (ii) a través del interrogatorio debe establecerse que el testigo tiene dificultad para recordar (Art. 392); (iii) una vez establecido que con un determinado documento puede favorecerse su rememoración, se le debe poner de presente para su reconocimiento y posterior lectura u observación (que debe ser mental), no sin antes ponerlo de presente a la contraparte (ídem); y (iv) la necesidad de refrescar la memoria del testigo puede surgir durante el interrogatorio en el juicio oral, por lo que no puede exigirse que una solicitud en tal sentido se haya realizado en la audiencia preparatoria, además que es una posibilidad que opera por ministerio de la ley. Son varios los aspectos que atañen al uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo, que serán

pasando, se incorporaran a la actuación, o mucho menos que ahora se pretenda a la hora de establecer responsabilidad, se valore lo que ellos pudieron llegar a decir en tales entrevistas.

Ocurrió igualmente algo indebido con la incorporación que se hizo de algunos documentos que recolectó el ya mencionado policial DUVIER ALEXANDER PALACIOS SALAZAR, como el policial JUAN DAVID GONZALEZ GARCIA, en el que no se dio cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 431 de la Ley 906 del 2004, nunca se leyó el contenido de los documentos, la Fiscalía se limitó a preguntar al policial si el los recolectó, nunca lo interrogó de qué manera, ni mucho menos se informó a la audiencia que contenían tales documentos, finalmente fue la Juez cuando se incorporaron los mismos la que se tomó el trabajo de decir que contenían los documentos que la Fiscalía pedía incorporar y que hacían parte de un informe policial y que según lo narrado por la juez se referían a un álbum fotográfico, a un estudio de antecedentes penales, y a unos documentos sobre el vehículo incautado. Aquí parece que tanto Juez como Fiscal entendieron que si los documentos estaban en un informe de policía judicial, los mismos ingresaban directamente sin necesidad de que se identificara los documentos se indicara como se recolectaron, y mucho menos se explicitara su contenido, por lo tanto la información que finalmente se incorporó a la actuación paradójicamente fue la que la señora Juez indicó de viva voz y terminó en la carpeta de elementos materiales como si ella fuera la que declarara como en algunos apartes de su apelación lo reprocha la defensa, sin que se hubiere observado a cabalidad la forma propia prevista en la ley para su incorporación, y solo se podrá valorar lo que en efecto declararon

desarrollados por la jurisprudencia en la medida en que la casuística haga necesario un pronunciamiento. Por ahora, basta con considerar que en esta forma de utilización de declaraciones anteriores al juicio, “la presentación del escrito en corte no es para probar la verdad de las declaraciones contenidas en el escrito. Eso sería prueba de referencia cuya admisión habría que considerarla bajo la regla (...), el escrito se presenta para ser examinado por la parte adversa, para inspeccionarlo y usarlo en el contrainterrogatorio del testigo...”. Según lo expuesto en precedencia, es claro que el escrito utilizado para refrescar la memoria del testigo le debe ser exhibido a la otra parte para que tenga conocimiento y control de las herramientas utilizadas para facilitar los procesos de rememoración del declarante, pero también para brindarle la oportunidad de que lo utilice durante el contrainterrogatorio, según las reglas de impugnación de la credibilidad que serán analizadas en el siguiente numeral». Sentencia SP 606 del 2017.

los policiales ya mencionados encontraron, revisaron o vieron, mas no las resultas de esto consignadas en los mencionados informes.

Sobre el uso indebido de documentos lo mismo pasó con la declaración del señor ALEXANDER RODRIGUEZ CARVAJAL, este manifestó no recordar el monto total del dinero que estaba en las cajas fuertes, la Fiscalía le preguntó si había algún arqueo o estudio contable el indicó que si se le permitió su consulta recordó el guarismo del total el dinero que había, y luego dicho informe terminó incorporado como prueba documental por la Juez, cuando lo evidente era que solos se había usado para refrescar memoria.

En cuanto a la supuesta prueba pericial que rindió el señor OTONIEL BETANCUR, y que la pare recurrente fustiga fuertemente, en efecto aprecia la Sala que no se trató de ninguna pericia, el referido ciudadano quien dijo ser perito evaluador, fue convocado al juicio para que ilustrara sobre un informe topográfico que él hizo en los predios vecinos al inmueble ubicado en la COOPERATIVA SERVICAFE, aunque dicha persona fue citada como testigo y se dijo que se incorporaban documentos que acreditaban su calidad de tal, nunca se expusieron tales credenciales en el juicio, tampoco él explicó cuál fue la ciencia o arte usada en su peritación, simplemente se indicó que tomo unas fotografías a tres predios, los visitó sin subir al techo y luego elaboro un plano e informe concluyó cual era próximo a cual, y que sus techo eran fáciles de romper, sin explicar tampoco cuál fue la técnica o estudio que lo llevó a concluir esto, con lo evidente es que no se cumplió con ninguna de las exigencias previstas para la prueba pericial conforme a lo señalado en los artículos 417 y siguientes de la ley 906 del 2004. Con este testigo se incorporaron también unas fotografías, que en esencia son una prueba documental, sin embargo no se siguió la técnica adecuada para esto en desarrollo en el juicio conforme lo dispuesto en el artículo 441 de la ley procesal penal y simplemente después de que se le preguntó que si las había tomado, sin exhibirla en el juicio, terminó incorporándose por la Juez las mismas por hacer parte del informe pericial y terminaron archivadas en la carpeta virtual de elementos materiales.

Recapitulando entonces y excluyendo lo que no puede ser valorado aunque este incorporado a la capeta virtual de la actuación tenemos que de lo probado en el juicio aparece en primer lugar que BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA y ESTIH GOMEZ ERAZO, fueron retenidos por el policial PEREA MERCADO que para ese momento estaba de descanso en su domicilio, cuando se percató pasada la medianoche que estas personas estaban una en la terraza exterior de su domicilio y otro en el techo del mismo, igualmente que estas personas tenían en su poder en ese momento elementos tales como una escalera, una barra, una cegueta, cuerdas y un maletín con herramientas.

Igualmente aparece demostrado que el inmueble donde se retuvieron a estas personas, es próximo a la Cooperativa SERVICOOOP la cual en su interior alberga el supermercado SERVICAFE, esto lo informa el testigo PEREA MERCADO, quien señala que hay otro predio de por medio, y también lo indican tanto el señor OTONIEL BETANCUR como el policial DUVIER AEXANER PALACIO SALAZAR, sin que para esto sea necesario tener en cuenta las fotografías que se utilizaron en sus declaraciones antes de que se incorporaran formalmente al juicio, y respecto de la cuales como ya se anotó solo al Juez en ese momento al parecer sabía de su existencia o el supuesto informe pericial que como ya se anotó no tenía la calidad de tal o las otras fotografías que entraron en un informe sin que sobre las mismas se cumpliera con los rituales legales para el ingreso de documentos.

Informó igualmente el testigo PEREA MERCADO, que *“los veo subiendo y escucho que el señor ESTIH le pide al otro señor que subieran que ya tenía ubicada la caja fuerte del supermercado, que subiera y el otro le contesto, listos listo avísele a este man que está en el carro para que no la cante, me imagino por si venia la policía o alguna persona pasaba por ahí”*, lo que les hizo suponer que algo malo tramaban estas personas.

Además aparece probado que el policial BREYDER RODRIGUEZ, advertido de la presencia de un automotor sospechoso en el perímetro urbano del municipio de SONSON encontró el vehículo de placas MDK 608 Chevrolet Lev y en su interior a WILDER JANEY EPINOSA MUÑETON, el cual se encontraba estacionado en una esquina de la cuadra en la que está ubicado tanto el inmueble donde el policial PEREA retuvo a los otros dos procesados, como en el que esta la Cooperativa SERVICOOOP y el supermercado SERVICAFE, que esta persona no era municipio y que al interior del rodante habían unos colchones.

También se acreditó con el dicho del señor ALEXANDER RODRIGUEZ CARVAJAL, que en las dos cajas fuertes que había en la cooperativa SERVICOOOP, en efectivo había dinero en una suma de \$ 98.248.689.

Probados tales hechos indudable es que la presencia de los tres procesados permite inferir que su permanencia en el municipio no era irónicamente como lo mencionó en algún momento de la audiencia de juicio oral la señora Juez, para observar la catedral de Sonsón, sino con un interés indebido, pues dos de ellos, deambulaban prácticamente por los techos de las viviendas próximas a un establecimiento comercial que tenía en sus arcas una alta suma de dinero, y el otro estaba estacionado en un automotor en proximidades al mismo, igualmente que se les oyó a dos de ellos hablar de que ya tenían ubicado una caja fuerte, lo que permite deducir que su intención efectivamente era la de ingresar a la plurimentada cooperativa SERVICOOOP y sustraer el dinero que reposa en las cajas fuertes de dicha entidad y para eso contaban con una cegueta, una barra, cuerdas y otras herramientas, que si bien pueden usarse para lograr abrir una caja fuerte, no se logró establecer que efectivamente resultan idóneos para abrir las dos cajas fuertes que estaban en las instalaciones de la Cooperativa SERVICOOOP, pues aunque el representante legal de la Cooperativa SERVICOOOP al declarar dijo que había visto cómo se abría una caja fuerte si miliar con una cegueta y una barra, lo cierto es que en el decurso del juicio no se acompañó prueba alguna que determinara que en efecto las cajas fuertes que había en las oficinas de SERVICOOOP podían

ser abiertas con la cegueta, la barra y las demás herramientas que se incautaron a los procesados, y lo que los policiales que declararon en el juico sobre la idoneidad de tales elementos lo fue genéricamente pues ellos tampoco realizaron una constatación fáctica de la idoneidad de tales herramientas para abrir las cajas fuertes que habían en SERVICOOOP.

Igualmente debe advertirse que los procesados nunca llevaron a ingresar a la Cooperativa, sino se itera WILDER, fue encontrado en una equina y los otros dos por lo menos en un predio que colinda con otro que a su vez si esta junto a la referida entidad, por lo tanto tal y como lo plantea el señor recurrente, sus actos aunque podían estar encaminados a efectivamente perpetrar el hurto, se quedaban aun en la etapa de los actos preparatorios, pues no llegaban aun al inmueble ocupado por la cooperativa, ni mucho menos iniciaban ya actos inequívocamente idóneos para lograr abrir las cajas fuertes que allí se encontraban con dinero y sustraerlo, lo que impide a pesar de que evidencien cuál era su intención, considerar que en efecto ya se había iniciado la etapa de ejecución de la conducta, y aunque no lograban su cometido su comportamiento cabía dentro de la tentativa, tal y como lo ha definido la jurisprudencia nacional, como se referenció en la reseña que párrafos atrás se hizo sobre el tratamiento de los actos preparatorios y de ejecución y su relación para determinar si se configura o no una conducta punible por lo menos a título de tentativa.

Ahora bien, en el fallo de primera instancia, se indica que los procesados no eran vecinos de Sansón, lo que se puede deducir del informe de arraigo, además en la camioneta se encontraron varias colchonetas, lo que podría hacer presumir que se usaba para dormir al interior de la misma, sin embargo, estos hechos no permiten deducir que en efecto por esto pasaron de los actos preparativos a los ejecutivos de un hurto.

En ese orden de ideas, no solo para los representados por el togado que interpone el recurso de apelación a saber WILDER JANEY EPINOSA MUÑETON y BRAHJAN ALEXANDER

PALACIOS MOSQUERA, sino también en relación a WILDER JANEY ESPINOSA MUÑETON, no resulta viable considerar que en efecto deben responder por el delito imputado de hurto calificado y agravado en grado de tentativa, pues lo que ejecutaron cada uno de ellos son apenas actos preparatorios que escapaban a la órbita de control punible, se itera a pesar de que se pueda deducir que su intención efectivamente era la de perpetrar un hurto, pues no se sanciona penalmente simplemente por lo que se idea o planea, sino a lo que en efecto se ejecuta, y aquí se itera, lo probado demuestra que solo se estaba en la etapa de los actos preparatorios pues aunque se encaminaban al inmueble donde estaban las cajas fuertes aun no arribaban al mismo, ni mucho menos iniciaban la ejecución de actos idóneos para lograr abrir las cajas fuertes donde reposaba dinero de la Cooperativa SERVICOOOP, pues no llegaron al mismo, ni mucho menos empezaron a tratar de abrir las cajas fuertes donde estaba el dinero en cuestión.

Por lo tanto, la condena que gravita sobre estas tres personas por el delito de hurto calificado y agravado en la modalidad tentada no puede mantenerse.

Ahora bien, lo que si ejecutaron efectivamente ESTIH GOMEZ ERAZO y BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS, fue la conducta punible descrita en el artículo 189 del Código Penal, pues fueron sorprendidos por PEREA MERCADO, en la terraza de su lugar de habitación en la que estaba el lavadero, en el momento en que uno de ellos ayudado por el otro y valiéndose de una escalera trepaba a techo de la vivienda, es decir se encontraban en las dependencias inmediatas de su residencia a las que habían ingresado en forma clandestina pasada la medianoche, por lo que la conducta por la que deben responder no puede ser otra que la de violación de habitación ajena, la que se adecua plenamente a los hechos jurídicamente relevantes relacionados en la acusación, lo que en consecuencia no impide que se entre a condenar por la misma.

En cuanto a WILDER JANEY ESPINOSA, si bien es cierto la prueba aportada es indicativa que él hacia parte del engranaje del hurto que solo quedó en su etapa preparatoria, no por esto se puede considerarlo responsable del punible de violación de habitación ajena, pues ni él fue encontrado dentro del inmueble, ni de lo probado aparece que en efecto él supiera que se iba a ingresar indebidamente a otro inmueble para cometer el hurto, lo que impide entonces que se le pueda considerar coautor de la conducta de violación de habitación ajena.

En ese orden de ideas lo procedente será absolver a WILDER JANEY EPINOSA MUÑETON, de los cargos formulados en su contra por la Fiscalía general de la Nación por el delito de hurto calificado y agravado en la modalidad tentada, así respecto de él no se hubiere interpuesto recurso de apelación, pues no puede pasar silente esta Corporación a las consecuencias que trae la valoración conjunta de las pruebas aportadas respecto a él y a los otros dos procesados respecto de quienes si se interpuso recurso de apelación y modificar la sentencia condenatoria emitida en contra de BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA y ESTIH GOMEZ ERAZO, señalando que por el delito que deben responder es el de violación de habitación ajena, que es el que se adecua a los comportamientos que ellos alcanzaron a ejecutar hasta el momento de su aprehensión.

De la tasación de la pena

El delito por el que se está condenado a BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA, ESTIH GOMEZ ERAZO, tiene aparejada como sanción la de multa, lo que nos obliga a dar aplicación a lo señalado en los incisos 1 y 2 del artículo 39 del Código Penal, y visto que estamos en presencia de una unidad de multa, la misma dado que no hay prueba alguna en la actuación de que los referidos, tengan ingresos superiores a diez salarios mínimos legales mensuales en el último año, debe fijarse en el primer grado de multa la que oscila entonces entre 1 y

10 S.M.L.V y como no se cuenta con ningún elemento material de prueba que nos obligue a separarnos del límite inferior se fijara entonces para cada uno de ellos en un salario mínimo legal mensual vigente.

Debe advertirse que en desarrollo del juicio se mencionó por el policial DUVIER ALEXANDER PALACIOS SALAZAR, señaló que ESTIH GOMEZ ERAZO registraba antecedentes penales previos, la Juez le preguntó si esos están vigentes, el texto no pudo dar una respuesta al respecto, y aunque se incorporó un informe que el elaboró al respecto, no pueden tenerse en cuenta lo que dice dicho informe sino lo que el testigo declaró en el juicio, pues los informes de policía no son prueba como se ha venido resaltando en este proveído, y de lo declarado por el referido policial, no se supo ni siquiera cuando eran emitidas las sentencias condenatorias que el verificó gravitan contra PALACIO SALZAR, lo que impide entonces que demos aplicación a lo previsto en el artículo 39 del Código Penal, sobre el duplicar el monto de la pena de multa en caso de sentencia de condena en los diez años anteriores, pues no sabemos si en efecto si tales sentencias estaban ejecutoriadas.

En ese orden de ideas la pena de multa que le corresponde a BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA, ESTIH GOMEZ ERAZO, será para cada uno como se viene diciendo de un salario mínimo legal mensual vigente.

Dicha pena de multa deberá ser pagada conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código Penal en la cuenta que a tal fin dispuso el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en caso de no cumplirse con el pago allí señalado procederá la conversión de la misma en arresto tal y como lo dispone el artículo 40 de la referida Ley 599 del 2000.

DE LA LIBERTAD DE LOS PROCESADOS

Toda vez que la pena que aquí se impone a BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA, ESTIH GOMEZ ERAZO, es la de multa, ellos deben quedar en libertad inmediata e incondicional visto que están privados de la libertad por esta actuación, igualmente como se revoca la condena que gravita en contra de WILDER JANEY ESPINOSA MUÑETON, también procede su libertad inmediata e incondicional.

Se oficiará en tal sentido a las autoridades de los centros de reclusión donde están privados de la libertad, señalando que a misma procede siempre y cuando no sean requeridos por otra autoridad.

Deberá igualmente actualizarse la información que se envió con motivo de la sentencia de primera instancia, a las autoridades encargadas del registro de las medidas, al igual que de la absolución que aquí se está decretando en favor de ESPINOSA MUÑETON.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito y razón de lo expuesto la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia emitida el pasado 2 de agosto del año en curso por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL de Sonsón, y en consecuente señalar que BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA, ESTIH GOMEZ

ERAZO, deben responder por el delito de violación de habitación ajena, y que se absuelve a WILDER JANEY ESPINOSA MUÑETON, de los cargos por hurto calificado y agravado en la modalidad tentada.

SEGUNDO: La pena que corresponde a los condenados GOMEZ ERAZO Y PALACIOS MOSQUERA, es la de multa en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente que deberán cancelar a ordenes CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en caso de no cumplirse con el pago allí señalado procederá la conversión de la misma en arresto tal y como lo dispone y artículo 40 de la referida Ley 599 del 2000.

TERCERO: Disponer la libertad inédita e incondicional de BRAHJAN ALEXANDER PALACIOS MOSQUERA, ESTIH GOMEZ ERAZO, toda vez que la pena que deben cumplir es la de multa y WILDER JANEY ESPINOSA MUÑETON vista la absolución que en su favor se decreta. Líbrense las respectivas boletas de libertad, las que serán efectivas siempre y cuando no sean requeridos por otra autoridad.

CUARTO: Infórmese de la presente sentencia a las autoridades a las que se les reportó el inicio del respectivo proceso, para los registros correspondientes conforme a lo dispuesto por la Ley 906 del 2004.

QUINTO: Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes (artículo 98 ley 1395 de 2010). -

CÓPIESE y a su ejecutoria **DEVUÉLVASE** al Juzgado de origen.

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

0527fdaf28c0ca68d36529a4819a143cfc66d233db1471b3cad27f1878399c56

Documento generado en 23/09/2021 02:33:44 p. m.

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

Proceso No.110016000026202050126 NI:2021-1398
Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE GREGORIO
GREGORIO GARCIA
Motivo: Hurto calificado y agravado y otros
Decisión: Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No. 110016000026202050126 **NI:**2021-1398
Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA. ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE GREGORIO
GARCIA.
Decisión: Confirma
Aprobado Acta No. 159 del 23 de septiembre del 2021 **Sala No: 6**

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

Medellín, septiembre veintitrés del año dos mil veintiuno

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO.

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de los acusados, contra el auto de decreto probatorio, proferido por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro, por cuanto consideró que el Juez de instancia no se pronunció acerca de la solicitud de rechazo y exclusión de unos elementos materiales probatorios el pasado 16 de julio de 2021.

2. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE.

Los señores ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS, JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE GREGORIO GARCIA, fueron acusados el 19 de octubre de 2020, por las conductas punibles de Hurto calificado y

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma
agravado, Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, porte ilegal de armas de fuego
por hechos ocurridos el 27 de marzo de 2020.

En audiencia preparatoria que intentó realizarse en varias ocasiones, la primera de ellas el 11 de noviembre de 2020, oportunidad para la cual el Fiscal promovió la suspensión de la misma porque habría intentado hacer llegar los elementos materiales probatorios a la defensa por *WhatsApp*, pero no lo logró, por lo que para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa lo haría por correo electrónico y en óptimas condiciones. Razón por la cual el Despacho accede a la solicitud, fijándose como nueva fecha el 19 de noviembre de 2020, oportunidad en la que la defensa solicita suspender la diligencia porque solo hasta el viernes 13 de noviembre de 2020, al medio día recibió los elementos materiales probatorios por parte de la Fiscalía, correo que contenía 5 archivos con por lo menos 100 folios. Por lo que no había tenido el tiempo adecuado para analizarlos y prestar una defensa adecuada a sus prohijados.

Es así como la audiencia preparatoria solo pudo efectuarse hasta el 4 de febrero de 2021, oportunidad en la cual fuera interpuesto el recurso de apelación por el señor defensor tras considerar el descubrimiento probatorio defectuoso, se remitió la actuación al Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal, habiéndose decretado por este Despacho la nulidad parcial de dicha actuación por cuanto el Juez de instancia no se pronunció acerca de algunas de las solicitudes de rechazo e inadmisión de medios de pruebas deprecados por la defensa.

En virtud de lo anterior, se retoma la actuación por el Juez de instancia el pasado 16 de julio del presente año y en virtud de ello nuevamente se envía el expediente a este Tribunal para que sea desatado el recurso de alzada que se encontraba pendiente por resolver, pues el abogado defensor no solo considero que el descubrimiento realizado por la Fiscalía había sido extemporáneo, sino que indicó que en efecto tenía que resaltar que se le había

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

descubierto un informe del investigador MAURICIO RUIZ RAMIREZ, que daba cuenta de una diligencia de prueba preliminar homologada sobre sustancia incautada de fecha 23 de marzo del 2020, y los hechos que ocupaban la acusación se habían presentado el 27 de marzo, lo que generaba su duda si tenía relación con esta actuación, igualmente señaló que no entendía porque se le descubría un informe de solicitud de allanamiento del 7 de febrero del 2020, una orden de allanamiento de la misma fecha y un reporte de diligencia de allanamiento del 11 de abril del 2020, si estos se referían a fechas posteriores a los hechos investigados que eran del 27 de marzo del 2020.

Agregó que los videos y documentos descubiertos enviados a su *WhatsApp* en cuanto a los primeros no se podían apreciar.

3. AUTO DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante auto del pasado 16 de julio de 2021, dando cumplimiento a la decisión proferida por el esta Sala el pasado 8 de marzo de 2021, se pronunció respecto a las solicitudes realizadas por la defensa de los procesados, indicando en primer lugar, que el descubrimiento si se efectuó desde el 11 de noviembre de 2020, a través de *WhatsApp* pese a que faltaran unos o dos elementos por ser ilegibles, por lo que esa solicitud de la defensa de que se rechacen los 41 elementos por indebido descubriendo por ser extemporáneos considera que no es procedente pues afirma que la Fiscalía cumplió no con el rigorismo deseado por las circunstancias en las que nos encontramos atravesando, y las vicisitudes de la virtualidad, lo cierto es que la mayoría de los elementos trasladados a la defensa en esa ocasión eran visibles salvo unos pocos 1 o 2, tal y como propiamente lo manifestara el defensor. Ahora bien, refirió que posterior a ese 11 de noviembre de 2020, 13 de noviembre de ese mismo año, fueron nuevamente enviados los elementos al señor defensor a través de su correo electrónico institucional, por lo que para el día 19 de noviembre de 2020 se

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

entendía ya efectuado el descubrimiento probatorio, por lo que no le asiste razón a la defensa.

Frente al segundo punto de disenso presentado por el defensor, indica que respecto a las fuentes no formales y el señalamiento de que debió haberse suministrado datos de identificación e individualización de dichas fuentes considera que tampoco tiene asidero por lo que rechaza cualquier tipo de tacha sobre este aspecto en particular, pues del texto de la acusación y sus 41 anexidades y lo que comprende en específico al nódulo fáctico por el que se va a practicar juicio no aparece en forma alguna que directamente se hayan utilizado fuentes no formales para llevar acabo esos actos urgentes desplegados por los agentes de policía judicial del CTI y SIJIN de Rionegro, no hay fuentes no formarles concretas, y prueba de ello fue que la Fiscalía en la audiencia preparatoria no hizo alusión a ellos, por lo que al no ser solicitados como medio de prueba no fueron decretados.

Ahora bien, refiere que respecto de los informes de policía judicial suscritos con fechas posteriores al hecho que aquí se investiga, no serán objeto del juicio, pues no solo no fueron deprecados por el ente acusador, pese a si haber sido esgrimidos en el escrito de acusación, es claro que no harán parte del debate probatorio, finalmente en lo atinente a los informes suscritos por los agentes de policía con fecha del 23 de marzo de 2020, se dará la oportunidad en juicio para que indiquen a que se debe dicha fecha, por lo que no accede tampoco a la compulsa de copias solicitada.

4. DEL RECURSO

El apoderado judicial de los señores ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS, JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE GREGORIO GARCIA, manifiesta su descontento por el auto de decreto probatorio proferido

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro, indicando que el señor Fiscal no cumplió con lo prescrito en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, respecto al descubrimiento de los elementos materiales probatorios, pues afirma que el mismo se efectuó de manera extemporánea, y que por tanto debía sancionarse con el rechazo de dichos elementos de prueba deprecados por la Fiscalía en aplicación del artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, por parte del señor juez como sanción, porque se debe sancionar a quien se sustrae de su carga laboral, por incumplir el principio de legalidad.

De igual forma se duele por cuanto la Fiscalía no informó los datos exactos de ubicación de las fuentes no formales, que se aducen en los informes de investigador de campo suscrito por los Agentes de policía adscritos al CTI y a la SIJIN, por lo que no debían haberse decretado como prueba, pues los mismos resultan inadmisibles por carecer de información para citarlos al juicio oral, y además, por cuanto esos informes tiene fechas no solo anteriores al hecho que se investiga, sino también fechas de labores investigativas, registros y allanamientos realizados con posterioridad al hecho investigado, con lo que se pretende imputar a sus prohijados conductas punibles que no cometieron.

4.1 Fiscalía como no recurrente.

Indica el delegado de la Fiscalía, que no es procedente el recurso propuesto por el defensor por cuanto no es cierto que no se haya realizado el descubrimiento probatorio en debida forma, puesto que lo realizó desde el pasado 11 de noviembre de 2020, faltando uno o dos documentos por estar mal escaneados, por lo que nuevamente fueron enviados el 13 de noviembre de 2020, por correo electrónico, por lo que no le asiste razón para indicar dicho señalamiento.

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

Así mismo, indica que en ningún momento la Fiscalía hizo alusión a que tenía en su poder como elemento material probatorio un video, por el contrario, refirió y dio a conocer desde el escrito de acusación que tenía unos pantallazos de los videos de las cámaras de monitoreo del municipio de Rionegro, y que esto constituye prueba documental, y es diferente a un video, por lo que indica que no le asiste asidero a su recurso.

Finalmente señaló que respecto a lo argumentado por el defensor en lo atinente a que existían elementos materiales probatorios que fueron descubiertos que no tienen que ver con la investigación, refiere que si bien es cierto los descubrió en el escrito de acusación, no los solicitó en la audiencia preparatoria, por lo que no fueron decretados como prueba, que el único fin con el que lo hizo fue el darlos a conocer para utilizarlos para impugnar credibilidad o refrescar memoria.

4.2. Ministerio público como no recurrente.

Señala que de acuerdo a lo aducido por la defensa, el debate se centró más en los informes de policía judicial y la certeza que tiene la defensa de la falsedad de dichos informes, siendo esta una situación que todavía no se puede debatir, en la audiencia preparatoria es el momento para hacer una depuración de lo que se ventilara en el juicio oral, pero es una depuración parcial, y el contenido de esos informes realmente no se sabe si son o no válidos, recordemos que el informe no es prueba documental por sí sola, sirven para impugnar credibilidad o refrescar memoria.

No se puede entonces anticipar ese debate, por lo que considera inviable acceder al recurso de apelación deprecado por la defensa.

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el togado defensor de los acusados en contra de la decisión proferida por el Juez de primera instancia el pasado 16 de julio del presente año, mediante el cual no accede a la solicitud de rechazo de los elementos materiales probatorios solicitados por la fiscalía por descubrimiento fuera de tiempo y por haberse denegado la inadmisión de elementos materiales de prueba tales como informes de investigador de campo suscrito por personal adscrito al CTI y a la SIJIN no solo por contener información de fuentes no formales que no fuera descubierta y ser de fechas posteriores al hecho que se investiga sino por ser ilegales al ser realizados el 23 de marzo de 2020 cuando el hecho objeto de este proceso es del 27 de abril de 2020.

Sea entonces lo primero que deberá resolver la Sala lo referente al descubrimiento tardío por parte de la fiscalía a la defensa, para lo cual se hace necesario hacer alusión a lo prescrito por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal respecto a este tópico:

“Precisa la Sala que el descubrimiento probatorio constituye parte de la esencia del sistema adversarial consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, y por tal motivo la fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas como pruebas y practicadas en el juicio oral en sustento de sus argumentaciones, permitiendo de esa manera que la contraparte conozca oportunamente cuáles son los instrumentos de prueba sobre los que el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, elaborar las distintas estrategias propias de la labor encomendada en procura del éxito de sus pretensiones.”

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

Es claro, entonces, que el descubrimiento de la prueba en el sistema acusatorio está vinculado indisolublemente al debido proceso, en razón a la trascendental incidencia de dicho instituto frente al desarrollo de la actividad de cada una de las partes.

No puede perderse de vista que, según lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala, «el correcto y completo descubrimiento probatorio condiciona la admisibilidad de la prueba, pues, como lo dispone el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, 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»¹

Y es que, el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física se encuentra sometido a un orden metódico y cronológico, en aras de garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad, y en ese sentido, el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, fija al juez la obligación de rechazar los elementos probatorios y evidencia física respecto de los cuales no se haya cumplido de manera correcta y completa el trámite de descubrimiento probatorio. En términos del mencionado artículo se indica:

“Art. 346. Sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.”

¹ Cf. CSJ. AP. 21 Feb. 2007, rad. 25.920 y CSJ AP. 21 Nov. 2012, rad. 39948.

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

Es claro que la actividad de descubrimiento material probatorio constituye un aspecto neutral dentro del Sistema Penal Acusatorio, pues con él se materializan garantías fundamentales como el derecho de defensa, contradicción, igualdad de armas entre otros, pues le garantiza a la defensa conocer frente a qué se va a defender, y consecuente con ello reunir la prueba de refutación para controvertirla, evitándose sor prendimientos y materializándose el derecho de defensa.

Sobre el fin que se persigue con el descubrimiento probatorio, y sobre la prueba de la Fiscalía, refiere la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia lo siguiente:

“... En correcto sentido, el descubrimiento probatorio busca que la defensa, o cualquiera otro de los intervinientes, pueda conocer el contenido de un elemento material probatorio, evidencia física, informe, entrevista o, en fin, de un medio suasorio que pueda interesar a su teoría del caso, para que eventualmente lo pueda introducir a la audiencia de juicio oral.”²
Ahora bien, Al tenor de lo dispuesto en el artículo 250.9 de la Carta Superior, la Fiscalía se encuentra en la obligación de realizar el descubrimiento probatorio de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida durante la investigación.

Ahora bien, es del caso mencionar lo prescrito en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, que frente al descubrimiento probatorio dispone:

“Artículo 344. Inicio del descubrimiento. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el

² CSJ. SP. Auto del 25 de agosto del 2010, radicado 34.392, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.”

Por su parte el artículo 346 ibidem, hace alusión a las sanciones que aparea el incumplimiento del descubrimiento material probatorio tardío:

“Artículo 346. Sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.”

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

Finalmente, y para lo que interesa en esta oportunidad a la Sala, es pertinente señalar que el artículo 356 del Estatuto Procedimental Penal dispone que en audiencia preparatoria del juicio oral las partes puedan:

“(…)

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.

(…)”

A esta altura es pertinente indicar que, es claro que si una parte pretende hacer valer en juicio un elemento material con vocación probatoria, evidencia física e información legalmente obtenida, necesariamente debe descubrirlo a la otra parte, dentro del momento procesal oportuno, ello so pena de acarearse con la sanción establecida en el artículo 346 del CPP. que consiste en que dicho elemento de prueba no hará parte del juicio oral, por cuanto debe ser rechazado material no podrá ser aducido al proceso,, salvo que se acredite que su descubrimiento se omitió por causas no imputables a la parte afectada. Esto se desprende del espíritu en que fue creada la normal, el cual consiste como bien de indicó con antelación en evitar el sorprendimienro y garantizar el derecho de defensa y contradicción.

De acuerdo a la sistemática procesal penal, se tiene que existen varias oportunidades para que el ente investigador proceda con el traslado o descubrimiento probatorio, pues esté inicia desde la acusación ya que con la presentación del escrito de acusación la Fiscalía General de la Nación debe hacer alusión a los medios de prueba, posterior a ello se tiene la

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

audiencia de formulación de acusación, momento en el cual por parte del delegado de la Fiscalía pasará a realizar un recuento de las solicitudes probatorias, se procede con el descubrimiento, la exhibición, y en cumplimiento del artículo 344 del Estatuto Procesal Penal se entregan a la defensa dicho material dentro de los tres días siguientes a la realización de la audiencia de acusación, o en los caso que el juez establece un término para ello se surte en el mismo, cuando la Fiscalía cumple con la obligación de poner a disposición los elementos a su contraparte dentro de los tres días siguientes al desarrollo de la aludida vista pública; también puede ocurrir que dicho proceso de descubrimiento probatorio se materialice finalmente en el término que el juez de conocimiento considere razonable.

Es su deber entonces descubrir todo el material probatorio a la defensa, de manera oportuna, evitando así sorprendimientos indeseados. Se conoce que de manera excepcional ese descubrimiento se extiende hasta la audiencia preparatoria e incluso hasta el juicio, pero para ello se debe demostrar que las causas de dicho descubrimiento tardío no son imputables a la parte que lo realiza. Ello implica demostrar que no se obró con negligencia, desidia, o deslealtad.

Comprobado lo anterior, la Fiscalía puede realizar un descubrimiento probatorio por fuera de los momentos procesales preestablecidos como idóneos, pero además poner a disposición de la defensa el material de cargo, aún con posterioridad a los tres días siguientes a la realización de la audiencia de acusación. Lógicamente, la posibilidad de obrar de tal manera depende de criterios objetivos, constatables, y no de razones caprichosas y subjetivas.

Bajo este panorama es preciso que en la Sala verifique el caso en concreto, en punto a determinar si es válido o no aplicar la sanción de que trata el artículo 344 del CPP de rechazo de los elementos materiales probatorios solicitados por la Fiscalía, por no haberse sido descubiertos dentro del término prescrito. Para ello, deberá indicarse que lo aquí acaecido

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

con respeto a ese traslado de elementos se debió a problemas relacionados con la virtualidad a la cual nos debemos hoy en día avocados, pues en principio el traslado se surtió por un medio expedito como el WhatsApp, pero que ante la falta de claridad de algunos folios, debió nuevamente realizarse a través de correo electrónico ante la dices dada por el Juez como causa de la solicitud de aplazamiento, por lo que se observa que no existió por parte de la Fiscalía mala fe de la que se colija que su deseo era ocultar material probatorio para sorprender a la defensa.

Así las cosas, ha dejado sentado pacíficamente la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal que si bien debe intentar darse cumplimiento al término establecido por el artículo 344 CPP, el incumplimiento del mismo no es una talanquera que impida que pasados los tres días siguientes a la suficiencia de formulación de acusación la Fiscalía General de la Nación no pueda proceder a realizar el traslado de los elementos materiales probatorios que pretende hacer valer en el juicio oral, ello por cuanto el espíritu de dicha normatividad y del sistema penal acusatorio no es otro diferente al de garantizar el derecho de defensa y contradicción, por lo que el Juez se encuentra en la obligación más que de verificar si en efecto se dio cumplimiento al término arriba indicado, a verificar que efectivamente al inicio de la audiencia preparatoria la defensa tenga en sus manos el traslado de los elementos, garantizando con ello el derecho de defensa, pudiendo con ello estructurar su teoría del caso. Es así entonces como no existe ese rigor para sancionar con rechazo el no traslado de los elementos en término legalmente establecido, porque en últimas la defensa con el hecho de llegar conociendo los mismos a la audiencia preparatoria suple su necesidad, cosa diferente si para ese momento procesal no se ha realizado, debiendo el juez después de verificar dicha situación en audiencia rechazar las solicitudes probatorias elevadas por la Fiscalía. Por ello se tiene este espacio en los albores de la audiencia preparatoria para que el juez ratifique con la defensa ese aspecto, si en efecto existió el descubrimiento y si este se realizó de manera completa, pues entiende la Sala que es hasta ese momento, antes de

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

darse inicio a la audiencia preparatoria y respetando el tiempo prudente para que la parte pueda estudiar los mismos que se materializa ese derecho de defensa, no habiendo entonces lugar a la aplicación de la sanción que depreca el recurrente. Aún más cuando se pudo constatar que en el caso de marras tal y como lo relatará el Juez de instancia, desde el pasado 11 de noviembre de 2020 el togado defensor conocía la gran mayoría de los elementos materiales probatorios ante descubrimiento anti-técnicamente realizado por el señor Fiscal a través de *WhatsApp*, faltando 1 o 2 folios sin ser legibles y por lo que posteriormente el 13 de noviembre de 2020 fueron nuevamente enviados al correo electrónico del señor defensor teniendo la oportunidad de revisarlos con suficiencia pues recordemos que la audiencia preparatoria se lleva a cabo el 4 de febrero de 2021. Con lo que mal podría predicarse que la defensa fue sorprendida por no concierto qué medios probatorios serían solicitados por la Fiscalía en el juicio oral en contra de sus prohijados.

Por ello entonces, se invita a los operadores judiciales más que a realizar una interpretación literal de la norma, a valorar si las causas que conllevaron a que ese descubrimiento se realizara de manara tardía, y además argumente la defensa en se afectó su derecho de defensa con esa mora en el descubrimiento probatorio. Pues de no existir afectación algún dicho impase pude ser pasado por alto.

Respecto de la posibilidad de efectuar un descubrimiento probatorio con posterioridad a los momentos procesales dispuestas por la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho³:

“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 tiempo

³ CSJ, SP. Decisión del 21 de febrero de 2007, proceso radicado. Nro. 25.920, M. P. Dr. Javier Zapata.

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

que razonablemente estime necesario. Tal eventualidad se presenta, por ejemplo, en los siguientes casos:

i) Cuando se acredita que la falta de descubrimiento obedeció a causas no imputables a la parte que quiere hacer valer la prueba (artículo 346 ibídem).

ii) En el evento en que una persona o entidad diferente a la Fiscalía es la que tiene físicamente o dispone de la evidencia o elemento probatorio; tal el caso de los organismos que cumplen funciones de policía judicial (entre ellos: Procuraduría General de la Nación, Superintendencias y Contraloría General de la República); el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y oficinas de peritos.

iii) Si ocurriere que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física “muy significativo que debiera ser descubierto”, tiene el deber de ponerlo en conocimiento del Juez, quien “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba” (inciso final del artículo 344 ibídem).”

Como puede colegirse del análisis hasta este punto agotado,, no toda omisión al deber de descubrimiento conduce indefectiblemente a que se inadmita el elemento material probatorio descubierto o puesto a disposición de la contraparte de manera extemporánea, la aplicación de la sanción dependerá del análisis del caso en concreto y cómo bien se anticipó, no habrá lugar a dar aplicación a la misma.

Ahora bien, respecto del otro motivo de disenso presentado por la defensa de los coacusados, respecto al descubrimiento de elementos materiales probatorios tales como informes de investigador de campo, y documentos referentes a la prueba preliminar homologada realizada a una sustancia estupefaciente que presuntamente fue encontrada en poder de sus prohijados el pasado 27 de marzo de 2020, informes que tienen fecha del

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

23 de marzo de 2020, siendo esta una situación anómala para el recurrente y que como tal debe ser investigado no solo disciplinaria, sino penalmente, por cuanto no existe razón de ser alguna para ello, y que por tanto esos medios de prueba deben ser excluidos por ilegales, debe referir la Sala, que tal y como lo manifestara la delegada del Ministerio Público, ello no es una situación que deba de analizarse en audiencia preparatoria, puesto que no se ha practicado el juicio, y como tal la prueba no ha ingresado de manera formal al proceso. Aún más, cuando es sabido que los informes, entrevistas y demás elementos constitutivos de labores investigativas por parte de la Fiscalía, no constituyen prueba documental, la prueba es el relato del policía judicial que realizó dichos documentos, por lo que será al momento de escucharse el testimonio de quien suscribiera los informes que indica el recurrente cuentan con una fecha anterior a la comisión de las conductas punibles por las cuales se investiga a sus representados, que tendrá la oportunidad de dar las explicaciones del caso y una vez se culmine el debate probatorio podrá el togado defensor solicitar en el ejercicio de del alegato de conclusión solicitar de la judicatura la no valoración de dicho testimonio tras considerar que el mismo presenta falencias, no en el trámite de la audiencia preparatoria deprecar la exclusión de dicho medio cognoscitivo, pues no es el momento procesal oportuno para ello.

En consecuencia, no otra determinación habrá de tomarse, que la de confirmar el auto proferido por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro, mediante el cual decreta la prueba que se practicará en el juicio oral el pasado 16 de julio del presente año.

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,

Proceso No.110016000026202050126

NI:2021-1398

Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA

Motivo: Hurto calificado y agravado y otros

Decisión: Confirma

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

Firmado Por:

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

Proceso No.110016000026202050126 NI:2021-1398
Acusados: ANGELIS CAROLINA MEDINA PIRONA, ERICK YONDER GUEVARA VIVAS,
JOSE GREGORIO SABALA BETI, ANDRES LEONARDO CASTELLANO Y JOSUE
GREGORIO GARCIA
Motivo: Hurto calificado y agravado y otros
Decisión: Confirma

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:
a434938929c20fdb4cc86f9a260e2bc4f89b0cb74da0ce7f91aa079aa058c9b1

Documento generado en 23/09/2021 02:33:25 p. m.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 05615310400220210005900 **NI:** 2021-1337-6
Accionante: ALEIDYS ARIAS BECERRA COMO AGENTE OFICIOSO DE OTILIA ESTHER BECERRA MARTÍNEZ
Accionados: NUEVA EPS
Decisión: Modifica
Aprobado Acta N°: 159 del 23 de septiembre del 2021
Sala N°: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, septiembre veintitrés del año dos mil veintiuno

VISTOS

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en providencia del pasado 12 de agosto del año 2021, concedió el amparo Constitucional invocado por la señora Aleidys Arias Becerra quien actúa como agente oficiosa de Otilia Esther Becerra Martínez en contra de la NUEVA EPS.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la demandante, interpuso recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

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

“Señaló la accionante, que a su progenitora señora OTILIA ESTHER BECERRA MARTÌNEZ cuenta con 72 años de edad y se encuentra vinculada al RÉGIMEN CONTRIBUTIVO NUEVA EPS y que ha sido diagnosticada con las siguientes patologías:

“CONSTIPACIÓN, ENFERMEDAD RESPIRATORIA AGUDA, TRASTORNO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO, TUMEFACCIÓN, MASA O PROMINENCIA LOCALIZADA EN EL TRONCO, TIÑA DEL CUERPO, ENFERMEDAD METASTÁSICA PULMONAR Y ÓSEA TUMOR MALIGNO DEL TEJIDO CONJUNTIVO Y TEJIDO BLANDO DEL TÓRAX”, textual.

Señala que su progenitora por su condición de salud fue hospitalizada del 15 de Junio de 2021 al 29 de julio ogaño en el Hospital San Vicente Fundación de Rionegro, el galeno especialista en Oncología emite un plan de manejo denominado “ESTUDIO DE ONCOGENES EN BIOPSIA (FISH)” estudio que una vez realizado debe ser enviado a la entidad “FOUNDATION ONE HEME” con el fin determinar un diagnóstico exacto a su patología, y continuar su tratamiento, ya que se trata de un tipo de cáncer CONDROSARCOMA MESENQUIMAL O TUMOR DE LA FAMILIA EWING LIKE, que luego de varias idas a la Nueva EPS para solicitar la autorización del “ESTUDIO DE ONCOGENES EN BIOPSIA (FISH)” esta ha negado la autorización con el argumento de no ser posible. Afectando de esta manera la integridad personal de su progenitora, igualmente manifiesta que realizo varias solicitudes a la Nueva EPS para que le fuera autorizado tanto el alojamiento como el transporte de Santa Marta al Municipio de Rionegro, igualmente señala que la NUEVA EPS al no autorizar y materializar de inmediato el “ESTUDIO DE ONCOGENES EN BIOPSIA” coarta la posibilidad de que a su progenitora se le brinde un tratamiento de manera integral, en garantía al goce de una mejor calidad de vida a que tiene derecho por ser una persona de especial protección constitucional.

Solicitó la accionante en sede de la presente acción constitucional se tutelen los derechos fundamentales de la señora OTILIA ESTHER BECERRA MARTÌNEZ,

a la SALUD, a la VIDA, la SEGURIDAD SOCIAL, a la DIGNIDAD HUMANA y al MÍNIMO VITAL.

Que se ordene a la NUEVA EPS AUTORIZAR Y MATERIALIZAR el ESTUDIO DE ONCOGENES EN BIOPSIA (FISH) y ENVIAR el reporte a FOUNDATION ONE HEME según i indicación del médico tratante e igualmente pretende que una vez conocido el diagnostico o patología, se ordene brindar el tratamiento que indique el galeno.

Pretende que se ordene a la NUEVA EPS brindar el tratamiento integral y cada uno de los procedimientos médicos que requiera su progenitora señora OTILIA ESTHER BECERRA MARTÌNEZ tales como exámenes, consultas, valoraciones, insumos, estudios, consultas, alojamiento, transporte, medicamentos y procedimientos, en una entidad hospitalaria o clínica en el lugar de residencia de la señora OTILIA ESTHER BECERRA MARTÌNEZ es decir en la ciudad de Santa Marta .

Así mismo pretende que de no ser posible el tratamiento en una Clínica de Santa Marta se ordene a la NUEVA EPS SUMINISTRAR el transporte y alojamiento para la señora OTILIA ESTHER BECERRA MARTÌNEZ y un acompañante, pues por tratarse de una persona de la tercera edad no le es posible realizar los trámites sin un acompañante.

Finamente pretende la accionante se prevenga a la NUEVA EPS, para que en adelante no trasgreda los principios humanos constitucionales y legales, igualmente que no vulnere los derechos fundamentales a la vida y la oportuna aplicación de los servicios de Salud, al no entorpecimiento del acceso a los servicios de salud a la seguridad social, a la integridad personal y derecho a la vida.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 30 de julio del año 2021, se ordenó la notificación a la Nueva EPS, al igual que se ordenó la vinculación del Hospital San Vicente Fundación sede Rionegro, informándoles del inicio de la misma para que realizaran las explicaciones frente a los hechos relacionados en el escrito de tutela.

Es así como el apoderado especial de la NUEVA EPS, comienza su relato aduciendo que la señora Otilia Esther Becerra se encuentra activa en el régimen contributivo como cotizante, que esa entidad ha brindado todo los servicios médicos que ha requerido la afiliada, siempre y cuando se encuentren dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad. Así mismo que la entrega de medicamentos y tecnologías en salud no contemplados en el plan de beneficios se autorizan siempre y cuando sean prescritos por los profesionales de la salud pertenecientes a la red de la Nueva EPS.

Aseguró que efectuaría validaciones del caso de la demandante para conocer las necesidades de la misma, que frente a la medida provisional esa entidad no presta el servicio de salud directamente, si no por intermedio de las IPS, que son las encargadas de programar citas y servicios de salud.

Relató que frente al servicios de transporte no se evidencia solicitud médica para dicho servicio, así como tampoco indica que necesite de un acompañante, que en el presente caso los servicios no son prestados en el municipio de residencia de la usuaria, y dicho municipio no se encuentra dentro de los que reciben el UPC diferencial y en los cuales la IPS está en la obligación de costear el transporte del paciente según lo regula la resolución 2503 de 2020.

Que dentro de la acción de tutela la demandante no demostró de la imposibilidad de sufragar los gastos solicitados y los cuales no son servicios ni tecnologías en salud. Menciona también que frente al servicio para el acompañante no se demostró la ocurrencia de las causales que la Corte Constitucional señala para su otorgamiento, las cuales son que el paciente

requiera totalmente de la asistencia de un tercero, que necesite atención permanente para realizar sus actividades diarias, y que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos económicos para sufragar dichos gastos.

Resalta la solidaridad de los familiares, pues la responsabilidad no solo debe ser atribuible al estado sino también a sus familiares. Cuestiona lo relativo al tratamiento integral dado que la jurisprudencia ha señalado que no es posible amparar derechos futuros e inciertos. Finalmente solicita desestimar las pretensiones presentadas por la tutelante.

La apoderada general del Hospital San Vicente Fundación de Rionegro (Antioquia), manifestó que la paciente en la última actuación registró atención paliativa en la cual se concluyó lo siguiente: *“Paciente con sospecha de sarcoma, completó radioterapia, clínicamente viene mucho mejor, más estable, con mejor control sintomático. Tiene fórmula que reclamó la semana pasada, cito en 3 semanas para evaluar respuesta y definir continuidad de manejo analgésico Requiere seguimiento por oncología clínica (reserva para revisión por el 10 de agosto del presente) y nutrición.”*

Señaló que desconoce la autorización del servicio que ordenó el médico tratante, por ende, es deber de la EPS autorizar y garantizar el cumplimiento de los servicios indicados. Reclama la falta de legitimación de la entidad que representa en el cumplimiento de lo requerido por la demandante, solicitando se desvincule al Hospital que representa del presente trámite constitucional.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, luego el *a-quo* procede a analizar el caso en concreto.

Resaltó el carácter residual, suplementario, específico y directo de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales. Asimismo, que el derecho a la salud es un derecho fundamental. Que la señora Otilia Esther

Becerra es una mujer mayor con 72 años de edad, la cual presenta los siguientes diagnósticos *“CONSTIPACIÓN, ENFERMEDAD RESPIRATORIA AGUDA, TRASTORNO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO, TUMEFACCIÓN, MASA O PROMINENCIA LOCALIZADA EN EL TRONCO, TIÑA DEL CUERPO, ENFERMEDAD METASTÁSICA PULMONAR Y ÓSEA TUMOR MALIGNO DEL TEJIDO CONJUNTIVO Y TEJIDO BLANDO DEL TÓRAX”*, asegura que para el tratamiento y seguimiento de dichas patologías es necesario se le practique un servicio médico denominado *“ESTUDIO DE ONCOGENES EN BIOPSIA (FISH)”*.

Señaló que se ha verificado la constante falta de diligencia de la entidad promotora de salud que ha omitido cumplir con sus obligaciones derivadas de la prestación de los servicios médicos, la señora Otilia Esther padece de una enfermedad la cual necesita seguimiento y ser tratada de manera constante y de no autorizarse los servicios puede estar en riesgo a su vida, por ende ordenó a la Nueva EPS garantizar la entrega de los servicios y medicamentos necesarios a fin de garantizar su derecho fundamental a la salud, como el servicio denominado *“ESTUDIO DE ONCOGENES EN BIOPSIA (FISH)”* así mismo remitir el reporte a *“FOUNDATION ONE HEME”* tal como lo indicó el médico tratante, así como el tratamiento integrar incluyendo el alojamiento, transporte y alimentación.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia, la señora Aleidys Arias Becerra, y el apoderado judicial de la Nueva EPS impugnaron la misma en los siguientes términos:

La demandante resalta que, si bien el fallo de primera instancia tuteló sus derechos fundamentales, esto fue de manera parcial pues muchos de los procedimientos para el tratamiento de los padecimientos de su progenitora los están efectuando en el Hospital San Vicente Fundación de Rionegro, y su lugar de residencia es en Santa Marta, por ende, no pueden sufragar los gastos

de alojamiento y alimentación que su madre y ella como su acompañante requieren.

Que realizó varias solicitudes para que la EPS reconociera el transporte aéreo y terrestre y que este cumpla con las condiciones para el traslado de su madre y proporcionar el alojamiento en hotel y alimentación para ella y un acompañante, pues su madre padece de una enfermedad catastrófica y de alto costo y es mayor de edad sujeto de especial protección constitucional.

En conclusión, solicita un pronunciamiento detallado y precisó sobre la solicitud de alojamiento, alimentación, transporte para su madre y ella que es su acompañante, por lo que insta se adicione positivamente ese punto en el fallo de tutela de primera instancia.

El apoderado judicial de la Nueva EPS, manifestó que los servicios de transporte, viáticos, alimentación, son solo servicios y no pertenecen a una prestación médica, y no pueden ser asumidos por esa entidad atendiendo el principio de solidaridad familiar. Además, que no existe una autorización médica para tal servicio, tampoco se ordena que la afiliada deba asistir a las citas con un acompañante.

Requiere finalmente se revoque el numeral 3 y se deje sin valor el fallo de tutela de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó la señora Aleidys Arias Becerra quien actúa en favor de Otilia Esther Becerra, se ordene a la Nueva EPS, autorice los gastos por concepto de viáticos, alojamiento y alimentación en favor de su progenitora y ella que es su acompañante, con el fin de acudir a los servicios médicos para el tratamiento de los diagnósticos de “CONSTIPACIÓN,

ENFERMEDAD RESPIRATORIA AGUDA, TRASTORNO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO, TUMEFACCIÓN, MASA O PROMINENCIA LOCALIZADA EN EL TRONCO, TIÑA DEL CUERPO, ENFERMEDAD METASTÁSICA PULMONAR Y ÓSEA TUMOR MALIGNO DEL TEJIDO CONJUNTIVO Y TEJIDO BLANDO DEL TÓRAX”.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si es procedente por medio de la acción de tutela ordenarle a la Nueva EPS, suministre a la afiliada y a su acompañante los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para cuando requiera atención médica por fuera del municipio donde reside. Así mismo establecer la procedencia del tratamiento integral objeto de disenso.

3. El cubrimiento de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante. Reiteración jurisprudencial

4.1. Transporte. Según la Ley 1751 de 2015, artículo 6º, literal c, “(l)os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la **accesibilidad física**, la asequibilidad económica y el acceso a la información” (Resaltado propio). En concordancia, el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, si bien no constituyen servicios médicos^[27], lo cierto es que sí constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.

Resulta importante diferenciar entre el transporte intermunicipal (traslado entre municipios) e interurbano (dentro del mismo municipio)^[28]. En relación con lo primero, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 5857 de 2018- “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, el cual busca que “las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el **acceso** a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución” (Resalta la Sala).

*Bajo ese entendido, dicha Resolución consagró el Título V sobre “transporte o traslado de pacientes”, que en el artículo 120 y 121 establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes por estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), con cargo a la UPC. En términos generales “el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente **se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS**”^[29] (Resaltado propio).*

*Siguiendo lo anterior, en principio el paciente únicamente está llamado a costear el servicio de transporte cuando no se encuentre en los eventos señalados en la Resolución 5857 de 2018^[30]. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que cuando el servicio de transporte se requiera con necesidad y no se cumplan dichas hipótesis, los costos de desplazamiento no se pueden erigir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante. Por consiguiente, “es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando **ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS**” (Negrilla fuera de texto original).*

En consideración a lo anterior se han establecido las siguientes subreglas que implican la obligación de acceder a las solicitudes de transporte intermunicipal, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018:

- “i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente^[31].*
- ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.*
- iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.*

4. Del Caso en Concreto

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

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

Verificando los datos suministrados por la demandante, la afiliada Otilia Esther Becerra se encuentra en estado activo en el régimen contributivo como cotizante de la Nueva EPS, pretenden que por medio de la acción de tutela se le ordene a la EPS autorizar el servicio denominado *“ESTUDIO DE ONCOGENES EN BIOPSIA (FISH)”* y enviar el reporte a *“FOUNDATION ONE HEME”*, para así determinar el diagnóstico. Además, se le brinde el tratamiento integral frente a los diagnósticos *“CONSTIPACIÓN, ENFERMEDAD RESPIRATORIA AGUDA, TRASTORNO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO, TUMEFACCIÓN, MASA O PROMINENCIA LOCALIZADA EN EL TRONCO, TIÑA DEL CUERPO, ENFERMEDAD METASTÁSICA PULMONAR Y ÓSEA TUMOR MALIGNO DEL TEJIDO CONJUNTIVO Y TEJIDO BLANDO DEL TÓRAX”*. tratamiento integral que debe contener los gastos por alojamiento, alimentación y transporte para la afiliada y un acompañante cuando los servicios se presten por fuera de la ciudad de Santa Marta.

El motivo de inconformidad e impugnación de la actora, se debe a que, en el fallo de tutela de primera instancia, el juez *a-quo* no hizo referencia a la solicitud de alojamiento, alimentación y transporte para la afiliada y un acompañante; no obstante, se debe recordar que solo en la impugnación la actora manifestó no tener recursos económicos para sufragar los gastos para asistir a los servicios y procedimientos médicos cuando se presten en un municipio diferente al de residencia.

Se itera, la accionante en su escrito de tutela solicitó se le otorgara el servicio de transporte, alojamiento y alimentación para los diferentes servicios médicos, pero nada dijo de la incapacidad económica de ella o sus familiares para sufragar dichos gastos, esto solo fue manifestado hasta la impugnación; frente a este punto debe puntualizarse que no es posible tutelar hechos futuros e inciertos, pues si bien dado la condición médica de la afiliada se pueden presentar casos donde requiera asistencia médica por fuera del municipio donde reside, no existe en la actualidad la necesidad de realizar dicho traslado, pues no existe procedimiento o servicio médico que requiera la prestación del servicio de transporte y demás.

En cuanto al *tratamiento integral*, concedido es necesario indicar que los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud, el artículo 49 de la Carta Política consagra la salud bajo una doble connotación: como un derecho constitucional y como un servicio público esencial que impone al Estado la obligación de organizar, dirigir y reglamentar su prestación, así como garantizar el acceso a la misma conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así las cosas, esta Sala estima acertada la decisión del juez *a-quo* de conceder el tratamiento integral para las patologías de *“CONSTIPACIÓN, ENFERMEDAD RESPIRATORIA AGUDA, TRASTORNO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO, TUMEFACCIÓN, MASA O PROMINENCIA LOCALIZADA EN EL TRONCO, TIÑA DEL CUERPO, ENFERMEDAD METASTÁSICA PULMONAR Y ÓSEA TUMOR MALIGNO*

DEL TEJIDO CONJUNTIVO Y TEJIDO BLANDO DEL TÓRAX”.

En consecuencia, no le queda más a esta Sala que MODIFICAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) del día 12 de agosto de 2021, en el entendido de negar los gastos de los servicios de alojamiento, alimentación y transporte para la afiliada y su acompañante, ya que no es posible tutelar hechos futuros e inciertos, pues si bien dado la condición médica de la señora Otilia Esther se pueden presentar casos donde requiera asistencia médica por fuera del municipio donde reside, en la actualidad no existe la necesidad de conceder dicha prerrogativa toda vez que no requiere ser trasladada. Frente a lo demás se confirma el fallo de primera instancia.

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: MODIFICAR el fallo de tutela proferido el pasado 12 de agosto de 2021, por el Juzgado segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en el entendido de **NEGAR** los servicios de alojamiento y alimentación, dado que no es posible tutelar hechos futuros e inciertos.

SEGUNDO: En lo demás rige la sentencia de primera instancia.

TERCERO: : La notificación de la presente sentencia de tutela, se realizará de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:

307e5f19aea470c9572536ec99efed29c71932c3dc44c315887259963ab753e1

Documento generado en 23/09/2021 02:33:06 p. m.

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