

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 194

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2017-0269-1	Auto ley 906	acceso carnal abusivo con menor de 14 años	DUBERNEY PINEDA SIERRA	Fija fecha de publicidad de providencia	Noviembre 03 de 2021
2021-1134-1	auto ley 906	Homicidio agravado y otros	LAURA GARCÍA URIBE	Fija fecha de publicidad de providencia	Noviembre 03 de 2021
2021-1555-2	Tutela 1° instancia	: SANDRA MILENA VÁZQUEZ CASTILLO	Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros.	concede recurso de apelación	Noviembre 03 de 2021
2021-1628-4	Tutela 1° instancia	Luz Marina Cifuentes Cataño	Juzgado 1° de E.P.M.S de Antioquia y otro	Niega por improcedente	Noviembre 02 de 2021
2020-0401-4	auto ley 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	Julián Andrés Ruíz Loaiza	Acepta desistimiento presentado	Noviembre 03 de 2021
2019-1381-4	Sentencia 2° instancia	Falsedad ideológica en documento público y otros	Omar Fernando Arenas Chavarría	Confirma sentencia de 1° instancia	Noviembre 03 de 2021
2021-1434-5	Tutela 1° instancia	Juan Fernando Quintero Gutiérrez	Fiscalías 36 y 48 Especializadas de Antioquia	concede recurso de apelación	Noviembre 03 de 2021
2021-1640-5	Tutela 1° instancia	Mario German Ardila Mateus	Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio	Concede derechos invocados	Noviembre 02 de 2021
2021-1579-6	Tutela 2° instancia	JULIO CESAR ZAPATA MOLINA	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES	Confirma fallo de 1° instancia	Noviembre 03 de 2021

FIJADO, HOY 04 DE NOVIEMBRE DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dos (02) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

PROCESO: 05 237 61 00109 2012 80221 (2017 0269)

DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR

ACUSADO: DUBERNEY PINEDA SIERRA

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **MIÉRCOLES DIEZ (10) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021), A LAS 10:00 A.M.**

Es de anotar que en atención a la contingencia sanitaria originada por la propagación del virus COVID-19, la decisión se enviará al correo electrónico de las partes en la fecha y hora programada.

Por la Secretaría de la Sala entérese de manera oportuna a todas las partes e intervinientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

El suscrito Magistrado Ponente¹
EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

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: **46ae09a076d46a9ee25c67c22eb88ab2f13f494bc31d64b79826ecabb5a5aea5**

Documento generado en 03/11/2021 09:05:03 AM

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dos (02) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

RADICADO	: 05 282 60 00000 2020 00003 (2021 1134)
DELITOS	HOMICIDIO AGRAVADO PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO
ACUSADA	LAURA GARCÍA URIBE
PROVIDENCIA	: INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **MIÉRCOLES DIEZ (10) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021), A LAS 11:00 A.M.**

Es de anotar que en atención a la contingencia sanitaria originada por la propagación del virus COVID-19, la decisión se enviará al correo electrónico de las partes en la fecha y hora programada.

Por la Secretaría de la Sala entérese de manera oportuna a todas las partes e intervinientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

El suscrito Magistrado Ponente¹
EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

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: **772d2d16fac56696eae42d6e044be3112a36630af5a6582f660b88f6c712701d**

Documento generado en 03/11/2021 09:05:28 AM

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

**Valide este documento electr3nico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

Radicado: 2021-1555-2

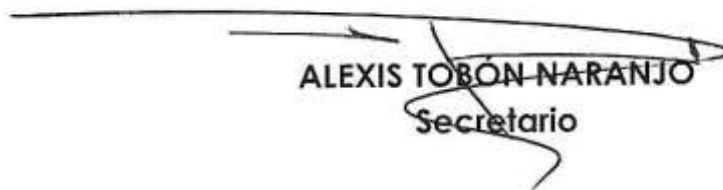
ACCIONANTE: SANDRA MILENA VÁZQUEZ CASTILLO

ACCIONADO: Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros.

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento de la H. Magistrada NANCY ÁILA DE MIRANDA expediente digital de la acción constitucional de primera instancia referida, dentro de la cual la accionante interpuso recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹; mismo que se interpone dentro de término legal, ello teniendo en cuenta que el trámite de notificación culminó el 26 de octubre de 2021, fecha en la cual se desfijó el EDICTO por medio del cual hubo de notificarse el fallo a los vinculados Oscar Darío Palacio Montoya; Javier Darío Higueta Mazo; Hernán Mauricio González Echeverry; Carlos Alberto Yepes Torres.

Así las cosas, se computarán los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir desde el día 27 de octubre del año 2021 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 29 de octubre de la anualidad en curso.

Medellín, Noviembre dos (02) de 2021.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 24 y 25

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, noviembre tres (03) de dos mil veintiuno (2021)

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la accionante **Doctora Sandra María Vásquez Castillo** contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia de la suscrita Magistrada.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

de7db49d7300209ecee3cfc7ce2b660ab483ea67db44f7b766930ec9e175ed1d

Documento generado en 03/11/2021 10:54:52 a. m.

**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, noviembre dos (02) de dos mil veintiuno (2021)

N° Interno : 2021-1628-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Luz Marina Cifuentes Cataño
Afectado : Carlos Humberto Salazar
Bustamante
Accionado : Juzgado Primero de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Antioquia
Decisión : Improcedente

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 128

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano CARLOS HUMBERTO SALAZAR BUSTAMANTE, a través de apoderada judicial, contra el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA, en procura de la protección de su garantía fundamental al debido proceso.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS HUMBERTO SALAZAR BUSTAMANTE refiere a través de su apoderada, que el 7 de septiembre de 2021, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia le negó la libertad condicional que ha solicitado, fincándose únicamente en la prohibición legal de que trata el artículo 199 de la ley de infancia y adolescencia y soslayando que cumplió la tres quintas partes de la pena impuesta y su proceso de resocialización.

Por lo anterior, estima, por esta vía debe revocarse lo resuelto y, en su lugar, concedérsele la libertad condicional que ha venido reclamando.

Dentro del término otorgado por la Judicatura, el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA, manifestó que vigila al prenombrado el cumplimiento de la pena de 8 años de prisión de prisión que le impuso el Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín, en sentencia emitida el 17 de mayo de 2018, al hallarlo penalmente responsable del delito de *Actos sexuales con menor de 14 años*.

Así mismo, señaló que el 7 de septiembre de 2021, a través de auto interlocutorio 2977, se le negó la libertad condicional a CARLOS HUMBERTO SALAZAR BUSTAMANTE. En dicho

proveído dispuso estarse a lo resuelto en providencia de la misma naturaleza del 10 de agosto de 2021, en la cual fue negado el mismo sustituto penal por expresa prohibición del artículo 199 de la ley 1098 de 2006. Frente a tales decisiones no fueron interpuestos los recursos de ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para resolver sobre la acción de tutela presentada por la doctora Luz Marina Cifuentes Cataño quien, prevalida de poder especial para esta actuación, aboga por el derecho fundamental al debido proceso del señor Carlos Humberto Salazar Bustamante.

De cara a lo que es motivo de inconformidad, sea lo primero dejar sentado desde ahora, en relación con las garantías constitucionales fundamentales que predica la parte actora como vulneradas, que la procedencia del presente mecanismo de amparo constitucional ha de cifrarse en la configuración de los presupuestos establecidos por el precedente jurisprudencial en la materia, a propósito de la impugnación de actuaciones judiciales y claro está, en orden al carácter de subsidiariedad y fragmentariedad inherente a la acción de tutela.

Así pues, se hace pertinente advertir desde ahora que las circunstancias que fundamentan el dicho de la parte accionante, en punto del detrimento de sus garantías constitucionales, contravienen a todas luces el ámbito de

procedibilidad del presente trámite, se insiste, toda vez que la acción se promueve contra decisiones judiciales.

En cuanto a los presupuestos sobre los que se establece la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como criterio de avanzada en relación con el concepto de *‘vía de hecho’*, se ha pronunciado la *H. Corte Constitucional*, mediante *Sentencia T-356 de 2007*, con ponencia del *Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto* y en la cual se reiteró la evolución jurisprudencial de la alta Corporación a este respecto:

“Procede esta Sala de Revisión a estudiar las líneas jurisprudenciales que ha desarrollado esta Corporación en torno a lo que en los primeros años se denominó vías de hecho y que posteriormente se calificó como causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.*

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, los cuales regulaban el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales. La Sala Plena de la misma adoptó dicha decisión tras considerar que las disposiciones referidas contravenían la Carta Fundamental en tanto eran contrarias al principio de autonomía funcional de los jueces, afectaban la estructura descentralizada y autónoma de las diferentes jurisdicciones, lesionaban en forma grave la cosa juzgada y la seguridad jurídica y el interés general.

No obstante, la doctrina acogida por esta misma Corte ha determinado que la acción de tutela resulta procedente cuando se pretenda proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas que se hayan visto amenazados o vulnerados mediante defectos que hagan procedente la acción de tutela por parte de las autoridades públicas y, en particular, de las autoridades judiciales.

(...) De conformidad con lo anterior, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para restablecer los derechos fundamentales conculcados mediante una decisión judicial, en principio, cuando se cumplan los siguientes requisitos generales:*

a. Que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional, pues el juez constitucional no puede analizar hechos que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de

* Ver sentencias T-958 de 2005 y T-389 de 2006 proferidas por esta Sala de Revisión.

* En esta oportunidad la Sala reitera la sentencia C-590 de 2005.

involucrarse en asuntos que corresponden a otras jurisdicciones.

b. Que no exista otro medio de defensa eficaz e inmediato que permita precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable. De allí que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales.*

c. La verificación de una relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este último caso, se ha determinado que no es procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, cuando el transcurso del tiempo es tan significativo que sería desproporcionado un control constitucional de la actividad judicial, por la vía de la acción de tutela.

d. Cuando se presente una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia que afecta los derechos fundamentales del actor.

e. El actor debe identificar los hechos que generaron la vulneración de sus derechos fundamentales, y éstos debió alegarlos en el proceso judicial, si hubiese sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela, porque la protección de los derechos fundamentales no puede prolongarse de manera indefinida.

Así mismo, se han estructurado los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales se relacionan con el control excepcional por vía de tutela de la actividad judicial, y están asociados con las actuaciones judiciales que conllevan una infracción de los derechos fundamentales. En efecto, en la sentencia C-590 de 2005 se redefinió la teoría de los defectos, así:*

a. Cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece de competencia, defecto orgánico.

b. Defecto procedimental, se presenta cuando la violación de la Constitución y la afectación de los derechos fundamentales es consecuencia del desconocimiento de normas de procedimiento.

c. Cuando la vulneración de los derechos fundamentales se presenta con ocasión de problemas relacionados con el soporte probatorio de los procesos, como por ejemplo cuando se omiten la práctica o el decreto de las pruebas, o cuando se presenta una indebida valoración de las mismas por juicio contraevidente o porque la prueba es nula de pleno derecho (defecto fáctico).

d. Cuando la violación de los derechos fundamentales por parte del funcionario judicial es consecuencia de la inducción en error de que es víctima por una circunstancia estructural del aparato de administración de justicia, lo que corresponde a la denominada vía de

* Sentencia T-698 de 2004.

* Esta clasificación se estableció a partir de la sentencia T-441 de 2003, reiterada en las sentencias T-461 de 2003, T-589 de 2003, T-606 de 2004, T-698 de 2004, T-690 de 2005, entre otras.

*hecho por consecuencia**.

e. Cuando la providencia judicial presenta graves e injustificados problemas en lo que se refiere a la decisión misma y que se contrae a la insuficiente sustentación o justificación del fallo.

f. Defecto material o sustantivo se origina cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

g. Desconocimiento del precedente, esta causal se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. Debe tenerse en cuenta que el precedente judicial está conformado por una serie de pronunciamientos que definen el alcance de los derechos fundamentales mediante interpretaciones pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte mas favorable a la protección de los derechos fundamentales.”.

En ese orden, se extracta pues de manera palmaria de la línea jurisprudencial trazada por el máximo Tribunal Constitucional, en torno de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que se erigen como presupuestos especiales de procedibilidad, aquellos relacionados con la *‘teoría de los defectos’* y alusivos a inconsistencias de orden fáctico, orgánico, material o sustantivo, carencia argumentativa en la decisión cuestionada, desconocimiento del precedente, inducción en error o *‘vía de hecho por consecuencia’* y defectos procedimentales.

Ahora, de conformidad con el precedente jurisprudencial en referencia, la procedencia de la acción está supeditada asimismo a los parámetros generales establecidos por la alta Corte, por demás de manera incluyente, vale decir que se trata de presupuestos todos, absolutamente imprescindibles, cuales son: la relevancia constitucional del asunto bajo examen,

* Ver sentencia SU-014 de 2001.

los efectos decisivos que de la irregularidad procesal cuestionada, se desprendan respecto de la decisión que en tal medida vulnera las garantías fundamentales de la parte actora, a más que no se trate de sentencias de tutela.

Del mismo modo, ha de verificarse la inexistencia de mecanismos de defensa eficaces que permitan conjurar de manera oportuna la afrenta de las garantías en juego o la ocurrencia de un perjuicio irremediable, esto es, ha de agotarse el lleno de los recursos y mecanismos establecidos en la vía judicial ordinaria e inmediata, de donde deriva de igual forma la relación de inmediatez que ha de constatarse entre la solicitud de tutela y el hecho sobre el cual se estructura la prédica de vulneración, en observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; además ha de identificarse por parte del actor tal hecho lesivo de sus garantías, mismo que en cuanto resultara factible, hubo de alegarlos en la respectiva actuación procesal.

Así las cosas, la parte actora fundamenta la vulneración de sus garantías fundamentales, en la inconformidad que le asiste respecto de la decisión cuestionada, en particular, lo referente a la no concesión de la libertad condicional dentro del proceso por el cual actualmente se encuentra privado de su libertad el señor Salazar Bustamante; empero, las premisas que sustentan su disenso, resumidas en que desde su criterio sí cumple con los requisitos legales para acceder a tal sustituto penal si se diera preponderancia a su proceso resocializador, no se hallan edificadas en algún argumento que permita evidenciar la efectiva existencia de defectos especiales en las referidas

providencias, que en esa medida, habiliten un pronunciamiento en esta sede constitucional y determinen cuál es la irregularidad que da lugar al amparo pretendido.

Es así que advierte la Sala respecto de la actuación desplegada por parte del ente accionado, JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, fue debidamente sustentada, en orden a lo que, a juicio de la funcionaria respectiva, no procedía la libertad condicional; es decir, debido a la expresa prohibición del artículo 199 de la ley de infancia y adolescencia para conceder sustitutos y subrogados penales cuando la persona ha cometido delitos contra la integridad y libertad sexual de los niños, niñas y adolescentes.

En un caso similar al que se estudia en concreto, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en decisión bajo radicado 118742 del 14 de septiembre de 2021, expuso:

“...del libelo introductor se puede extraer la presunta configuración de un defecto sustantivo o material, al considerar que, a pesar de cumplir con los requisitos de ley para la concesión del subrogado penal de libertad condicional, las autoridades judiciales accionadas se niegan a su reconocimiento bajo la aplicación del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Al tenor de la censura contraída, deviene necesario precisar que la Ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y la Adolescencia- fue creada con la finalidad de establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado, en virtud del artículo 2 de esta ley.

Frente a la temática en particular, la Corte Constitucional en sentencia C-738 de 2008 estudió la constitucionalidad del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, oportunidad en la que expresó:

El contexto del artículo demandado permite a la Corte entender, entonces, que el análisis que se haga de la constitucionalidad de la medida acusada debe partir de y dirigirse siempre hacia la garantía de protección de los derechos de los menores. En este contexto, las medidas dispuestas por las normas acusadas deben valorarse desde la perspectiva del marco de protección constitucional al menor y del carácter prevalente de sus derechos, es decir, de la preferencia jurídica que por disposición constitucional sus derechos tiene sobre los derechos de los demás.

[...] Uno de los aspectos de mayor relevancia en el tema de protección de los derechos fundamentales es el de la protección de los derechos de los niños. Esta es una de las características más sobresalientes del régimen constitucional. La jurisprudencia de la Corte ha resaltado continuamente que los derechos de los menores de edad tienen prevalencia en el régimen interno no sólo por su expresa consagración constitucional, sino por el reconocimiento que de la misma hacen numerosas disposiciones de derecho internacional que han terminado integradas al bloque de constitucionalidad.

[...] La preeminencia de los derechos de los niños hace que el Estado se comprometa especialmente con la protección contra toda forma de abandono, abuso, violencia, secuestro, venta, explotación laboral, económica, trabajos riesgosos, etc.

De allí que en cumplimiento de la política de protección de los menores de edad por parte del Estado, el legislador en ejercicio de su potestad de configuración legislativa consagró en el artículo 199 de dicho cuerpo normativo lo siguiente:

ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. *Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:*

[...] 5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional,

previsto en el artículo 64 del Código Penal.

Así las cosas, conforme los parámetros jurídicos que preceden, colige la Sala que las prohibiciones contenidas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 resultan aplicables siempre y cuando se cumplan, de manera conjunta, los dos requisitos allí contenidos, siendo estos, i) que se trate de los delitos allí enlistados – homicidio o lesiones personales bajo la modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro y, ii) que el sujeto pasivo de la acción delictual sea una persona menor de edad, que acorde con la intelección de las normas precitadas, son todas aquellas que no alcancen los 18 años de edad.

(Subrayas del despacho)

En esas condiciones, precisamente la autoridad que vigila la condena, es la competente para adoptar las decisiones que tengan lugar en la fase ejecutiva de la pena, como en el presente evento supone serlo la concesión de la libertad y, en ese sentido, no pueden simplemente impugnarse sus decisiones ante el juez constitucional, so pretexto de mostrarse la parte inconforme con lo decidido en esa instancia, cuyos argumentos, insístase se fincan en que en esta oportunidad no es viable conceder el sustituto de la libertad condicional porque resulta oponible la prohibición legal consignada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, toda vez que la víctima del delito por lo cual fue condenado Carlos Humberto Salazar Bustamante –Actos sexuales–, era menor de 14 años de edad.

Lo anterior, por cuanto la acción de tutela frente a providencia judiciales, no sólo ha de abarcar la configuración íntegra de una serie de presupuestos genéricos que determinan su procedibilidad, sino, además, el actor ha de invocar la causal o causales específicas en las que cifra la anomalía o defecto que

presenta la decisión cuestionada, sin que de manera alguna ello se circunscriba a acudir a un simple ejercicio de disenso, a manera de tercera instancia, lo cual, insístase, desvirtúa el carácter de subsidiariedad inherente al mecanismo de amparo y además, contraría el principio de independencia judicial que permea la actividad jurisdiccional, en cabeza de cada funcionario y en las diferentes especialidades, las cuales constituyen la vía ordinaria para desatar cada litigio o controversia.

De ahí que no le esté dado al juez constitucional invadir la órbita exclusiva de la respectiva especialidad, como la que representa en el evento *sub exámine* la sede de ejecución de penas, al no tratarse el mecanismo de tutela, del escenario propicio para debatir en cuanto a legítimas interpretaciones y criterios sentados por los funcionarios judiciales en sus decisiones.

Súmese a lo expuesto que la parte actora no agotó los mecanismos ordinarios e idóneos de defensa para el cumplimiento de sus pretensiones, esto es, el recurso de reposición en subsidio de apelación contra el auto de 10 de agosto ni el proferido el 7 de septiembre de 2021, pese a haberse habilitado esa posibilidad en ambas oportunidades por el juzgado que vigila la pena impuesta a Salazar Bustamante; lo cual desvirtúa así mismo el cumplimiento del requisito de subsidiariedad que debe superarse al momento de interponer el presente mecanismo de amparo.

Desde esa perspectiva, ningún fundamento válido, de orden legal ni constitucional le asiste al sentenciado

CARLOS HUMBERTO SALAZAR BUSTAMANTE para acudir ante el juez de tutela, al tratarse de un asunto que ya había sido objeto de debate en sede de la ejecución de su condena y donde en modo alguno dimanaran irregularidades o defectos con relevancia constitucional que viabilicen este mecanismo tuitivo.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva, **DECLARA IMPROCEDENTE LA TUTELA** promovida por el señor CARLOS HUMBERTO SALAZAR BUSTAMANTE, a través de apoderada, contra el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA, en procura de la protección de su garantía fundamental al debido proceso.

De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir la actuación ante la *H. Corte Constitucional*,

Nº Interno : 2021-1628-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Luz Marina Cifuentes Cataño
Afectado : Caros Humberto Salazar Bustamante
Accionado : Juzgado Primero de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Antioquia

conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el
Decreto 2591 de 1991, artículo 31.

NOTIFÍQUESE.

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
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**

Nº Interno : 2021-1628-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Luz Marina Cifuentes Cataño
Afectado : Caros Humberto Salazar Bustamante
Accionado : Juzgado Primero de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Antioquia

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

Código de verificación:

**668b51fa3630660ddb96194585820c35723472c324b07dc14525afdb
f57b8ec**

Documento generado en 02/11/2021 04:47:31 p. m.

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

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

Medellín, tres (03) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	:	2020-0401-4 Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI	:	05 44 06000 340 2019 00133
Acusado	:	Julián Andrés Ruíz Loaiza
Delito	:	Hurto calificado y agravado Fabricación, tráfico y porte de armas
Decisión	:	Acepta desistimiento.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 129

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Se dispone esta Sala de Decisión Penal a emitir el pronunciamiento que corresponda, en torno de la manifestación de desistimiento allegada por parte de la abogada HERCILIA MARÍA RAMÍREZ DELGADO como defensora del señor JULIÁN ANDRÉS RUÍZ LOAIZA, al interior de la presente actuación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procedentes del *Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia*, fueron remitidas las presentes diligencias ante esta Magistratura, para efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Dr. José Heriberto Saldarriaga Echavarría, anterior defensor del señor Julián Andrés Ruíz Loaiza, frente a la decisión a través de la cual esta persona fue sentenciada a 55 meses de prisión por los delitos de Hurto calificado y agravado y

Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, como consecuencia de su aceptación de responsabilidad penal a través de un preacuerdo.

Sin embargo, el señor Julián Andrés Ruíz Loaiza de manera posterior, confirió poder amplio y suficiente a la Dra. Hercilia María Ramírez Delgado, quien presentó en esta sede manifestación de desistimiento frente al recurso de apelación interpuesto por su antecesor, así como constancia de paz y salvo emitida por ese profesional del derecho en las presentes diligencias.

Así las cosas, en primer lugar, se revocará el poder otorgado al Dr. José Heriberto Saldarriaga Echavarría; en su lugar, y conforme al nuevo mandato conferido por el señor Ríos Loaiza, se le reconoce personería jurídica en calidad de defensora contractual a la Dra. HERCILIA MARÍA RAMÍREZ DELGADO, identificada con C.C 43.106.077 y TP 166.678 del CSJ, a la fecha sin sanciones disciplinarias como abogada, para que siga defendiendo los intereses del procesado en este asunto.

En ese orden de ideas, y acorde a lo establecido en el *artículo 179F* del estatuto procesal penal -*Ley 906 de 2004*, creado por el *artículo 96, Ley 1395 de 2010*, en punto del desistimiento de los recursos, se acepta el mismo, por resultar procedente en la medida que es la misma defensa técnica quien de manera directa impugnó la decisión condenatoria.

En esa medida se dispondrá que, por Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de la actuación ante el Juzgado de origen y se comuniqué lo aquí decidido a la totalidad de sujetos procesales.

En mérito de lo brevemente expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el poder otorgado al Dr. José Heriberto Saldarriaga Echavarría y en su lugar, **SE RECONOCE** personería jurídica en calidad de defensora contractual a la Dra. HERCILIA MARÍA RAMÍREZ DELGADO, identificada con C.C 43.106.077 y TP 166.678 del CSJ, quien seguirá defendiendo los intereses del procesado JULIÁN ANDRÉS RUÍZ LOAIZA, en este asunto.

SEGUNDO: ACEPTAR EL DESISTIMIENTO propuesto por la Dra. Ramírez Delgado, actual defensora del señor JULIÁN ANDRÉS RUÍZ LOAIZA, en relación con el recurso de apelación que promoviera su defensa técnica, frente a la decisión emitida por el *Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia*, mediante la cual fue condenado por los delitos de Hurto calificado y agravado y Fabricación, tráfico y porte de armas, a 55 meses de prisión; lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

En consecuencia, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala, se efectúe comunicación a la totalidad de sujetos procesales acerca de lo decidido y se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen.

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
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:

592101ded649d6a0e08685c0fcef1434c027560a7881c8e90a8af2d4790fa745

Documento generado en 03/11/2021 11:49:17 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, tres (03) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Nº Interno	:	2019-1381-4
		Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.:		05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado	:	Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos	:	Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades
Decisión	:	Confirma decisión.

Proyecto discutido y aprobado en sesión del 3 de noviembre de 2021. Acta Nº **129**

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusieran los delegados de la Fiscalía y el Ministerio Público, así como la Representante Judicial de Víctimas, frente a la sentencia proferida por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos -Antioquia-*, el día *02 de octubre de 2019*, a través de la cual absolvió al ciudadano OMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA, de los delitos de delito de “*Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades y falsedad ideológica en documento público*”.

2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

El acusado OMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA, en el año 2012, en su calidad de alcalde del municipio de Briceño Antioquia, suscribió con el señor ÁLVARO MORENO MORENO, hermano de la personera de dicho municipio para esa época, los contratos estatales de mínima cuantía MC-054 de agosto de 2012 (para el suministro de materiales para la casa de la cultura), MC-063 de septiembre de 2012 (para el suministro de materiales didácticos para los hogares comunitarios del ICBF), MC-064 de septiembre de 2012 (suministro de materiales para los hogares comunitarios del ICBF y el municipio de Briceño), MC-065 de septiembre de 2012 (suministro de restaurantes escolares), MC-074 de octubre de 2012 (suministro de materiales para la alcaldía) y MC-081 de noviembre de 2012 (suministro de implementos de cocina para los hogares de bienestar tradicional y FAMIS); en los aludidos contratos se indicó que el ciudadano ÁLVARO MORENO aducía que no se encontraba incurso en ninguna causal de inhabilidad o incompatibilidad para contratar con el municipio.

3. RESUMEN DE LO ACTUADO

El 06 de noviembre de 2013, ante el *Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Yarumal Antioquia*, se llevaron a cabo las audiencias preliminares, imputándose a OMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA los delitos de *Violación del régimen legal o constitucional de*

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

inhabilidades e incompatibilidades, artículo 408 del Código Penal, y falsedad ideológica en documento público, canon 286 ibidem, los cuales no fueron aceptados por el imputado.

La audiencia de acusación tuvo lugar el 25 de abril de 2014 y la audiencia preparatoria se realizó el 29 de mayo posterior, en tanto que el juicio oral se desarrolló en las sesiones del 07 de octubre de 2015; 17 de mayo y 27 de octubre de 2016; 25 mayo de 2017 y 05 de junio de 2018, emitiéndose sentido de fallo absolutorio y lectura de la respectiva sentencia el 02 de octubre de 2019, decisión que, como se indicó en precedencia, fue apelada ante esta Magistratura.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En el proveído que puso fin a la primera instancia, la señora Juez absolvió al acusado OMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA, de los punibles antes reseñados, al considerar, en esencia, que las personerías gozan de autonomía administrativa y presupuestal, por lo que sus funciones se llevan de forma independiente y sin injerencia de otra entidad, órgano o funcionario, por lo que bajo los preceptos de la *Ley 136 de 1994*, no pertenecen a los municipios, sino que son independientes a éstos.

Destaca que en los términos antes indicados, mal podría concluirse que el personero pueda hacer parte de la planta de personal del municipio, en tanto que la *Ley 80 de 1993*

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

establece prohibición para celebrar contratos con la entidad municipal cuando se trata de consanguíneos de alguien nombrado dentro del nivel directivo, asesor ejecutivo, miembro de la junta directiva o consejo directivo, o ejerza función interna o de control fiscal en dicha entidad, por lo que el hecho de que el manual de funciones del municipio de Briceño establezca que la personería hace parte del nivel directivo, deviene intrascendente legalmente porque un “*acuerdo*” no puede derogar una ley.

En ese orden de ideas, indica que no se encuentra que se haya desconocido el régimen de contratación estatal y que, por lo tanto, se haya violentado el *artículo 408 del C.P.* por parte del acusado, toda vez que el cargo de personero municipal no es de nivel directivo, según se evidenció en la *Ley 80 de 1993*.

En cuanto atañe a la *Ley 53 de 1990*, señala que si bien la Fiscalía indicó que la conducta del acusado se configura dentro de los supuestos del *canon 508 del C.P.* por desconocer lo dispuesto en el artículo 8, numeral 2, de la *Ley 80 del 93* y las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades de la *Ley 53 de 1990*, esta última norma no fue contemplada en la formulación de acusación, sino que fue introducida en los alegatos de conclusión, evidenciándose que, como tiene establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (*radicado SP3963 de marzo 22 de 2017*), “*si bien en cierto que los principios consagrados en el art. 209 de la Constitución rigen los procedimientos de contratación estatal para cualquier modalidad contractual, ello no quiere decir que pueda admitirse que para aceptar la configuración de un delito por falta de ‘cumplimiento de requisitos legales’ pueda aceptarse una referencia genérica o no determinada estrictamente.*”,

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

destacando dicha jurisprudencia que “... *la existencia de los tipos penales en blanco tiene validez constitucional **‘siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar, de una manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa’**”.*

Estima la funcionaria de primer grado, entonces, que la determinación del marco normativo del tipo penal en blanco, en el caso del *art. 408 del C.P.*, exige una remisión clara, seria, determinada e inequívoca de las normas complementarias, “*de lo contrario se trataría de un desconocimiento del principio de legalidad*” y afectaría claramente el principio de congruencia; además, la remisión de la norma que complementa el tipo es fundamental, inclusive, para el ejercicio del derecho de defensa ya que con base en la acusación formulada es que se prepara y define la estrategia de defensiva.

Indica que lo anterior reviste una especial relevancia ya que la defensa y la fiscalía realizaron una serie de estipulaciones probatorias con las cuales se deja fuera de discusión las situaciones modales de la realización de la conducta, centrándose la discusión en el ámbito del alcance normativo, correspondiente a desvirtuar, por la defensa, la aplicación de la *Ley 80 de 1993*, sin que haya tenido oportunidad de prepararse para discutir el supuesto normativo del *artículo 19 de la Ley 53 de 1990* ya que no fue objeto de la formulación de acusación y, de condenarse con fundamento en dicha norma, generaría un estado de indefensión en el procesado.

En relación con el punible de falsedad ideológica en documento público, indica que dicha conducta

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

deviene en accesoria, *“en el entendido de establecer que, si se configura el delito de inhabilidad para contratar, también se configuraría la falsedad, al haber manifestado en un documento público que dicha prohibición no se encontraba presente al momento de suscribir el contrato”*; en otros términos, *“si se afirmó en esta providencia que no existía la inhabilidad para la contratación, mal pudiera afirmarse que se consignó en el contrato, un hecho contrario a la verdad”*.

5. FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

El señor Fiscal delegado para el caso, en su sustentación por escrito, alude a que la Juez de primer grado examinó el aspecto relativo a que el ente acusador fundamentó su petición en una normatividad no obrante ni en la imputación ni en la acusación, pero dicha funcionaria no se pronunció respecto la violación de los *artículos 408 y 286 del C.P.* en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en la constitución, la *Ley 80 de 1993, art. 8, numeral 2, literal b,* y la *Ley 53 de 1990, artículo 19,* ni analizó las pruebas y contratos ingresados a la actuación.

Recaba en que se probó la existencia de un acto administrativo, vigente para la época de los hechos, que daba cuenta de la estructura administrativa del municipio de Briceño, en el cual se indica que la personería hacía parte del nivel directivo y, además, se demostraron *“las deficiencias administrativas del ente territorial de Briceño en el periodo 2012-2015”*.

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

Concerniente al principio de congruencia, señala que la norma penal invita a que se revise toda la normatividad vigente sobre el régimen de inhabilidades, citando al respecto el *artículo 8, numeral 2, literal b de la Ley 80 de 1993*, que alude a la prohibición de contratar por parte de la administración municipal, con los parientes de los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante, habiéndose probado, inclusive con la declaración de la misma personera municipal para la época de los hechos, que la personería estaba dentro del nivel directivo, que ella era hermana del contratista y que el acusado como alcalde sabía de dicho parentesco.

En relación con el *artículo 19 de la Ley 53 de 1990*, señala que está vigente y establece la prohibición directa para contratar, entre otros, con los parientes del personero, por lo que dicha normatividad no constituye una sorpresa para la defensa o la judicatura, ya que *“al escuchar los registros de audios de las audiencias de imputación y de acusación, la fundamentación fáctica y jurídica que sirve de base para la estructuración del principio de tipicidad y como consecuencia de ello la presentación de la Pretensión Punitiva del Estado jurisdicción se encuentra plenamente ajustada a derecho”*, máxime que la casuística en este evento concreto se encuentra ligada a los tres textos normativos antes reseñados y cuya violación conlleva a la consecuencia obrante en el *artículo 408 del C.P.*

Concluye, entonces, que no es válido que se haya absuelto al acusado con fundamento en la violación del debido proceso o afectación del principio de congruencia por no haber indicado a la defensa que la *Ley 53 de 1990*, en su *artículo 19*,

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

tiene vigencia actualmente, ya que la filosofía de dichos principios es diferente a la visión planteada por la Juez de primer grado; además, la Fiscalía *“debe utilizar todas las herramientas jurídicas existentes al momento de los hechos, para ser empleadas, sin alterar los hechos jurídicamente relevantes”*.

Alude a que el presente asunto no se debe analizar desde la perspectiva de la *Ley 136 de 1994*, en relación a si las personerías son agentes en los entes territoriales municipales, o si tienen presupuesto autónomo, o se encuentran incluidas dentro de la estructura de la administración, pues el tema central son las prohibiciones legales que tienen respecto de la celebración de contratos estatales lo cual se encuentra claro, sobre todo con los pronunciamientos del Consejo de Estado (concepto del 31 de agosto de 2005, radicado 1675) en relación con la no derogatoria del *artículo 19 de la Ley 53 de 1990* por la *Ley 134 de 1994*.

En relación con el delito de falsedad ideológica en documento público, indica que el acusado sabía que no podía celebrar contratos con el hermano de la personera municipal, ya que ello constituía una violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades y no obstante, se declaró, en los contratos, que el contratista no se encontraba incurso en las inhabilidades e incompatibilidades de que trata la *Ley 80 de 1993, art. 8*, y de más normas constitucionales y legales; situación sobre la cual guardó silencio el enjuiciado, dando nacimiento a los contratos, es decir, *“calló la verdad frente a este punto”*, máxime que en el *decreto 134 de diciembre 21 de 2010*, se establece que el personero hace parte del nivel directivo.

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

En consecuencia, solicita que se revoque la decisión confutada y se condene al procesado.

Por su parte la señora representante del municipio de Briceño, argumenta que el artículo 19 de la Ley 53 de 1990 se encuentra vigente y allí se establece la prohibición de contratar con los parientes del personero municipal; al respecto cita el concepto del Consejo de Estado C.E. 1675 de 2005 y los conceptos del Departamento de la Función Pública 119141 y 54801, ambos de 2016.

Trae a colación variada jurisprudencia en la cual se indica que las inhabilidades e incompatibilidades hacen parte del conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio; además, señala que las referidas restricciones son fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones, por lo que tienen un carácter prohibitivo y son taxativas.

De otro lado el señor Procurador delegado en lo penal, solicita que se revoque la sentencia confutada y argumenta que, con todo y la autonomía administrativa y presupuestal, las inhabilidades e incompatibilidades le son aplicables al personero municipal respecto de la alcaldía y viceversa; régimen que tampoco se puede desconocer por el

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

hecho de ser un cargo directivo no dependiente de la administración municipal.

En relación con la alusión que hace de la *Ley 53 de 1990* la Fiscalía en los alegatos de conclusión, mas no en la acusación, señala que no es acertada la posición de la Juez de primer grado, toda vez que se acusó a ARENAS CHAVARRÍA por la transgresión al delito *408 del C.P.* y la congruencia se predica es del fundamento fáctico, mismo que nunca se rompió *“y el hacer mención de una norma que complementa el argumento jurídico, no es un desconocimiento del derecho de defensa y menos un sorprendimiento a ésta; puesto que el acto defensivo se orienta es a los hechos jurídicamente relevantes contemplados en la acusación”*, por lo que la judicatura cuanto debe evaluar es si la norma está vigente y es aplicable o no al caso concreto.

6. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Corrido el traslado correspondiente al sujeto procesal no impugnante, el defensor del acusado OMAR FERNANDO, respecto de los argumentos expuestos por la Fiscalía expone que la norma de remisión, en los tipos penales en blanco, hace parte de los elementos estructurales del tipo penal y que, además, dicho recurrente no rebatió los argumentos expuestos por la judicatura, por lo que debería declararse desierto el recurso.

En relación con la sustentación de la representante del municipio de Briceño, indica que hace suyos

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

los argumentos expuestos por la Fiscalía en los alegatos de clausura, concernientes a la aplicación del *artículo 19 de la Ley 53 de 1990* y se apoya en conceptos del Concejo de Estado y el Departamento administrativo de la Función Pública, pero no presentó oposición dialéctica a la decisión de la Juez de primer grado, por lo que estima que se debe declarar también desierto su recurso.

Atinente a la sustentación presentada por el delegado del Ministerio Público, indica que enfoca de manera equivocada el problema jurídico a resolver, porque en momento alguno se ha planteado que a los personeros municipales no se les aplique el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sino que no les es aplicable el correspondiente a los secretarios de despacho de los municipios o personal directivo de dicho ente territorial.

Aduce que el único argumento que apunta a lo planteado por la funcionaria *A quo* es el relativo a la inaplicación de la *Ley 53 de 1990*, pues estimó el censor que la congruencia sólo tiene relación con el fundamento fáctico y que por ello no se sorprende a la defensa, razón por la cual, también estima que debería declararse desierto el recurso.

No obstante, respecto de aludido argumento del Ministerio Público, indica que la congruencia también abarca el sustrato normativo de la imputación jurídica, máxime que en el presente asunto la defensa encaminó sus esfuerzos en demostrar que la Personería municipal de Briceño, a pesar de encontrarse categorizada en un acto administrativo como

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

perteneciente al nivel directivo de la administración, en realidad tiene autonomía financiera y administrativa y por ende no tiene relación de dependencia con el Alcalde Municipal, por lo que ese manual de funciones no puede primar sobre la estructura orgánica determinada en la misma constitución y, además, la norma de remisión hace parte de los elementos estructurales del tipo penal en blanco.

Destaca, que en la acusación en momento alguno se mencionó el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, ni del soporte doctrinal que se refiere a la vigencia actual de la citada norma, por lo que la defensa no realizó petición probatoria alguna para atacar su vigencia, lo que constituye un sorprendimiento y deslealtad de parte del ente acusador, ya que una cosa es aludir a fundamentos jurisprudenciales en los alegatos de conclusión, y otra muy diferente variar el sustrato normativo de remisión de la norma penal en blanco.

De otro lado, en relación con la vigencia de la citada Ley 53 de 1990, menciona que la misma apunta a realizar modificaciones al llamado código de Régimen Departamental y Municipal y que cuando un código se subroga o cambia en su totalidad, las modificaciones que del anterior cuerpo normativo hiciera una ley no mantienen su vigencia, y la Ley 136 de 1994 la derogó en los temas que le son contrarios a ésta, interpretación que es clara, inclusive, desde la Ley 153 de 1887.

Sostiene que dar validez a la posición del señor Fiscal en relación con la aplicación del artículo 72 del Código Civil, respecto a que la derogación tácita deja vigente las leyes

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

anteriores, aunque versen sobre el mismo tema, es propiciar la *ley tertia*, respecto de la cual se ha pronunciado de manera negativa la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ello considera que deviene errada la pretensión del impugnante en que se aplique de manera ultractiva y desfavorable un régimen jurídico que había sido derogado por la *Ley 36 de 1994*.

También indica que los conceptos de la Sala Civil del Consejo de Estado no son obligatorios por lo que es factible apartarse de ellos, máxime que no son jurisprudencia como tal *“sino que se consideran del orden administrativo”*, más aún cuando el tema de inhabilidades e incompatibilidades es taxativo *“Y el Personero Municipal, contrario al pensamiento del ilustre Procurador, no ejerce funciones de vigilancia sobre el alcalde, ni sobre los servidores del Municipio, que están bajo el ojo avizor de Control Interno, y sólo los secretarios de Despacho pueden escrutarse disciplinariamente”*.

Arguye que, reconocida la independencia financiera, administrativa y de nombramiento de los personeros municipales, de cara a la administración, resulta errada la discusión planteada por la Fiscalía en la imputación y la acusación, relativa a que la personería estaba concebida como un cargo directivo a efectos de hacer incurso al acusado en las prohibiciones del *artículo 8º, numeral 2º, literal b)*, de la *Ley 80 de 1993* y no en otra norma diferente.

Por los anteriores argumentos, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia.

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la Fiscalía, la representante del municipio de Briceño y el señor delegado de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo previsto en los artículos 34, numeral 1º, 176, inciso final, y 179, de la Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Previamente a establecer el problema jurídico en concreto, ha de significarse que sin necesidad de recurrir al principio de caridad, como insinúa el defensor del enjuiciado en su calidad de sujeto procesal no impugnante, no se declarará desierto el recurso interpuesto, ya que si bien la fundamentación de la apelación demanda de argumentos facticos y jurídicos serios que confuten la determinación impugnada, todos los apelantes, en mayor o menor grado cumplieron con ese cometido, exponiendo argumentos que de suyo cuestionan la apreciación jurídica de la *A quo* en relación con la aplicación de los presupuestos normativos que fueron aducidos por la Fiscalía como sustento de su petición de condena, así como la solución que ofreció en favor del acusado.

Dilucidado lo anterior, la Sala abordará primeramente el tema relativo a si en el caso objeto de estudio, es posible la aplicación de la Ley 53 de 1990 a efectos de integrar el tipo penal en blanco descrito en el artículo 408 del Código Penal; luego se analizará si bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993, art. 8, numeral 2, literal b, de conformidad con la imputación y la

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

acusación, fue suficientemente completada la norma penal antes referenciada y si con el recaudo probatorio se estableció, más allá de toda duda, la responsabilidad penal del acusado, como lo solicitan los apelantes.

En relación con el primer aspecto, ha de indicarse que es concurrente en los impugnantes el aludir a la vigencia de la *Ley 53 de 1990*, principalmente a través de conceptos emitidos por el Consejo de Estado y el Departamento Administrativo de la Función Pública; sin embargo, todos ellos soslayan o le restan la importancia debida al hecho de haberse aludido a dicha norma por el vocero del ente acusador, únicamente en los alegatos de conclusión, situación que, como se verá, es violatorio entre otros, del derecho de defensa y el debido proceso probatorio.

De manera incuestionable se ha establecido, tanto desde la perspectiva legal como jurisprudencial, que la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes la constituye el presupuesto fáctico previsto por el legislador **en las respectivas normas penales**; es decir, debe existir una clara delimitación de la ley en la cual se debe subsumir es aspecto factual concreto, ya que el hecho está supeditado a su correspondencia con una norma penal. Al respecto ha indicado la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia¹:

“Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

Así, por ejemplo, si se avizora una hipótesis de coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, se debe consultar el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de esta figura, en orden a poder diferenciarla de la complicidad, del favorecimiento, etcétera.”

Así las cosas, deviene imperioso precisar con claridad, cuál es el modelo normativo, completo, en el cual se subsumirán los hechos materia de juzgamiento, debiendo ser puntuales incluso en tópicos como la acción u omisión, verbo rector, modalidad de la conducta, etc., más aun tratándose de tipos penales como el descrito y sancionado en el artículo 408 del Código Penal, ya que al tratarse de una norma el blanco, torna necesario que desde el inicio de la investigación (imputación – acusación) se expresen con claridad no sólo los elementos de la conducta descrita en la ley penal, sino las normas penales o extrapenales que la integran.

Lo anterior, porque de completarse la norma penal de una manera inadecuada en tipos penales como el que se viene de señalar, o de no completarse como sucedió en el caso objeto de análisis, genera falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, lo cual a su vez limita o impide

¹ SP3168-2017 (44599).

una adecuada concreción del tema de prueba y, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia², “*la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa*”, que fue precisamente uno de los temas mencionados en la sentencia confutada y por la defensa del procesado como no recurrente.

En ese orden de ideas, más allá del análisis relativo a la vigencia o no del *artículo 19 de la Ley 53 de 1990*, encuentra la Sala que erró la Fiscalía al omitir mencionar dicha norma, como integradora del tipo penal en blanco, en la imputación y/o la acusación, como en efecto se constató de la escucha de los audios correspondientes, situación de suma relevancia ya que con fundamento en la norma mencionada por el vocero del ente acusador, *Ley 80 de 1993, art. 8, numeral 2, literal b*, fue que el abogado del enjuiciado diseñó la estrategia de defensa, inclusive concretó múltiples estipulaciones probatorias, pues tenía proyectado discutir el aspecto relacionado con que al personero no le era aplicable dicha normatividad en concreto, por lo que la inclusión de la citada Ley 53 a última hora en los alegatos de conclusión, sí constituye un sorprendimiento y, como se indicó, viola el derecho de defensa y el debido proceso probatorio.

En cuanto atañe al segundo tema propuesto en el exordio de este capítulo, es decir, si bajo los parámetros de la *Ley 80 de 1993, art. 8, numeral 2, literal b*, de conformidad con la imputación y la acusación, fue suficientemente completada la norma penal en blanco establecida en el *artículo 408 del Código*

² *Ibídem*

Penal, debe mencionarse que para integrar la normas en blanco, la remisión no necesariamente tiene que ser otra ley en sentido formal, sino que puede ser respecto de una norma de inferior jerarquía o, inclusive, otra extrapenal de carácter administrativo, siempre y cuando se respete el principio de legalidad. Al respecto indicó la Sala Penal de la H. Corte Suprema de justicia³:

“...la Corte ha distinguido entre la remisión que ocurre frente a disposiciones de igual jerarquía y aquella que ocurre frente a normas de inferior jerarquía, denominada remisión propia e impropia, según el caso, para concluir que es posible el reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que una vez integrado el tipo penal este adquiere unidad normativa pues la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo.”

Ahora bien, para que la remisión que el tipo penal en blanco hace a una regla extrapenal de carácter administrativo sea conforme a los mandatos constitucionales debe cumplir cuatro requisitos fundamentales: “En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales.”

Esta Corporación se ha ocupado de la estructura de los tipos penales en blanco. Al respecto señaló en CSJ SP, 12 de diciembre de 2005, radicado 23899, que,

“es preciso distinguir entre el núcleo esencial y el complemento. El primero, corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador, en el sentido de señalar con claridad y precisión tanto los elementos básicos de la conducta punible, como la correspondiente punibilidad, además del reenvío expreso o tácito a otro precepto. El segundo, esto es, el complemento, especifica las condiciones en que tiene lugar aquél, ya sea de índole penal o extrapenal, pero siempre que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia para proferirlo.”

Dilucidado lo anterior, tenemos que el presupuesto que trae a colación la Fiscalía como norma de

³ SP14190-2016 (40089)

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

remisión es el mencionado en el *numeral 2, literal b, del art. 8 de la Ley 80 de 1993*, que se refiere a que tampoco podrán participar en licitaciones o concursos, ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva, *“Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.”*, destacando que en este caso concreto la personera del municipio de Briceño, según el manual de funciones de dicha entidad, hace parte de la administración en el nivel directivo.

Al respecto aportó los decretos municipales 134 y 135 del 21 de diciembre de 2010, mediante los cuales se adopta el sistema de nomenclatura, clasificación, códigos y denominaciones de empleos para los empleados del municipio de Briceño, y se establece el manual de funciones y competencias laborales de los empleados del municipio.

No obstante lo anterior, como bien lo especificó la testigo YUDY MORENO MORENO, quien fungía como personera municipal para la fecha de los hechos, la personería no hace parte de la planta de personal del municipio, funciona de manera independiente, autónoma y propone su propio presupuesto, el que es aprobado por el Concejo Municipal, entidad que también se encarga de su elección, además las personerías tienen su propio mecanismo de control interno para regular su funcionamiento, en tanto que el control interno de la administración municipal lo hace el comité de control interno, no la personería, etc., etc.; circunstancias que impiden señalar con claridad y precisión si un simple manual de funciones de un

municipio en particular, reúne los requisitos de norma integradora de una norma penal en blanco, conforme se indicó en la jurisprudencia antes traída a colación, a efectos de estructurar los elementos básicos de la conducta punible antes mencionada.

Y es que la discusión relativa a la ubicación de la personerías municipales en la estructura del Estado, tampoco ha sido pacífica, ya que son diversos los planteamientos efectuados tanto por la H. Corte constitucional como por el Consejo de Estado, siendo uno de tales pronunciamientos la sentencia de unificación de jurisprudencia del 24 de junio de 2021, bajo el radicado 19001-23-33-000-2020-00067-1, en la cual se concluyó que las personerías municipales no hacen parte del poder ejecutivo del estado y, por ende, está exento de las inhabilidades que especialmente establece el numeral del artículo 95 de la Ley 136 de 1994. Al respecto se concluyó en dicho fallo:

“118. Ahora bien, aunque en materia inhabilidades la jurisprudencia de la Sección ha sido clara en precisar que el cargo de personero no pertenece al sector central o descentralizado de la administración en la que ejerce sus funciones, pese a la estrecha relación que tiene con el mismo, en esta oportunidad también se hizo alusión a los pronunciamientos de los cuales puede derivarse una tesis contraria, con el propósito de ilustrar de manera integral los distintos puntos de vista, pero aún más importante, que de la revisión de las providencias que han defendido una u otra posición, en ninguna de ellas se ha concluido que las personerías y quienes las presiden pertenecen a la rama ejecutiva, en tanto existe consenso en reconocer que el artículo 113 de la Constitución destacó que además de las autoridades que pertenece a las ramas del poder público, existen otras que no integran éstas y que de manera independiente ejercen sus funciones, dentro de las cuales por mandato del artículo 118 Superior se encuentra el Ministerio Público, que está conformado entre otros, por los personeros, que precisamente dada la autonomía reconocida legal y

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

constitucionalmente, les corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, entre quienes se encuentran las entidades de la rama ejecutiva del nivel local en el que tienen competencia.

*119. Todo esto para subrayar, que más allá de discusión sobre la pertenencia o no de los personeros a la administración de los municipios en que ejercen sus funciones, inclusive, aún teniendo en cuenta la providencia que sostiene que sí lo son, **no hay lugar a considerar que aquéllos hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, por consiguiente, en lo que se refiere a la causal de inhabilidad invocada, no se cumple con uno de los elementos esenciales de la misma luego de su modificación por el Acto Legislativo 04 de 2019.***

Así las cosas, encuentra la Sala, de un lado, que no prosperan los argumentos planteados por los recurrentes en cuanto a la aplicación de la *Ley 53 de 1990*, la cual si bien de manera directa establece la causal de inhabilidad relacionada con los parientes del personero, la misma no hizo parte de la imputación de los hechos jurídicamente relevantes, resultando inane ahora adentrarse por ese aspecto en el análisis de su vigencia; y, tampoco prosperan en relación con la aplicación del *numeral 2, literal b, del art. 8 de la Ley 80 de 1993*, ya que la personería en el ente territorial municipal, no obstante lo indicado en el manual de funciones del municipio de Briceño Antioquia, no hace parte de la administración en el nivel directivo, como bien lo indicara no sólo quien fungiese en dicho cargo, sino el mismo secretario de gobierno de la época, testigo SERGIO ALEXIS LONDOÑO GONZÁLEZ, lo que además se corrobora con la jurisprudencia citada, y aunque no ha sido pacífica la discusión, actualmente se ha concluido que las personerías municipales no hacen parte de la rama ejecutiva del poder público.

Sumado a lo anterior, cabe precisar que la Fiscalía, en el afán de demostrar de alguna manera la integración de la norma penal en blanco establecida en el *artículo 408 del Código Penal*, olvidó ocuparse del probar otros presupuestos de la conducta punible de violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, como lo sería el aspecto subjetivo de la conducta, dejando de lado que según lo determina el *artículo 9 ibidem*, “*la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado*”.

Es claro que desde la órbita de la legalidad, los alcaldes atendiendo a sus múltiples actividades, están habilitados para delegar las actividades previas a la suscripción contractual, sin que ello implique su exoneración en virtud de la figura de la delegación (Art. 37 del Decreto 2150 de 1995, que subrogó algunas normas de la Ley 80 de 1993; Decreto 679 de 1993 y Ley 1107 de 2007, artículo 11), empero, debe observarse si con fundamento en el principio de confianza, en el caso concreto, el acusado podía confiar en las gestiones que realizaba el comité de contratación, ya que según mencionó el testigo SERGIO ALEXIS LONDOÑO GONZÁLEZ, quien hacía parte del mismo como secretario de gobierno de la época, el alcalde OMAR FERNANDO había delegado la contratación en los secretarios y en el señor WILLIAM DE JESÚS LONDOÑO URREGO, persona que había sido contratada específicamente para asesorar a la alcaldía en los procesos de contratación.

En ese orden de ideas, es posible que el acusado hubiese confiado en que sus subalternos

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

desempeñaban sus tareas de manera diligente, con apego a la ley, y por ello atendió a las afirmaciones de que el contratista no estaba incurso en circunstancias de inhabilidades o incompatibilidades, situación que en momento alguno fue abordada por la Fiscalía y que debió desvirtuar, ya que el delito antes reseñado es de naturaleza esencialmente dolosa, y las críticas del Fiscal relativas a que el acusado contrataba personal que no cumplía los requisitos para desempeñar algún cargo específico, llevaría la discusión al terreno de una responsabilidad culposa o de carácter administrativo, pero en todo caso alejada, para este evento en particular, del ámbito de lo penal.

En otros términos, no se probó, como era necesario hacerlo, que el acusado sí sabía de las inhabilidades en el contratista y que no obstante dicho conocimiento, optó por desatender las prohibiciones y contratar con el mismo; aspectos que, se itera, fueron abandonados por la Fiscalía al enfocarse en asuntos relacionados con la integración del tipo penal, pues el único esfuerzo que realizó en procura de probar el aspecto subjetivo de la conducta, se redujo a preguntar al testigo EDILBERTO AGUDELO ARENAS si sabía que el acusado conocía que el señor ÁLVARO MORENO MORENO es hermano de la señora JUDY MORENO MORENO, respondiendo el testigo que no habría forma de decir que no lo sabía, porque en ese municipio todos se conocen, pero que JUDY sólo se ausentó el tiempo que estudió, además de que se trata de un casco urbano de unas dos mil personas.

La referida situación bien podría dar a entender a nivel inferencial que el acusado sí conocía del parentesco

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

existente entre los hermanos MORENO MORENO; sin embargo ello, per se, no tiene la suficiente capacidad suasoria para indicar que el acusado obró con el dolo requerido, o que inexorablemente conocía de la calidad con que ambos hermanos actuaban de cara a la administración; situación que posiblemente se hubiese despejado, conforme prometió en sus alegatos de apertura la Fiscalía, con el testimonio de la señora YORLEY AMPARO ECHAVARRÍA CORREA, pues con ella probaría, según indicó, el dolo con que obró el acusado, empero el representante del ente acusador desistió de dicho testimonio en desarrollo del juicio oral.

Lo anterior situación también degrada la configuración del delito de falsedad ideológica en documento público, ya que si bien la Fiscalía critica a la Juez de primer grado en el sentido de indicar que le imprimió al análisis de la situación, el aforismo del derecho civil relativo a que *“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”*, ese reproche también le cabe el mismo vocero del ente acusador, toda vez que en relación con el delito de falsedad se enfoca básicamente en señalar que en los contratos se afirmó que el contratista no estaba incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad, pero soslaya que dicha afirmación por sí sola no da cuenta de la realización de la conducta enrostrada, como se aprecia de la cláusula quinta de cada contrato, que es del siguiente tenor literal:

“El contratista declara bajo la gravedad del juramento que se entiende prestado con la firma del presente contrato, que no se encuentra incurso en las inhabilidades e incompatibilidades de que trata la Ley 80 de 1993 en su artículo octavo, la ley 1148 de 2007, la ley 1474 de 2011 y demás normas constitucionales y legales sobre inhabilidades”.

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

Al respecto, no se probó un actuar inequívoco del acusado encaminado voluntariamente a la producción del resultado delictivo y, como se ha indicado en precedencia, esta conducta también es de naturaleza esencialmente dolosa, quedando incluso por analizar el aspecto relativo a que en dicha cláusula se indica que quien hace la declaración bajo la gravead del juramento es el contratista y no el enjuiciado en calidad de contratante, vale decir, podría darse la posibilidad de que el acusado haya declarado la verdad respecto de algo que aseveró el contratista.

Finalmente, no se puede perder de vista que el ciudadano ÁLVARO MORENO MORENO, según lo manifestado por el testigo EDILBERTO AGUDELO ARENAS, era asiduo contratista con la administración municipal de Briceño, a través de un establecimiento comercial del cual era propietario, y al que con posterioridad a los hechos materia de juzgamiento cambió de razón social e intentó contratar con la alcaldesa YORLEY AMPARO, quien sustituyó al acusado cuando fue suspendido de su cargo por este proceso, sin embargo, la referida burgomaestre no realizó contratos con dicha persona; es decir, si bien no se descarta que el referido contratista a través de diferentes argucias intente hacerse a los contratos estatales en dicho municipio, no por ello se puede afirmar, sin mayor sindéresis, que los funcionarios que concurren a contratar con dicho individuo es porque siempre están prevalidos de un ánimo delictivo, como pretenden los impugnantes se presuma respecto del acusado.

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

Así las cosas, ha de concluirse que la responsabilidad del enjuiciado OMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA no emerge clara e incontrovertible como lo pretenden los impugnantes; por el contrario, resulta evidente que la carga procesal y probatoria del ente instructor no se cumplió a cabalidad por lo que deviene imperioso la confirmación de la sentencia absolutoria de primer grado.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de la fecha, naturaleza y procedencia anotadas en precedencia, según las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

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

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

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

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Penal

Nº Interno : 2019-1381-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05-001-60-00071-2013-00086.
Acusado : Omar Fernando Arenas Chavarría.
Delitos : Violación del régimen legal de
inhabilidades e incompatibilidades

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:

**474da1f03d9d02a3838e88a0925942ed121c4166e89629d874de
2deccfe91538**

Documento generado en 03/11/2021 11:49:31 AM

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

Radicado: 2021-1434-5

ACCIONANTE: JUAN FERNANDO QUINTERO GUTIÉRREZ

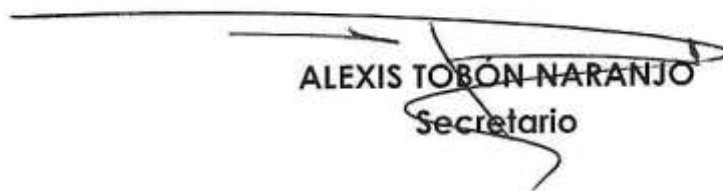
ACCIONADO: FISCALÍA 36 ESPECIALIZADA DE ANTIOQUIA y otros.

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado RENÉ MOLINA CÁRDENAS expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpuso recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹; mismo que se interpone dentro de término legal, teniendo en cuenta que el trámite de notificación culminó el pasado 19 de octubre.

Es de anotar que, hubo de tenerse notificados a los vinculados Dra. Gloria Niebles (procuradora judicial) y a la Dra. Doris Arcila (Abogada), el día (19) de octubre de 2021, ello conforme a lo dispuesto por el artículo 8 del decreto legislativo 806 de 2020, ya que luego de remitírsele la notificación del fallo de tutela a sus correos electrónicos no acusaron recibido; siendo efectiva la entrega el día 14 de octubre de 2021.²

Así las cosas, se computarán los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos corren desde el día 20 de octubre del año 2021 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 22 de octubre de la anualidad en curso.

Medellín, octubre veintiséis (26) de 2021.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivos 34 y 35

² Archivo 33

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, octubre veintinueve (29) de dos mil veintiuno

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante señor **Juan Fernando Quintero Gutiérrez**, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**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:

396610af4c9503d0dd42d0415b688a69e8edd6873a660c774b125dc369b07f1a

Documento generado en 03/11/2021 12:52:50 PM

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

CARRERA 52 NRO. 42-73, PISO 27, OFICINA 2701.

232 5569 -232 0868

secsptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, dos (2) de noviembre de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 140 de la fecha

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Mario German Ardila Mateus Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrío (Ant.)
Accionado	Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrío (Ant.)
Tema	Tutela contra decisión judicial
Radicado	(N.I 2021-1640-5)
Decisión	Concede amparo

ASUNTO

Procede la Sala a decidir en primera instancia la acción de tutela presentada por MARIO GERMAN ARDILA MATEUS, PROCURADOR 198 JUDICIAL I PENAL DE PUERTO BERRÍO (ANT.), en contra de LA FISCALÍA 21 PENAL MILITAR DE PUERTO BERRÍO (ANT.), por la presunta vulneración del derecho al debido proceso.

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

Se vinculó al JUZGADO 55 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR a la FISCALÍA GENERAL PENAL MILITAR Y POLICIAL, la FISCALÍA 12 SECCIONAL DE CALARCÁ QUINDÍO, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a todos los sujetos procesales dentro del proceso penal N° 1282-15 llevado en contra del Capitán LEONARDO ANDRÉS LAGOS OCHOA, Sargento viceprimero JESÚS ARMANDO CELIS TIMANA y los Soldados profesionales ARLEY RICARDO NARANJO RANGEL y SERGIO DAVID NARVÁEZ SÁNCHEZ orgánicos del Batallón de Alta Montaña N° 5, por el presunto delito de homicidio de ABELARDO ASTUDILLO, para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción en caso de resultar afectados con la decisión que se adopte.

HECHOS

Afirmó el accionante que en la Fiscalía 21 Penal Militar se adelanta proceso por el delito de homicidio con radicado No. 1282-15, en contra del Capitán LEONARDO ANDRÉS LAGOS OCHOA, Sargento viceprimero JESÚS ARMANDO CELIS TIMANA y los Soldados profesionales ARLEY RICARDO NARANJO RANGEL y SERGIO DAVID NARVÁEZ SÁNCHEZ, por la muerte del ciudadano ABELARDO ASTUDILLO. Hechos ocurridos el 5 de junio de 2004 en zona rural del municipio de Pijao – Quindío, donde presuntamente en combate relacionado con el servicio militar fue dado de baja por los miembros del Ejército Nacional ya relacionados.

Informa que mediante escrito del 10 de septiembre de 2021 promovió incidente de impugnación de competencia, con base en las facultades otorgadas por los artículos 274 y 275 de la Ley 522 de 1999, para que el proceso fuera remitido a la Justicia ordinaria (Unidad Nacional de Derechos

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus

Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)

Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)

Radicado interno: 2021-1640-5

Humanos – Fiscalía General de la Nación) por el principio del juez natural, toda vez que, en su criterio, existen dudas dentro la investigación, pues se evidencian indicios en el plenario que el deceso de la víctima pudo haber ocurrido como consecuencia de una ejecución extralegal o extrajudicial.

El Fiscal 21 Penal Militar a través de providencia del primero (1º) de octubre de 2021, al resolver el incidente propuesto, se declaró competente para seguir conociendo de la actuación, pero no dispuso remitir el proceso a la Fiscalía General de la Nación para que se pronuncie en relación con la colisión de competencia propuesta, sino que ordena que se siga adelante con la actuación en la Justicia Penal Militar a través de la Fiscalía 21 Penal Militar.

En la providencia cuestionada el Fiscal 21 Penal Militar precisa que la Fiscalía 12 Seccional de Calarcá, mediante auto del 28 de septiembre de 2004, remitió las diligencias a la Justicia Penal Militar, por lo primigenia de la investigación consideró que se trataba de un acto del servicio y por ello remitió las diligencias adelantadas por el CTI al Juzgado de Instrucción Penal Militar con sede en Armenia –Quindío. Trámite que se realizó sin analizar el tema relacionado con el fuero penal militar. Ello no significa que no pueda volver a conocer del asunto si surgieron pruebas que indicaran que los hechos no corresponden a un acto del servicio ni con ocasión del servicio, como ocurre en este proceso.

Afirma que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en la decisión STP-4184 de 2019, precisó que el Ministerio Público como sujeto procesal dentro del proceso penal militar está legitimado para promover colisión de competencia, no pudiéndose desconocer dicha postulación, ni

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

pretermittir el procedimiento, que, para el caso, es remitir el expediente a la Justicia Ordinaria para que esta se pronuncie sobre su competencia.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Se ordene a la Fiscalía 21 Penal Militar remitir el proceso penal N° 1282-15 a la Fiscalía General de la Nación (Unidad de Derechos Humanos Especializado de Armenia), para que se pronuncien sobre el incidente de colisión de competencia propuesto 13 de septiembre de 2021 amparando sus derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

LUIS DAVID RICO CHISNES Fiscal 21 Penal Militar adujo que la presente investigación fue instruida por el Juzgado 55 de Instrucción Penal Militar con sede en Pueblo Tapao, luego le correspondió la calificación del mérito sumarial, en virtud a reparto especial dispuesto en la Resolución N° 0021 del veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015), emanada de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

En la actualidad no ha tomado decisión. Incluso, encontrándose el sumario en turno para revisión no ha proferido auto que disponga el cierre del ciclo instructivo, conforme lo previsto en el artículo 553 ley 522 de 1999. Solicita que no acoger los argumentos del accionante, toda vez que en la investigación no se ha asumido decisión interlocutoria que ponga fin a la acción penal o imposibilite al Ministerio Público o cualquier otro sujeto

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

procesal, interponer los recursos de ley procedentes frente a las decisiones emitidas en primera instancia dentro del procedimiento penal militar ordinario.

Indica que tampoco resulta admisible afirmar que se están quebrantado los derechos fundamentales de las partes (Ministerio Público - Víctima) por negación de acceso a la Justicia, por cuanto la señora MARÍA ELISA RIVERA DIMATE (víctima) a través de su apoderado judicial, presentó demanda de Constitución de Parte Civil, quien manifestó que recibiría indemnización de parte del Estado colombiano, esto, lógicamente a consecuencia del violento deceso de su esposo ABELARDO ASTUDILLO.

Advierte que la Procuraduría General de la Nación, a través de diferentes delegados ha intervenido en el desarrollo de la actuación, realizando solicitudes probatorias de cara al esclarecimiento de los hechos investigados. Por eso no encuentra fundamento que sea precisamente el representante del Ministerio Público quien afirme que se han vulnerado derechos fundamentales de las partes.

Afirma que el defecto procedimental invocado por el peticionario, de que se omitió remitir el expediente a la Justicia Ordinaria, citando la decisión STP 4184 de 2019 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no es correcto debido a que no se actuó de manera caprichosa, ni omitió pronunciarse respecto a la solicitud en comento, sino apegado a las normas de procedimiento previstas en la ley 522 de 1999.

Finalmente indica que en el sistema procesal penal existen mecanismos diferentes a la acción solicitada para que sea tratada en debida forma la

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

colisión de competencia entre la Jurisdicción Especializada y la Justicia Ordinaria.

LUIS GERARDO VALENCIA MARTINEZ Fiscal 12 Seccional Unidad de Vida con sede en la ciudad de Armenia, informó que el 28 de abril de 2004 emitió su concepto en relación a que la competencia del asunto radicaba según las pruebas obtenidas en esa fecha, a la justicia penal militar, sin que se tenga conocimiento de los restantes medios de prueba acopiados a lo largo de los últimos 17 años. Afirma que mantiene la postura sobre el particular dejando al arbitrio a la Sala la decisión que corresponda conforme ese nuevo acopio probatorio que se tiene de presente.

STEFFANY TOVAR VILLA en calidad de apoderada del Soldado profesional ARLEY RICARDO NARANJO RANGEL considera que no son de recibo los argumentos expuestos por el Procurador frente a la supuesta obligación legal que recae en cabeza de la Fiscalía de correr traslado a la Jurisdicción Ordinaria de la solicitud. Se apreció en el auto que resolvió la impugnación de competencia que ha sido esa la autoridad, en quien actualmente recae la competencia y ha manifestado su intención de continuar asumiendo el conocimiento del asunto, contrario sensu de lo manifestado en su momento por parte de la Fiscalía 12 Seccional de Calarcá, mediante Auto de sustanciación del veintiocho (28) de septiembre de 2004.

En relación a los supuestos indicios que manifiesta el Procurador, corresponde a una versión sesgada de los hechos, que lejos está de representar los intereses de la comunidad de manera imparcial. El Procurador no tiene en cuenta las irregularidades que generan graves dudas frente a la correspondencia del asunto.

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

Afirma que ha sido testigo de los esfuerzos que se han realizado por parte de la Fiscalía tendientes a lograr la ubicación y comparecencia de testigos para esclarecer los hechos.

La Juez 55 de Instrucción Penal Militar indicó que ese despacho adelantó la instrucción del plenario por el desprendimiento de la competencia realizado por la justicia ordinaria. Por tanto, siendo congruentes con la labor adelantada, se acoge a los argumentos de la Fiscalía 21 Penal Militar para mantener la competencia en esa jurisdicción, los cuales además están fundados en el auto que decide la petición.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

En relación con las garantías constitucionales fundamentales que informó la parte actora como vulneradas, la procedencia ha de cifrarse en la configuración de los presupuestos generales¹ los cuales deben concurrir de manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional deviene en improcedente. Lo anterior respecto a la objeción

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

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

del auto de sustanciación del 1º de octubre de 2021 mediante el cual, la Fiscalía 21 Penal Militar resolvió desfavorablemente la solicitud de remisión del expediente por competencia a la jurisdicción ordinaria.

Según la Corte Constitucional² la acción de tutela contra decisiones judiciales resulta procedente cuando se pretenda proteger los derechos constitucionales fundamentales que se hayan visto amenazados o vulnerados con una decisión judicial. Se observa a simple vista que concurren los presupuestos para la procedencia de la acción de tutela: de la narración de los hechos se infiere que se acusa el auto de sustanciación del 1º de octubre de 2021 de presentar un defecto fáctico. Reviste relevancia constitucional en tanto se afirma vulnerado el derecho fundamental al debido proceso en su manifestación de juez natural con la decisión cuestionada. La parte actora no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la protección del derecho que invoca. A la decisión no le procede ningún recurso, ni mecanismos extraordinarios que permitan su revisión. No existe ningún otro escenario a través del cual pueda discutirse la competencia de la justicia ordinaria para conocer el asunto.

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

² Sentencia T-356 de 2007.

³ Sentencia T-367/18." **a.** Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. **b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.** **c.** Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. **d.** Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. **f.** Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. **g.** Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

A partir del marco jurídico presentado y la revisión de las pruebas aportadas, desde ya, advierte la Sala una vulneración del derecho fundamental al debido proceso por defecto procedimental absoluto.

El proceso penal referido se adelanta bajo el procedimiento previsto en la Ley 522 de 1999 –Código Penal Militar- vigente para la fecha de los hechos -5 de junio de 2004-, por tanto, en virtud del derecho fundamental al debido proceso y el artículo 628 de la Ley 1407 de 2010⁴ –actual Código Penal Militar, se examinará la observancias de las formas propias del juicio contenidas en estas leyes.

El artículo 273 de la Ley 522 de 1999⁵ establece que puede generarse conflictos de competencia en materia penal militar, cuando tanto autoridades judiciales de esta especialidad (juez o fiscal), como los de la jurisdicción ordinaria consideran conjuntamente tener o no competencia para conocer de un determinado asunto, lo que se conoce con el nombre de conflictos de competencia negativo y positivo.

fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. i. Violación directa de la Constitución".

⁴ **Artículo 628.** Derogatoria y vigencia. La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen.

⁵ **Artículo 273:** Hay colisión de competencias cuando dos (2) o más jueces de conocimiento o fiscales, reclaman que a cada uno de ellos corresponde exclusivamente el conocimiento o tramitación de un proceso penal, o cuando se niegan a conocer de él por estimar que no es de la competencia de ninguno de ellos».

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

De manera que, según el artículo 275 ibídem⁶ cualquiera de las partes en el proceso puede solicitar a quien lo esté conociendo, la colisión de competencia. Dentro de esta Ley de conformidad con el capítulo I del Título Quinto se encuentra catalogado el Ministerio Público como sujeto procesal. El precepto 274 del mismo Estamento⁷ describe que, en los casos de colisión de competencia la misma puede ser provocada de oficio o a solicitud de parte. Es claro que como sujeto procesal, el representante del Ministerio Público estaba habilitado para promover la colisión de competencia, como sucedió en este asunto.

A pesar de que en el Auto del 1º de octubre de 2021 se puso de presente algunos de los preceptos citados, el Fiscal consideró no encontrar fundada la colisión de competencia y negó la solicitud por medio de providencia en la que advirtió no le procedía ningún recurso.

De conformidad con lo anterior y analizado el auto que se discute se observa que no bastaba con que expusiera las razones por las que, en su criterio, la justicia militar tenía competencia para conocer el asunto, al asegurar que las pruebas recolectadas permitían determinar que la muerte de la víctima fue producto de unos hechos relacionados con el servicio militar, sino, que debió dar trámite a la colisión de competencia propuesta según los artículos 274 y ss. de la Ley 522 de 1999.

⁶ **Artículo 275:** Cualquiera de las partes puede solicitar que se suscite la colisión, por medio de memorial dirigido al juez o fiscal que esté conociendo o tramitando, o al que considere competente para conocer o tramitar. Si el que recibe la solicitud la encuentra fundada, debe provocar la colisión»

⁷ **Artículo 274: La colisión puede ser provocada de oficio o a solicitud de parte.** Quien la suscite se dirigirá al otro juez o fiscal, exponiendo los motivos que tiene para conocer o no. Si éste acepta, asumirá el conocimiento; en caso contrario, enviará el proceso al Tribunal Superior Militar, o al fiscal ante esta Corporación o a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que allí se decida de plano, según el caso"

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

Aunque la Fiscalía 21 Penal Militar estime que la competencia para conocer del proceso radica en la justicia penal militar, ello no la habilita para desatender el procedimiento, que, en este caso, correspondía a remitir el expediente a la justicia ordinaria para que esta se pronunciara sobre su competencia.

Ahora, en el caso que la jurisdicción ordinaria no acepte la competencia, no existiría ninguna dificultad y, la Fiscalía 21 Penal Militar podría seguir con las investigaciones a fin de continuar con la calificación del mérito sumarial. Pero, si por el contrario, la justicia ordinaria también manifiesta tener competencia, se originaría un conflicto positivo de competencias, entonces deberá ser remitido a la autoridad a quien corresponda dirimirlo, que para el caso, de conformidad con el artículo 112-2 de la Ley 270 de 1996 –Ley Estatutaria de la Administración de Justicia- correspondería a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁸.

Así lo determinó la Sala de Casación Penal en Sentencia STP4184-2019, al resolver un caso parecido en sede de tutela. Decisión que fue citada por el accionante en la demanda.

Por otro lado, la Fiscalía 21 Penal Militar al negar la colisión por medio del auto de 1º de octubre de 2021 como argumento principal expresó: “*el Fiscal 12 Seccional de Calarcá (Quindío), mediante auto de sustanciación proferido el día veintiocho (28) de septiembre de dos mil cuatro (2004), se desprendió del conocimiento de la Investigación Previa N° 11148-12,*

⁸ Sentencia STP4184-2019 del 1º de abril de 2019 Magistrado ponente EYDER PATIÑO CABRERA

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus

Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)

Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)

Radicado interno: 2021-1640-5

lógicamente luego de haber ordenado la práctica de algunas pruebas dentro de la misma, decretando su remisión al juzgado penal militar con sede en la ciudad de Armenia (Quindío), bajo el entendido que, al parecer, la muerte de ABELARDO ASTUDILLO, aconteció en desarrollo de un operativo militar” con lo que de alguna manera, pretendió afirmar que la jurisdicción ordinaria ya había sentado su postura frente a la competencia para conocer del asunto. De acuerdo con lo anterior es necesario hacer las siguientes precisiones:

Según se pudo observar de las respuestas y las constancias allegadas al trámite, la muerte del occiso fue el 5 de junio de 2004, desde esa fecha hasta el 28 de septiembre de 2004 que la fiscalía de Calarcá consideró que el conocimiento le correspondía a la justicia penal militar, solamente tramitó la apertura de la indagación preliminar y recopiló algunas pruebas, entre ellas: el informe de identificación del occiso, la inspección técnica al cadáver y se vinculó mediante indagatoria al soldado profesional Arley Ricardo Naranjo Rangel.

Llevadas a cabo las actividades investigativas descritas, el 28 de septiembre de 2004, esto es, transcurridos solo tres (3) meses desde la ocurrencia de los hechos y con las escasas pruebas recaudadas, se remitió el expediente a la Justicia Penal Militar para su conocimiento. Lo anterior deja ver que, contrario a la visión que pretende dar la Fiscalía 21 Penal Militar, el expediente se remitió a esa justicia especial con un material probatorio mínimo.

No es posible afirmar que la jurisdicción ordinaria ya analizó y descartó su competencia, máxime cuando han sido las pruebas recolectadas ante la

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

Justicia Penal Militar por más de diecisiete (17) años, las que han generado las dudas en torno a la verdadera causa de muerte de ABELARDO ASTUDILLO por las que el representante del Ministerio Público, como sujeto procesal, provocó la colisión de competencia.

En el anterior contexto, ante la concurrencia de un *defecto procedimental*, por no haberse dado el trámite que correspondía a la colisión de competencia propuesta por el accionante y ante la imposibilidad de ser corregida al interior del proceso por la negativa del funcionario a quien le corresponde, se hace necesaria la intervención del juez de tutela.

En consecuencia, se concede el amparo del derecho al debido proceso. Se ordenará a la Fiscalía 21 Penal Militar que, en el término no superior de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, imparta el trámite correspondiente a la solicitud de colisión de competencia propuesta por Mario German Ardila Mateus, Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrío (Ant.) y, remita el expediente a la jurisdicción ordinaria, para que ésta se pronuncie sobre su competencia.

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

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

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso.

SEGUNDO: ORDENAR a la Fiscalía 21 Penal Militar que, en el término no superior de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, imparta el trámite correspondiente a la solicitud de colisión de competencia propuesta por Mario German Ardila Mateus, Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrío (Ant.) y, remita el expediente a la jurisdicción ordinaria, para que ésta se pronuncie sobre su competencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Tutela primera instancia

Accionante: Mario German Ardila Mateus
Procurador 198 Judicial I Penal de Puerto Berrio (Ant.)
Accionado: Fiscalía 21 Penal Militar de Puerto Berrio (Ant.)
Radicado interno: 2021-1640-5

Código de verificación:

8a33ea90055b21da5dce0a618d4fc59f2114babb1b07e21d124d0a27f16805fe

Documento generado en 02/11/2021 04:43:12 PM

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: 05686318900120210016200 **NI:** 2021-1579-6
Accionante: JULIO CESAR ZAPATA MOLINA
Accionada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Decisión: Confirma
Aprobado Acta No.: 180 noviembre 3 del 2021
Sala No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, noviembre tres del año dos mil veintiuno

VISTOS

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Antioquia) en providencia del día 23 de septiembre de la presente anualidad, concedió el amparo constitucional frente a los derechos fundamentales de petición, debido proceso, mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del señor Julio Cesar Zapata Molina, presuntamente vulnerados por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

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

LA DEMANDA

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

“Un resumen o compendio de los sucesos fácticos se presenta de la forma siguiente:

- i) Afirmó el accionante que encuentra afiliado en PENSIÓN a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y se encuentra incapacitado de manera consecutiva desde el 4 de noviembre de 2020 por diagnóstico C.A. Cerebeloso metastásico al cerebro y al pulmón y síndrome convulsivo, y a la fecha presenta más de 181 días de incapacidad.*
- ii) Agregó, que el día 1 de marzo de 2021 bajo el radicado GMNRO-63-091 que se adjunta, la NUEVA EPS, emitió concepto de rehabilitación DESFAVORABLE frente a mi estado de salud.*
- iii) Adicionó, que ante la demora por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES en contactarlo para iniciar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, el día 11 de agosto de 2021 radicó un derecho de petición con el número 2021-9206393 para iniciar proceso de calificación y para solicitar el pago de las incapacidades, toda vez que a la fecha el fondo no le ha efectuado el pago de las prestaciones que por ley le corresponden a partir del día 181, afectando completamente su mínimo vital, pues su estado de salud le impide realizar cualquier tipo de actividad que le genere ingresos para él y su familia, quienes dependen económicamente de él, sin recibir respuesta alguna, pese a que su empleador también ha establecido contacto para tratar de lograr el avance en este proceso, pero no ha obtenido respuesta positiva.*
- iv) Señaló que su condición de salud se encuentra cada vez más deteriorada, sin ingreso alguno ante el no pago de las incapacidades por parte de COLPENSIONES, dejándolo en un completo estado de debilidad e indefensión, vulnerando claramente sus derechos a la*

seguridad social y al mínimo vital, pues la demora en iniciar el proceso radica en COLPENSIONES.

De lo pretendido

Que le sean amparados los derechos fundamentales invocados y se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, iniciar y llevar hasta su culminación en el menor tiempo posible la calificación de pérdida de capacidad laboral y reconocimiento de la pensión de invalidez, así como el pago de las incapacidades a partir del día 181, y que le fueron adjuntadas en el derecho de petición radicado bajo el número 2021-9206393 del día 11 de agosto de 2021.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el 10 de septiembre del corriente año, se corrió traslado a Colpensiones, Nueva EPS, y al municipio de Toledo (Antioquia), para que se pronunciaran frente a los hechos denunciados en la solicitud de amparo.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

El apoderado judicial de la Nueva EPS, indicó que la coordinadora de medicina laboral de esa entidad, manifestó que el señor Julio Cesar Zapata Molina comenzó un periodo de incapacidad prologado y emitieron concepto de rehabilitación desfavorable, el cual fue notificado a Colpensiones el 22 de febrero de 2021.

Que una vez notificado Colpensiones del concepto de rehabilitación desfavorable por parte de esa EPS, debe iniciar inmediatamente el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral, por lo que pide se conmine a Colpensiones a practicar dicha calificación al demandante, ya que desde el 22

de febrero de 2021 esa entidad les notificó del concepto de rehabilitación desfavorable.

Resaltó que la normatividad impone a la administradora de pensiones realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral al afiliado que tenga concepto de rehabilitación desfavorable. Debido a la situación de discapacidad del señor Zapata Molina se convierte en un sujeto de especial protección constitucional, por lo tanto, debe iniciar la AFP el trámite para otorgar la pensión de invalidez de manera oportuna y sin dilaciones de ningún tipo.

Por último, solicita se desvincule a esa entidad del presente trámite constitucional, además solicita no ordenar el reconocimiento de las incapacidades solicitadas por cuanto las mismas no se han generado, existiendo un impedimento el tutelar derechos futuros e inciertos.

La Dra. Astrid Elena Echavarría Correa alcaldesa del municipio de Toledo (Antioquia), manifestó que el señor Julio Cesar es trabajador oficial del municipio en el cargo de operario de máquina amarilla, vinculado desde el 1 de mayo de 1995, además, que se encuentra incapacitado desde el mes de noviembre de 2020.

Continúo manifestando que en el mes de abril del año 2021 solicitó en nombre del demandante a la EPS el concepto de rehabilitación, la nueva EPS el 14 de mayo de 2021 respondió que el concepto de rehabilitación era desfavorable y confirmó que desde el mes de marzo había comunicado al fondo de pensiones.

Aseguró que, por medio de los asesores de ese municipio, realizaron la solicitud formal de calificación, además del pago de las incapacidades generadas entre el día 181 y 540, sin recibir respuesta alguna. Por lo anterior solicita que se desestime toda responsabilidad por parte de ese municipio, toda vez que el llamado a responder es el fondo de pensiones.

Igualmente, que ese municipio ha cumplido con el pago de las cotizaciones a las administradoras de salud y pensiones de manera adecuada.

La directora de acciones constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, destacó la improcedencia de la acción de tutela en el pago de acreencias económicas, manifestó que una vez analizado el caso del señor Julio Cesar Zapata Molina, niega haber recibido por parte de la EPS el concepto de rehabilitación que alude el demandante en el escrito de tutela, asegurando que no le corresponde el reconocimiento del subsidio por incapacidad, pues es la EPS la entidad que debe reconocer el pago de esas incapacidades hasta tanto emita y les notifique el concepto de rehabilitación, conforme a lo señalado en el artículo 142 del decreto 019 del 2012.

Indicó que el día 11 de agosto de 2021 el demandante radicó formulario para la determinación de la pérdida de la capacidad laboral el cual se encuentra en trámite, está siendo estudiado por el área encargada, que a la fecha no tiene petición del pago de incapacidades en favor del demandante.

Finalmente solicitó negar las pretensiones presentadas por el señor Zapata Molina por resultar improcedentes por cuanto no cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

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

Realizo un recuento de la procedibilidad de la acción de tutela, el requisitos de la subsidiariedad, que si bien el accionante puede acudir a la vía ordinaria este medio no sería eficaz para conseguir lo pretendido dada la patología que padece que es *“cáncer cerebeloso metastásico al cerebro y al pulmón y síndrome convulsivo”*, existe un riesgo inminente a su vida, integridad

encontrándose en una posición de debilidad manifiesta por su estado de salud, además manifiesta que se encuentra afectado su mínimo vital, por tanto él y su núcleo familiar dependen de su salario, presunción que se entiende cierta pues no fue desvirtuada por la entidad demandada.

Que respecto al derecho de petición el accionante allegó pruebas de la radicación del mismo ante Colpensiones el día 11 de agosto de 2021 donde solicitó el reconocimiento y pago de las incapacidades a partir del día 180, sin que dicha entidad hubiese allegado constancia de respuesta a dicha petición, al contrario, manifestó que no tiene solicitud pendiente por tramitar a nombre del peticionario, encontrando vulneración al derecho de petición del demandante al igual que al derecho a la seguridad social y al mínimo vital.

Que la Nueva EPS demostró a ese despacho que trasladó en debida forma el concepto de rehabilitación desfavorable a la administradora de pensiones, remitiéndolo a la dirección de correo electrónico contacto@colpensiones.gov.co, el 22 de febrero de 2021, fecha a partir de la cual Colpensiones debió iniciar el proceso de calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado y la consecuente pensión de invalidez.

Que el municipio de Toledo y la Nueva EPS, demostraron haber cumplido a cabalidad con las gestiones pertinentes para garantizar el debido proceso del demandante. En consecuencia, tuteló los derechos fundamentales del señor Julio Cesar Zapata Molina, ordenando a Colpensiones le sea contestado el derecho de petición presentado desde el pasado 11 de agosto de 2021, aunado a ello el reconocimiento y pago de los subsidios de incapacidad dejados de cancelar causados a partir del día 180 hasta el día 540 de incapacidad continúa según prescripción médica o hasta que le sea reconocida la pensión de invalidez, si a ello hubiere lugar.

De igual manera, ordenó a Colpensiones procediera de inmediato a realizar el dictamen de la pérdida de capacidad laboral al afiliado Julio Cesar Zapata Molina con miras a otorgarle la pensión de invalidez de ser procedente.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, la directora de acciones constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, impugnó la misma y para sustentar el recurso comenzó relatando que no encontró solicitud radicada por el señor Julio Cesar Zapata para el pago de la solicitud de determinación del subsidio por incapacidad. Que, en cuanto a la solicitud de valoración de la pérdida de capacidad laboral, aun se encuentra dentro del término legal para dar respuesta a la misma, que una vez recibida dicha solicitud procedieron a estudiar los elementos aportados para definir la calificación, pues se hace necesario contar con una serie de información relacionada para pronunciarse respecto al estado del afiliado y su condición médica y funcional.

Arguye que no tiene conocimiento si las incapacidades fueron reconocida o pagadas, con el fin de evitar un pago doble requiere un certificado de relación de incapacidades actualizado para establecer su estado actual.

Indica que el motivo de inconformidad del afiliado versa sobre la solicitud del trámite de valoración de la pérdida de capacidad laboral radicada desde el 11 de agosto de 2021 y conforme a lo reseñado en la resolución 343 de 2017 proferida por esa entidad aún se encuentra en término para dar respuesta por lo que la acción de tutela debe declararse improcedente.

Que la EPS no cumplió con la obligación de emitir y notificar el concepto de rehabilitación a la administradora de pensiones antes del día 150, es por esto que debe cancelar de sus propios recursos las incapacidades que se sigan generando desde el día 181 hasta que se emita dicho concepto. Una vez la administradora disponga del concepto de calificación desfavorable proceda a calificar la pérdida de capacidad del afiliado.

Que si bien es dable que las administradoras de pensiones reconozcan y paguen las incapacidades que por enfermedad común y continúa entre el día

181 y 540, siempre y cuando cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS.

Solicita se revoque el fallo de primera instancia, por tanto, la acción de tutela no cumple con el requisito de procedibilidad, tampoco se demostró la vulneración de derechos fundamentales por parte de Colpensiones, pues en su sentir la entidad que representa ha actuado con diligencia y en debida forma de acuerdo a sus competencias.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó el señor Julio Cesar Zapata Molina, el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente conculcados por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en el caso en concreto se presenta vulneración a derechos fundamentales del señor Julio Cesar Zapata Molina, al omitir el reconocimiento y pago del dinero producto de unas incapacidades generadas por enfermedad común, o por el contrario tal como expone el apoderado judicial de Colpensiones no es procedente su reconocimiento vía acción constitucional. Además, se deberá establecer si es procedente ordenar la práctica de manera prioritaria de la calificación de la pérdida de capacidad laboral al afiliado Zapata Molina.

3. 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.

Sea lo primero señalar que frente a las incapacidades que expresa el señor Zapata Molina no le han sido reconocidas ni canceladas, tiene para decir la Sala que la acción de tutela, en principio, no es el mecanismo para el reconocimiento o pago de prestaciones económicas, pues dicha acción Constitucional ha sido diseñada para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

También es criterio aceptado que la acción de tutela es improcedente, si los derechos fundamentales que se estiman vulnerados pueden ser protegidos mediante los mecanismos ordinarios de defensa dispuestos por el ordenamiento jurídico, de allí el carácter residual y subsidiario de esta acción constitucional.

No obstante, la propia norma Constitucional reconoce que la tutela puede operar como mecanismo transitorio de protección si, a pesar de existir otros medios judiciales de defensa, éstos no tienen la suficiente eficiencia para precaver el daño. En otros términos, el perjuicio irremediable es factor determinante en la procedibilidad de la acción, de acuerdo con lo dispuesto en

las normas constitucionales, así como en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

Del anterior contexto, se extrae que, el amparo incoado no sería procedente para obtener el pago de prestaciones económicas. Ello, por cuanto el ordenamiento jurídico dispone de una completa serie de recursos y procedimientos para lograr ese fin, no siendo legítimo que se acuda a una vía excepcional y urgente como la acción de tutela para perseguirlo. Admitir lo anterior conduciría, como mínimo, a que los jueces de tutela invadieran competencias ajenas, duplicando las funciones de la Administración y confundiendo los cauces ordinarios por los que deben resolverse los conflictos jurídicos.

Sobre este tema la Corte Constitucional en sentencia T-020 del 05 de febrero del 2018, ha señalado:

“5. Procedencia excepcional de la acción de tutela en asuntos relacionados con el pago de incapacidades. Reiteración de jurisprudencia[42]”

“5.1. El supuesto de subsidiariedad que integra la acción de tutela se observa en el artículo 86 de la Constitución, y condiciona la procedencia excepcional a que el interesado no disponga de otro medio judicial para defender los derechos invocados[43]. Establece como excepción el que se pretenda su uso para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

Más adelante agregó:

“5.3. Adicional a lo anterior, esta Corte ha sostenido, en principio, que a la jurisdicción ordinaria le corresponde resolver las controversias laborales, y que la procedibilidad de la acción de tutela resulta justificada cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital y a la vida digna cuando constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar. Así, en la citada T-909 de 2010 se expuso:”

“... la Corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor.”

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.”

“Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo

exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”[52].

“La actuación subsidiaria al mecanismo ordinario se fundamenta en dos situaciones a saber, la afectación inminente de derechos fundamentales, y lo efectivo del medio frente al agotamiento de las vías ordinarias azas ineficaces. Rememoró que en los eventos en que la acción u omisión invade prerrogativas de esa estirpe (fundamental), la acción de tutela procede no solo como mecanismo transitorio, sino definitivo[53].”

“La probanza de esa trasgresión del derecho al mínimo vital exige únicamente la afirmación que el accionante presente en ese sentido, cuando no es desvirtuada en el trámite[54]. Para sustentar lo enunciado resulta oportuno evocar lo dicho en anterior pronunciamiento[55] respecto de que:”

“3.4. Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.”

*“Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica **no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.[56]”***

*“3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela **indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto”.** (Esta Sala subraya).”*

De acuerdo a lo anterior, se tiene que sin duda alguna para que proceda este mecanismo excepcional para el pago de acreencias laborales, dice la Corte, debe demostrar el demandante de que, ante el no reconocimiento y pago de las incapacidades prescritas por el médico tratante, se está poniendo en riesgo no solo su mínimo vital sino también el de su núcleo familiar, tal como sucede en el presente caso, pues el señor Julio Cesar Zapata Molina refiere que esas incapacidades son el sustento propio y de su familia y ante su ausencia resulta

afectado su mínimo vital, además recuérdese que el afiliado se encuentra en delicado estado de salud.

Ahora, en el caso bajo estudio se tiene que el señor Julio Cesar Zapata Molina presenta el siguiente diagnóstico médico: *“tumor maligno de cerebelo”*, por lo cual desde el 4 de noviembre de 2020 ha sido incapacitado y no le ha sido posible reiniciar su actividad laboral.

Respecto al tema de la competencia para el pago de las incapacidades, la Corte Constitucional por medio de la sentencia T-161 de 2019, señaló lo siguiente:

“Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005^[81] para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS^[82].

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto^[83].

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.”

Reclama el accionante el pago de unas incapacidades prescritas por su médico tratante generadas a partir del día 181 hasta la fecha, es cierto que las incapacidades prescritas por el médico tratante en los días posteriores al día

181 corresponden su reconocimiento al fondo de pensiones, que para el presente caso es la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

De lo anterior resulta necesario manifestar que se avizora dentro del material probatorio, puntualmente en la respuesta brindada por la entidad promotora de salud Nueva EPS, que efectivamente comunicó el concepto de rehabilitación desfavorable al fondo de pensiones, el cual fue remitido a la dirección de correo electrónico contacto@colpensiones.gov.co.

En síntesis, una vez conocido el concepto de rehabilitación desfavorable del señor Zapata Molina y la debida notificación al fondo de pensiones a través de la dirección electrónica, se deriva que la entidad promotora de salud Nueva EPS, cumplió con la obligación de notificar al fondo de pensiones el concepto de rehabilitación desfavorable calendado el día 16 de febrero de 2021, notificado a Colpensiones el día 22 de febrero del presente año. Correspondiendo a la administradora del fondo de pensiones practicarle al señor Zapata Molina de manera prioritaria la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

En ese orden de ideas, esta Sala CONFIRMA en su integridad el fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Antioquia) el pasado 23 de septiembre del 2021.

Sentencia 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: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido el pasado 23 de septiembre de 2021, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos

(Antioquia), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente decisión se realizará conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

bacfb62f86206b849420f54cea0f376e7764526e9febea867e717b383b80277b

Documento generado en 03/11/2021 04:27:38 PM

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