

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

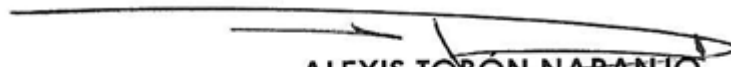
ESTADO ELECTRÓNICO 216

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

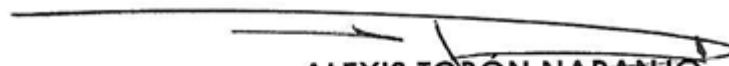
Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021-1634-1	Consulta a desacato	INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA	UARIV	Confirma sanción	Diciembre 07 de 2021
2021-1666-1	Consulta a desacato	ÓSCAR DE JESÚS RAMÍREZ GONZÁLEZ	UARIV	revoca sanción impuesta	Diciembre 07 de 2021
2021-1748-1	Consulta a desacato	ELKIN ALBERTO GALLEGO GARCÍA	DIRECCIÓN DE SANIDAD – MEDICINA LABORAL	revoca sanción impuesta	Diciembre 07 de 2021
2021-1844-1	Tutela 1° instancia	MARIO DE JESÚS GRANJA HERRERA	Juzgado 2° Penal del Circuito de Apartado Ant y otro	Niega por improcedente	Diciembre 07 de 2021
2021-1758-1	Tutela 2° instancia	JUAN ANDRES OLIVARES GOMEZ	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1° instancia	Diciembre 07 de 2021
2021-1761-1	Tutela 2° instancia	JAIME ALBERTO ARBOLEDA CARMONA	COOMEVA EPS	revoca fallo de 1° instancia	Diciembre 07 de 2021
2021-0147-2	sentencia 2° instancia	actos sexuales con menor de 14 años	FRANK ROBERT RESTREPO CORREA	Confirma sentencia de 1° instancia	Diciembre 06 de 2021
2021-1826-2	Tutela 1° instancia	JOSÉ ISAÍAS VÁSQUEZ AGUDELO	Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia	Niega por improcedente	Diciembre 06 de 2021
2016-2580-4	sentencia 2° instancia	Hurto calificado y agravado	Mauricio González	Revoca sentencia de 1° instancia	Diciembre 06 de 2021
2021-0968-5	AUTO LEY 906	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	Juan Andrés Berrio Blandón	Deniega recurso de casación interpuesto	Diciembre 07 de 2021

2021-1835-6	Tutela 1° instancia	BRAHIAN ALEXIS VANEGAS RIVERA	Juzgado 1° de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia y o	Niega por improcedente	Diciembre 07 de 2021
2021-1814-6	auto ley 906	Interés Indevido en la Celebración de Contratos y otros	TORIBIO GIRON DAVID Y OTROS	Se abstiene de resolver recurso	Diciembre 07 de 2021
2021-1871-6	auto ley 906	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	CARLOS ANDRES MONTOYA PUERTA	Confirma auto de 1 instancia	Diciembre 07 de 2021

FIJADO, HOY 09 DE DICIEMBRE DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN-NARANJO
 Secretario

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN-NARANJO
 Secretario

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

Medellín, seis (6) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 170

PROCESO : 2021-1634-1 (050423189001201700096)
ASUNTO : CONSULTA DESACATO
ACCIONANTE : INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA
ACCIONADO : UARIV
PROVIDENCIA : CONFIRMA SANCIÓN

VISTOS

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), el día 31 de agosto de 2021, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela de fecha 17 de abril de 2017, al doctor RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE, Director General de la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS y al señor ENRIQUE ARDILA FRANCO, en su calidad de DIRECTOR TÉCNICO DE REPARACIÓN DE LA UNIDAD.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 17 de abril de 2017, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) resolvió amparar los derechos fundamentales invocados, entre otros, por la señora INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA y, como consecuencia de ello, le ordenó a la UNIDAD ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS, sede Urabá-Darién, que:

“...en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice las diligencias administrativas necesarias para dar respuesta de fondo en forma clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado, dándole a saber a INGRIS PAOLA PALACIOS CHAVERRA (...), la respuesta al derecho de petición elevado por cada uno de los accionantes, ilustrando las razones de hecho y de derecho, decisión que deberá ser debidamente notificada en la dirección que hubiere aportado cada uno de los accionantes con la petición”. (fl. 13)

Se observa dentro de la respectiva sentencia de tutela, que el hecho que generó la demanda se centra en que la accionante, “... el 19 de enero de 2016, solicitó a la unidad de víctimas la ayuda humanitaria, mediante derecho de petición, que recibió respuesta pero no le informan nada, manifiesta que la información es general de la Ley de víctimas, por lo que solicita respuesta su derecho de petición acorde con lo solicitado y se le informe la fecha exacta para ser indemnizada conforme con la Resolución 00090 del 17 de febrero de 2015.”.

Debido al incumplimiento en el fallo de tutela, la accionante presentó incidente de desacato ante el juzgado que profirió la decisión, quien mediante auto del 03 de agosto de 2021, previo a abrir incidente de desacato requirió al señor RAMON ALBERTO RODRIGUEZ ANDRADE, DIRECTOR DE LA UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS o a quien haga sus veces, para que, como superior jerárquico del señor ENRIQUE ARDILA FRANCO, Director Técnico de Reparación de la Unidad para las Víctimas¹, le ordene dentro del término de dos (2) días, dar estricto

¹ “a quien mediante Resolución No 01332 de 1 de abril de 2019; le fuera delegada de forma general, para el trámite y cumplimiento de las acciones constitucionales”

cumplimiento a la orden impartida en la sentencia constitucional, así como también para que abra el respectivo proceso disciplinario en su contra, ya que era éste último el responsable de dar cumplimiento al fallo, conforme al artículo 27 del decreto 2591 de 1991, lo anterior, frente al no acatamiento de la orden. Se les advirtió que de no proceder en tal sentido se daría inicio al trámite incidental para ambos.²

Mediante auto del 10 de agosto de 2021 el despacho dio apertura al trámite incidental, decisión notificada a los doctores RAMON ALBERTO RODRIGUEZ ANDRADE, Director de la UARIV y ENRIQUE ARDILA FRANCO, Director Técnico de Reparación, Bogotá D.C.³.

La entidad accionada no respondió al requerimiento efectuado por el Despacho.

² Para tal efecto se emitió el Oficio 1365 virtual y fue recibido por: "Notificaciones Jurídica UARIV Mié 4/08/2021 7:20 AM Buen día. Confirmando Recibido. Cordialmente, PAULA BECERRA Equipo de Radicación Grupo de Gestión Administrativa y Documental Carrera 85D No 46ª-65 Complejo Logístico San Cayetano, Bogotá www.unidadvictimas.gov.co Notificaciones Jurídica UARIV Notificaciones.juridicaUARIV@unidadvictimas.gov.co Mié 4/08/2021 7:20 AM" remitido por el despacho a: "NOTIFICACION DE AUTO REQUERIMIENTO PREVIO INCIDENTE DESACATO INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA-INTERNO 02445 KB Se completó la entrega a estos destinatarios o grupos, pero el servidor de destino no envió información de notificación de entrega: karen.uariv@gmail.com (karen.uariv@gmail.com) Asunto: NOTIFICACION DE AUTO REQUERIMIENTO PREVIO INCIDENTE DESACATO INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA-I " – Para: " karen.uariv@gmail.com; • NOTIFICACION FALLO UARIV; • Alfonso Hernández Acosta ofico 1366- Req. Previo_.pdf 15 KB ofico 1365- Req. Previo_.pdf 16 KB 2021 -00274 00 (24) Req. Previo - UARIV.pdf 388 KB Tutela Ingrid Paola Palacio Chaverra.pdf 3 MB".

³ Según se observa en pantallazo de comprobante de "NOTIFICACION DE AUTO REQUERIMIENTO PREVIO INCIDENTE DESACATO INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA-INTERNO 024 45 KB Se completó la entrega a estos destinatarios o grupos, pero el servidor de destino no envió información de notificación de entrega: karen.uariv@gmail.com (karen.uariv@gmail.com) Asunto: NOTIFICACION DE AUTO REQUERIMIENTO PREVIO INCIDENTE DESACATO INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA-INTERNO 024 J Juzgado 02 Penal Circuito - Antioquia – Apartadó Mar 10/08/2021 3:56 PM". "NOTIFICACION DE AUTO REQUERIMIENTO PREVIO INCIDENTE DESACATO-INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA-INTERNO 024 Notificaciones Jurídica UARIV Mar 10/08/2021 4:37 PM Buen día. Confirmando Recibido. Cordialmente, PAULA BECERRA Equipo de Radicación Grupo de Gestión Administrativa y Documental Carrera 85D No 46ª-65 Complejo Logístico San Cayetano, Bogotá www.unidadvictimas.gov.co Notificaciones Jurídica UARIV Notificaciones.juridicaUARIV@unidadvictimas.gov.co Mar 10/08/2021 4:37 PM Para: • Juzgado 02 Penal Circuito - Antioquia – Apartadó El mensaje Para: Asunto: NOTIFICACION DE AUTO REQUERIMIENTO PREVIO INCIDENTE DESACATO INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA-INTERNO 024 Enviados: martes, 10 de agosto de 2021 21:37:55 (UTC+00:00) Monrovia, Reykjavik fue leído el martes, 10 de agosto de 2021 21:37:52 (UTC+00:00) Monrovia, Reykjavik. MO Microsoft Outlook Mar 10/08/2021 3:57 PM"

LA DECISIÓN CONSULTADA

El 31 de agosto de 2021, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, resolvió el incidente de desacato, imponiendo sanción de “...diez (10) días de arresto, que purgarán en su residencia, y multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha, a favor del Tesoro Nacional – Consejo Superior de la Judicatura, por desacato al fallo N° 71 proferido el 17 de abril de 2017 emitido por este Despacho e iniciado por la señora INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA, identificada con cédula de ciudadanía con N° 1.027.950.026, quien actúa en nombre propio.” a los doctores RAMON ALBERTO RODRIGUEZ ANDRADE Director de la UARIV y al Doctor ENRIQUE ARDILA FRANCO Director Técnico de Reparación⁴.

A pesar de haber sido informados los sancionados del presente trámite en esta instancia, los mismos no se pronunciaron al respecto⁵.

CONSIDERACIONES

Resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha precisado que el incidente de desacato no tiene como única o principal finalidad la

⁴ NOTIFICACION DE AUTO SANCIONA DESACATO INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA-INTERNO 024- Notificaciones Juridica UARIV Vie 3/09/2021 10:49 AM Buen día, Confirmando recibido. Cordialmente, Jhonatan Rodriguez Equipo de Radicación Grupo de Gestión Administrativa y Documental Carrera 85D No 46ª-65 Complejo Logístico San Cayetano, Bogotá

www.unidadvictimas.gov.co Notificaciones Jurídica

UARIV Notificaciones.juridicaUARIV@unidadvictimas.gov.co Vie 3/09/2021 10:16 AM Para • Juzgado 02 Penal Circuito - Antioquia - Apartadó

⁵ RE: URGENTE...COMUNICO Oficio de consulta de desacato rad. NI 2021-1634-1 (ACUSE RECIBIDO) Notificaciones Juridica UARIV <Notificaciones.juridicaUARIV@unidadvictimas.gov.co> Jue 21/10/2021 10:00 AM

Para: Secretaria Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Seccional Medellín secsptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co Buen día. Confirmando Recibido, link primera instancia no abre Cordialmente, DIANA GIL C-Equipo de Radicación Grupo de Gestión Administrativa y Documental Carrera 85D No 46ª-65 Complejo Logístico San Cayetano, Bogotá www.unidadvictimas.gov.co

imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla, sin perjuicio, obviamente, de que en ocasiones el incumplimiento del fallo comporte sancionar al funcionario renuente.

Entendido el alcance de la decisión que asume el juez constitucional, como la manifestación clara y expresa frente a la protección inmediata de derechos fundamentales, resulta razonable señalar que al producirse una decisión sancionatoria originada por el incumplimiento de tal orden y ser sometida al grado de jurisdicción llamado consulta, el objeto se encuentra centrado a determinar si en verdad existió incumplimiento, en los términos y condiciones señalados en la sentencia correspondiente, lo que de suyo no se erige como un medio de impugnación, de ahí que en el incidente de desacato no queda otra alternativa que confrontar la perentoria orden constitucional con los actos de cumplimiento y la disposición del accionado para proceder en tal sentido, aclarando eso sí, que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”*⁶.

En efecto, en punto del cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela se diferencian dos situaciones así: La primera, el incumplimiento, que puede ser producto de diversos factores de índole logística, administrativa, presupuestal, fuerza mayor, otros; la segunda, el desacato, que evidencia una actitud consciente del funcionario a quien le fue dada la orden encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor, en el sentido de sustraerse arbitraria y caprichosamente a proceder de conformidad con lo dispuesto, *“como si*

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

*se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de la autoridad judicial*⁷.

Igualmente, se ha puntualizado que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”*⁸.

En el presente caso, dentro de la sentencia de tutela se evidenció que la accionante elevó *“...a la unidad de víctimas la ayuda humanitaria, mediante derecho de petición, (...) respuesta su derecho de petición acorde con lo solicitado y se le informe la fecha exacta para ser indemnizada conforme con la Resolución 00090 del 17 de febrero de 2015.”*

La decisión impartida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, radicó en ordenar:

“...a la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VICTIMAS, sede Urabá-Darién, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice las diligencias administrativas necesarias para dar respuesta de fondo en forma clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado, dándole a saber a INGRIS PAOLA PALACIOS CHAVERRA (...), la respuesta al derecho de petición elevado por cada uno de los accionantes, ilustrando las razones de hecho y de derecho, decisión que deberá ser debidamente notificada en la dirección que hubiere aportado cada uno de los accionantes con la petición”. (fl. 13)

⁷ CSJ, Sala Penal. Providencia del 12 de noviembre de 2003, Radicado 15116.

⁸ CSJ, Sala Penal. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

La accionante presentó incidente de desacato y no obstante haberse informado del respectivo trámite a los doctores RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE, Director de la UARIV y Doctor ENRIQUE ARDILA FRANCO, Director Técnico de Reparación, a través del correo institucional que tiene la entidad accionada para tal efecto⁹, no procedieron a informar sobre el efectivo cumplimiento del fallo de tutela.

Significa entonces que el doctor RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE y el Doctor ENRIQUE ARDILA FRANCO, están en desacato a la orden judicial y se han sustraído sin causa alguna del cumplimiento de la decisión, conducta que puede estimarse dolosa, dado que fueron notificados de cada una de las actuaciones dentro de este trámite y si bien en el grado de consulta se informó por parte de la entidad que el link de la primera instancia no abría, dentro del oficio que fuera enviado se hizo referencia a los datos correspondientes del trámite¹⁰ y a pesar de ello, no brindaron respuesta alguna, sumándose a lo anterior, la orden impartida por el Juez de tutela, data del 17 de abril de 2017, concluyéndose que tuvo bastante tiempo la accionada para dar trámite a una actuación que le es propia.

⁹ Notificaciones.juridicaUARIV@unidadvictimas.gov.co

¹⁰ “...Incidentista: INGRID PAOLA PALACIOS CHAVERRA Me permito comunicarle que en la fecha esta Corporación asumió el conocimiento conforme con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, del trámite de CONSULTA frente a la sanción que le fuera impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, el 31 de agosto de 2021, en el incidente por desacato de la sentencia de tutela proferida el 17 de abril de 2017, dentro de la acción promovida por la parte actora de la referencia. Lo anterior, por si considera pertinente ejercer el derecho de contradicción”.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia 75786 del 11 de septiembre de 2014¹¹, al resolver una consulta de incidente de desacato expuso:

“Indudablemente, la orden impartida en sede de tutela es de obligatorio acatamiento por la autoridad llamada a cumplirla, por tanto, debe hacerlo dentro del término perentorio establecido en el fallo respectivo. Si no ocurre así, además de continuar vulnerando el derecho o derechos fundamentales objeto de amparo, se desconoce la providencia mediante la cual se protegieron dichas garantías.

En torno de dicha situación y de conformidad con los principios de eficacia y efectividad, el ordenamiento jurídico radicó en cabeza del juez constitucional las facultades necesarias para obtener el cumplimiento material de la orden respectiva y sancionar por desacato al funcionario que la ha incumplido injustificadamente.

En salvaguarda de la inmediatez que debe existir entre la vulneración o amenaza del derecho constitucional prohijado y la efectividad del amparo aplicado por la jurisdicción de tutela, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 prevé:

Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Por su parte, el artículo 52 del mismo plexo normativo consagra el instituto jurídico conocido como *desacato*, el cual opera cuando,

¹¹ ATP5450-2014. M.P. María del Rosario González Muñoz

La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

Así las cosas, es evidente que la ley ofrece dos vías que, aunque diferentes, son complementarias y están orientadas a obtener el restablecimiento del derecho conculcado o la respuesta ante su amenaza. De esta manera, la persona que estima incumplido el fallo respectivo puede solicitar a la autoridad judicial que lo profirió, cualquiera de estas opciones o las dos.

Ante ello, el juez constitucional debe proceder en su orden -según se desprende de la interpretación del artículo 27 del decreto en cita- a ejecutar los procedimientos respectivos para obtener el cumplimiento de la orden de tutela, pues su competencia se mantiene hasta cuando sea completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

Por ello, la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-939 del 2005 y en el auto No. 122, del 5 de abril del 2006, precisó lo siguiente:

El marco reglamentario de la acción de tutela consagra entonces, un conjunto de facultades y –también- el punto cardinal conforme al cual podemos derivar un conducto regular desde donde el juez podrá determinar si es necesario, como última ratio, el inicio del incidente de desacato. Por supuesto, conforme a lo anterior encontramos que dentro de las obligaciones del juez de primera instancia se encuentra, en primera medida, verificar el cumplimiento del fallo y luego sí, podrá evaluar la necesidad de evacuar los demás recursos consignados en el artículo 27 y, en caso de considerarlo necesario, acudir al desacato. Ahora bien, dentro de este último evento es necesario tener en cuenta, que su trámite no puede desconocer las garantías inherentes al debido proceso y el derecho de defensa, es decir, la brevedad del mismo no puede ser óbice para menguar derechos fundamentales. Sería contradictorio y lesivo de la propia Carta que los mecanismos que sirven de apoyo para asegurar la realización de una tutela, constituyeran medios para vulnerar los

derechos fundamentales de aquellos que deben cumplir la orden de amparo constitucional. (Subrayas propias)".

La Corte Constitucional, respecto al mismo tema, ha sostenido que el objeto principal del incidente de desacato no es la sanción en sí misma, sino persuadir al responsable para que cumpla la orden constitucional¹²:

"(...) El objeto del incidente de desacato, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en sí misma sino una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia.

En el presente caso, se constata la carencia de pruebas que den cuenta del cumplimiento al fallo de tutela y por tanto puede afirmarse sin lugar a dudas que se está desconociendo la orden constitucional emitida el 17 de abril de 2017 y no hay justificación válida para no haberla acatado, lo que implica que la decisión proferida el 31 de agosto de 2021, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, deba ser confirmada respecto de los doctores RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE, Director de la UARIV y ENRIQUE ARDILA FRANCO, Director Técnico de Reparación, pues los mismos no allegaron pruebas que justifiquen válidamente el incumplimiento al fallo de tutela, ni mucho menos haber acreditado u ordenado su cumplimiento, por lo que puede hablarse de una conducta dolosa encaminada a sustraerse de manera deliberada del cumplimiento de la decisión y no le queda más a esta Judicatura que confirmar la sanción impuesta.

¹² Sentencia T-421 de 2003

No obstante, como la sanción debe ser proporcional a la naturaleza del derecho constitucional vulnerado y el daño causado, se modificará en el sentido de imponer a cada uno de los sancionados sanción de arresto por tres días y multa por un salario mínimo legal mensual vigente.

Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen para que realice las actuaciones tendientes al cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela y para que se haga efectiva la respectiva sanción.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato al Director General de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, doctor RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE y al doctor ENRIQUE ARDILA FRANCO, Director Técnico de Reparación, con la siguiente MODIFICACIÓN: la sanción se impone por tres (03) días de arresto domiciliario y multa de un (01) salario mínimo legal mensual vigente, a cada uno de los mencionados por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 17 de abril de 2017.

SEGUNDO: Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen¹³ para los fines pertinentes.

Notifíquese a las partes lo resuelto y devuélvase donde está ordenado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

En licencia
LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
Magistrado

Firmado Por:

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

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

¹³ Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, 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:

**08819275fbbfca3e772b8852d2e21fef76f24477d0f9170aab4597102e
a9ff99**

Documento generado en 07/12/2021 01:48:03 PM

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

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

Medellín, seis (6) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 170

PROCESO : 2021-1666-1 (05 615 31 04 002 2021 00078-00)
ASUNTO : CONSULTA DESACATO
ACCIONANTE : ÓSCAR DE JESÚS RAMÍREZ GONZÁLEZ
ACCIONADO : UARIV
PROVIDENCIA : REVOCA SANCIÓN

VISTOS

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), el día 21 de octubre de 2021, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela de fecha 17 de septiembre de 2021, al doctor RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE, Director General de la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 17 de septiembre de 2021, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por el ÓSCAR DE JESÚS RAMÍREZ GONZÁLEZ y, como consecuencia de ello, le ordenó a la UNIDAD ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS, que:

“...se ordena a la accionada que en un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a dar respuesta y de fondo sobre el porcentaje o valor reconocido en salarios mínimos, así como si estos se liquidan al año 2013 o 2021 y los términos con que cuenta la entidad para su pago, luego del cumplimiento de los requisitos exigidos a la parte actora.”

Debido al incumplimiento en el fallo de tutela, el accionante presentó incidente de desacato ante el juzgado que profirió la decisión, quien, mediante auto del 05 de octubre de 2021, previo a abrir incidente de desacato, requirió al Representante Legal de LA UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VICTIMAS para dar estricto cumplimiento a la orden impartida en la sentencia constitucional¹

Mediante auto del 14 de octubre de 2021 el despacho dio apertura al trámite incidental en contra del Representante Legal de la entidad, decisión notificada a través del respectivo correo institucional².

La entidad accionada no respondió al requerimiento efectuado por el Despacho.

LA DECISIÓN CONSULTADA

El 21 de octubre de 2021, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, resolvió el incidente de desacato, imponiendo

¹ Para tal efecto se remitió el respectivo auto y el escrito contentivo de la solicitud de apertura de incidente de desacato promovido por el accionante, a la dirección de correo electrónico: Para: Alfonso Hernández Acosta <notificaciones.juridicauariv@unidadvictimas.gov.co>; personeria@rionegro.gov.co <personeria@rionegro.gov.co>”

² APERTURA INCIDENTE DE DESACATO

Juzgado 02 Penal Circuito - Antioquia - Rionegro <rioj02pctoj@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 15/10/2021 9:23 AM

Para: Alfonso Hernández Acosta <notificaciones.juridicauariv@unidadvictimas.gov.co>;
personeria@rionegro.gov.co
<personeria@rionegro.gov.co>

sanción de “...de tres (3) días de arresto y multa por valor de tres (3) SMLMV, en disfavor del mencionado. La multa debe pagarse a favor del Consejo Superior de la Judicatura, en la respectiva subcuenta.” al doctor RAMON ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE Director de la UARIV.

Si bien la entidad accionada remitió respuesta en la que daba cuenta del cumplimiento del fallo constitucional, la misma se allegó de manera extemporánea, luego de haberse emitido la sanción.

Al momento de recibirse el trámite incidental por parte de esta Corporación en el grado de Consulta, se procedió a oficiar al sancionado con el fin de que se pronunciara en ejercicio del derecho de contradicción, quien, mediante escrito advirtió que en cumplimiento de la orden emitida en el fallo de tutela se le envió respuesta al señor ÓSCAR DE JESÚS RAMÍREZ GONZÁLEZ en la que se le informa que el porcentaje al cual tiene derecho por concepto de indemnización es del “16.670.000.000.000.000” que fue reintegrado en el año 2013 porque el destinatario no realizó el cobro. Además, que: “...se estima fecha de colocación de los recursos por concepto de Indemnización Administrativa por DESAPARICION FORZADA de CLARA ESTER RAMIREZ GONZALEZ, el 31 de Diciembre del 2021.”³

CONSIDERACIONES

Resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha precisado que el incidente de desacato no tiene como única o principal finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es

³ Se envió por parte de la entidad accionada constancia de remisión de respuesta al correo electrónico aportado por el accionante dentro del incidente de desacato tal como se puede confrontar con el escrito de solicitud de apertura de incidente y en el anexo a la respuesta enviada por la entidad. .

que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla, sin perjuicio, obviamente, de que en ocasiones el incumplimiento del fallo comporte sancionar al funcionario renuente.

Entendido el alcance de la decisión que asume el juez constitucional, como la manifestación clara y expresa frente a la protección inmediata de derechos fundamentales, resulta razonable señalar que al producirse una decisión sancionatoria originada por el incumplimiento de tal orden y ser sometida al grado de jurisdicción llamado consulta, el objeto se encuentra centrado a determinar si en verdad existió incumplimiento, en los términos y condiciones señalados en la sentencia correspondiente, lo que de suyo no se erige como un medio de impugnación, de ahí que en el incidente de desacato no queda otra alternativa que confrontar la perentoria orden constitucional con los actos de cumplimiento y la disposición del accionado para proceder en tal sentido, aclarando eso sí, que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”*⁴.

En efecto, en punto del cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela se diferencian dos situaciones así: La primera, el incumplimiento, que puede ser producto de diversos factores de índole logística, administrativa, presupuestal, fuerza mayor, otros; la segunda, el desacato, que evidencia una actitud consciente del funcionario a quien le fue dada la orden encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor, en el sentido de sustraerse arbitraria y caprichosamente a proceder de conformidad con lo dispuesto, *“como si*

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

*se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de la autoridad judicial*⁵.

Igualmente, se ha puntualizado que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”*⁶.

Para el presente caso, el accionante presentó incidente de desacato y dentro del trámite, la entidad accionada dio cuenta del cumplimiento del fallo al haberle remitido respuesta en los términos en que le fue dada la orden: pues le explicó al peticionario que el porcentaje al cual tiene derecho por concepto de indemnización es del “16.670.000.000.000.000” mismo que fuera reintegrado en el año 2013 porque el destinatario no realizó el cobro. Además, que: “...se estima fecha de colocación de los recursos por concepto de Indemnización Administrativa por DESAPARICION FORZADA de CLARA ESTER RAMIREZ GONZALEZ, el 31 de Diciembre del 2021.”⁷

Significa entonces que el doctor RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE si bien se sustrajo del cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela, posterior al trámite incidental, procedió a acatarlo.

⁵ CSJ, Sala Penal. Providencia del 12 de noviembre de 2003, Radicado 15116.

⁶ CSJ, Sala Penal. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

⁷ Se envió por parte de la entidad accionada constancia de remisión de respuesta al correo electrónico aportado por el accionante dentro del incidente de desacato tal como se puede confrontar con el escrito de solicitud de apertura de incidente y en el anexo a la respuesta enviada por la entidad de fecha 22 de octubre de 2021.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia 75786 del 11 de septiembre de 2014⁸, al resolver una consulta de incidente de desacato expuso:

“Indudablemente, la orden impartida en sede de tutela es de obligatorio acatamiento por la autoridad llamada a cumplirla, por tanto, debe hacerlo dentro del término perentorio establecido en el fallo respectivo. Si no ocurre así, además de continuar vulnerando el derecho o derechos fundamentales objeto de amparo, se desconoce la providencia mediante la cual se protegieron dichas garantías.

En torno de dicha situación y de conformidad con los principios de eficacia y efectividad, el ordenamiento jurídico radicó en cabeza del juez constitucional las facultades necesarias para obtener el cumplimiento material de la orden respectiva y sancionar por desacato al funcionario que la ha incumplido injustificadamente.

En salvaguarda de la inmediatez que debe existir entre la vulneración o amenaza del derecho constitucional prohijado y la efectividad del amparo aplicado por la jurisdicción de tutela, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 prevé:

Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Por su parte, el artículo 52 del mismo plexo normativo consagra el instituto jurídico conocido como *desacato*, el cual opera cuando,

⁸ ATP5450-2014. M.P. María del Rosario González Muñoz

La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

Así las cosas, es evidente que la ley ofrece dos vías que, aunque diferentes, son complementarias y están orientadas a obtener el restablecimiento del derecho conculcado o la respuesta ante su amenaza. De esta manera, la persona que estima incumplido el fallo respectivo puede solicitar a la autoridad judicial que lo profirió, cualquiera de estas opciones o las dos.

Ante ello, el juez constitucional debe proceder en su orden -según se desprende de la interpretación del artículo 27 del decreto en cita- a ejecutar los procedimientos respectivos para obtener el cumplimiento de la orden de tutela, pues su competencia se mantiene hasta cuando sea completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

Por ello, la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-939 del 2005 y en el auto No. 122, del 5 de abril del 2006, precisó lo siguiente:

El marco reglamentario de la acción de tutela consagra entonces, un conjunto de facultades y –también- el punto cardinal conforme al cual podemos derivar un conducto regular desde donde el juez podrá determinar si es necesario, como última ratio, el inicio del incidente de desacato. Por supuesto, conforme a lo anterior encontramos que dentro de las obligaciones del juez de primera instancia se encuentra, en primera medida, verificar el cumplimiento del fallo y luego sí, podrá evaluar la necesidad de evacuar los demás recursos consignados en el artículo 27 y, en caso de considerarlo necesario, acudir al desacato. Ahora bien, dentro de este último evento es necesario tener en cuenta, que su trámite no puede desconocer las garantías inherentes al debido proceso y el derecho de defensa, es decir, la brevedad del mismo no puede ser óbice para menguar derechos fundamentales. Sería contradictorio y lesivo de la propia Carta que los mecanismos que sirven de apoyo para asegurar la realización de una tutela, constituyeran medios para vulnerar los

derechos fundamentales de aquellos que deben cumplir la orden de amparo constitucional. (Subrayas propias)”.

La Corte Constitucional, respecto al mismo tema, ha sostenido que el objeto principal del incidente de desacato no es la sanción en sí misma, sino persuadir al responsable para que cumpla la orden constitucional⁹:

“(…) El objeto del incidente de desacato, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en sí misma sino una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia.

En el presente caso, se cuenta con elementos de pruebas que constatan el cumplimiento al fallo de tutela por parte de la entidad y si bien la información correspondiente fue tardía, ya que se efectuó luego de imponérsele una sanción al representante legal, lo cierto es que logró por ahora verificarse su observancia que es lo que en últimas busca este trámite constitucional, lo que implica que la decisión proferida el 21 de octubre de 2021, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, deba ser revocada respecto del doctor RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE, Director de la UARIV pues efectivamente se allegaron pruebas que acreditan el cumplimiento de lo ordenado “...dar respuesta y de fondo sobre el porcentaje o valor reconocido en salarios mínimos, así como si estos se liquidan al año 2013 o 2021 y los términos con que cuenta la entidad para su pago, luego del cumplimiento de los requisitos exigidos a la parte actora.”, por lo que puede hablarse que se está ante un hecho superado y por tanto es necesario revocar la sanción.

⁹ Sentencia T-421 de 2003

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato al Director General de la Unidad Administrativa Especial para la Atención, doctor RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE, a la pena de TRES (3) días de arresto y multa de TRES (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 17 de septiembre de 2021.

SEGUNDO: Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen¹⁰ para los fines pertinentes.

Notifíquese a las partes lo resuelto y devuélvase donde está ordenado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

En licencia
LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
Magistrado

¹⁰ Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia

Firmado Por:

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

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

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:
**5308d921b00d564b2d32e309e871f673aef5f1fa7086ec14e74f7e54a5
0ce55f**

Documento generado en 07/12/2021 01:47:47 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 170

PROCESO : 2021-1748-1 (051013104001.202100156)
ASUNTO : CONSULTA DESACATO
ACCIONANTE : OLGA PATRICIA GARCIA RUIZ
AFECTADO : **ELKIN ALBERTO GALLEGO GARCÍA**
ACCIONADO : EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE
SANIDAD – MEDICINA LABORAL
PROVIDENCIA : REVOCA SANCIÓN

V I S T O S

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar (Antioquia), el día 28 de octubre de 2021, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela del 11 de agosto de 2021, y mediante la cual se dispuso: “*IMPONER a la Teniente Coronel AMPARO LOPEZ PICO, responsable de la OFICINA DE MEDICINA LABORAL MILITAR, sanción por desacato consistente en tres (03) días de arresto y multa de tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes que deberá consignar en favor del Consejo Superior de la Judicatura*” y en igual sentido, “*...al Brigadier General CARLOS ALBERTO RINCON ARANGO, es decir, tres (03) días de arresto y multa de tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes que deberá consignar en favor del Consejo Superior*”.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 11 de agosto de 2021, el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar (Antioquia) resolvió amparar los

derechos fundamentales invocados por “la señora OLGA PATRICIA GARCIA RUIZ identificada con cédula de ciudadanía N°43.727.862 quien actuó en nombre propio y en representación de su hijo, ELKIN ALBERTO GALLEGO GARCÍA, frente a la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL Y SU OFICINA DE MEDICINA LABORAL” y, como consecuencia de ello se le ordenó:

“...al director de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y a la Directora de la oficina de Medicina Laboral del Ejército Nacional o quienes hagan sus veces, que procedan dentro del término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de este fallo gestionar, autorizar y realizar al señor ELKIN ALBERTO GALLEGO GARCIA, la junta médica laboral para determinar definitivamente, la calificación de pérdida de capacidad laboral o de invalidez. Se advierte que la omisión o incumplimiento a lo ordenado en este fallo de tutela, le hará merecedor a las sanciones legales por DESACATO”

Debido al incumplimiento en el fallo de tutela, la accionante presentó incidente de desacato ante el juzgado que profirió la decisión, quien, mediante auto del 08 de septiembre de 2021, previo a abrir incidente de desacato, requirió al EJÉRCITO NACIONAL – OFICINA DE MEDICINA LABORAL-, en cabeza de la Teniente Coronel AMPARO LOPEZ PICO y a “...los superiores en línea de mando: Brigadier General CARLOS ALBERTO RINCON ARANGO -Dirección de Sanidad - Medicina Laboral del Ejército Nacional y al Mayor General HUGO ALEJANDRO LÓPEZ BARRETO -Dirección General de Sanidad Militar-, adelanten las gestiones pertinentes para originar y vigilar el cumplimiento de los subalternos, del fallo incidentado¹

La entidad accionada a pesar de haber remitido respuesta, la misma no daba fe del cumplimiento de lo ordenado en el fallo.

¹ Para tal efecto se remitió el oficio 547 del 08 de septiembre de 2021: "Juzgado 01 Penal Circuito - Antioquia - Ciudad Bolívar
Jue 9/09/2021 9:05 AM Para: msjmlbcoper@ejercito.mil.co; juridicadisan@ejercito.mil.co;
notificacionesDGSM@sanidadfuerzasmilitares.mil.co; Olga Patricia García Ruiz
<yquieroamihijo2011@hotmail.com>; karen.montagut@ejercito.mil.co; luz.daza@ejercito.mil.co

Mediante auto del 29 de septiembre de 2021 el despacho dio apertura al trámite incidental en contra de “la DIRECCION DE SANIDAD –MEDICINA LABORAL-, toda vez que pese a la comunicación de la demandada, dentro de la tutela 2021-00117, aún no se ha materializado la orden a la parte demandante, porque ello al parecer, sólo se verificará a través de CITA POR VIDEOLLAMADA el 8 de octubre de 2021, lo que significa que, la entidad luego de un mes y medio no ha materializado la atención que se ordenó en el fallo de la tutela, emitida por el despacho el 11 de agosto de 2021” y “como superiores en línea de mando al Brigadier General CARLOS ALBERTO RINCON ARANGO -director de Sanidad-Medicina Laboral del Ejercito Nacional-, al Mayor General HUGO ALEJANDRO LÓPEZ BARRETO -Dirección General de Sanidad Militar- y, al Mayor General MAURICIO MORENO RODRIGUEZ -Comandante Personal del Ejército Nacional-, o quienes hagan sus veces.”. La decisión notificada a través del respectivo correo institucional².

LA DECISIÓN CONSULTADA

El 28 de octubre de 2021, el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, Antioquia, resolvió el incidente de desacato, imponiendo “...a la Teniente Coronel AMPARO LOPEZ PICO, responsable de la OFICINA DE MEDICINA LABORAL MILITAR, sanción por desacato consistente en tres (03) días de arresto y multa de tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes que deberá consignar en favor del Consejo Superior de la Judicatura” y “al Brigadier General CARLOS ALBERTO RINCON ARANGO, similar sanción por desacato, es decir, tres (03) días de arresto y multa de tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes que deberá consignar en favor del Consejo Superior de la Judicatura, como superior jerárquico.”.

² Mediante Oficio 602 de la misma fecha remitido a: Juzgado 01 Penal Circuito - Antioquia - Ciudad Bolívar Mié 29/09/2021 3:25 PM Para: msjmlbcooper@ejercito.mil.co; juridicadisan@ejercito.mil.co; notificacionesDGSM@sanidadfuerzasmilitares.mil.co; notificacion judicial <notificacionjudicial@cgfm.mil.co>; disanejc@ejercito.mil.co; OPS. Sandra Katherine Olaya Buitrago sandra.buitrago@sanidadfuerzasmilitares.mil.co>; amparo.lopez@buzonejercito.mil.co

Si bien la entidad accionada no remitió respuesta en la que diera cuenta del cumplimiento del fallo constitucional, la misma se allegó por parte de la accionante luego de proferirse la sanción:

“Buenos días, de manera atenta y respetuosa me permito informar a su honorable despacho, que el día 30/11/2021 se me notifico del acta de la junta medico laboral a mi hijo ELKIN GALLEGO. Agradezco mucho la intervención de su despacho, pues sin ello no hubiera sido posible obtener la valoración.”.

CONSIDERACIONES

Resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha precisado que el incidente de desacato no tiene como única o principal finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla, sin perjuicio, obviamente, de que en ocasiones el incumplimiento del fallo comporte sancionar al funcionario renuente.

Entendido el alcance de la decisión que asume el juez constitucional, como la manifestación clara y expresa frente a la protección inmediata de derechos fundamentales, resulta razonable señalar que al producirse una decisión sancionatoria originada por el incumplimiento de tal orden y ser sometida al grado de jurisdicción llamado consulta, el objeto se encuentra centrado a determinar si en verdad existió incumplimiento, en los términos y condiciones señalados en la sentencia correspondiente, lo que de suyo no se erige como un medio de impugnación, de ahí que en el incidente de desacato no queda otra alternativa que confrontar la perentoria orden constitucional con los actos de cumplimiento y la disposición del accionado para proceder en tal sentido, aclarando eso sí, que *“en materia de desacato la responsabilidad*

personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”³.

En efecto, en punto del cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela se diferencian dos situaciones así: La primera, el incumplimiento, que puede ser producto de diversos factores de índole logística, administrativa, presupuestal, fuerza mayor, otros; la segunda, el desacato, que evidencia una actitud consciente del funcionario a quien le fue dada la orden encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor, en el sentido de sustraerse arbitraria y caprichosamente a proceder de conformidad con lo dispuesto, “*como si se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de la autoridad judicial*”⁴.

Igualmente, se ha puntualizado que “*en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia*”⁵.

Para el presente caso, la accionante presentó incidente de desacato, pero dentro del trámite, la entidad accionada, dio cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela de lo cual dio cuenta la parte actora. Significa entonces que los sancionados si bien se sustrajeron del cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela, posterior al trámite incidental, procedieron a acatarlo.

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

⁴ CSJ, Sala Penal. Providencia del 12 de noviembre de 2003, Radicado 15116.

⁵ CSJ, Sala Penal. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia 75786 del 11 de septiembre de 2014⁶, al resolver una consulta de incidente de desacato expuso:

“Indudablemente, la orden impartida en sede de tutela es de obligatorio acatamiento por la autoridad llamada a cumplirla, por tanto, debe hacerlo dentro del término perentorio establecido en el fallo respectivo. Si no ocurre así, además de continuar vulnerando el derecho o derechos fundamentales objeto de amparo, se desconoce la providencia mediante la cual se protegieron dichas garantías.

En torno de dicha situación y de conformidad con los principios de eficacia y efectividad, el ordenamiento jurídico radicó en cabeza del juez constitucional las facultades necesarias para obtener el cumplimiento material de la orden respectiva y sancionar por desacato al funcionario que la ha incumplido injustificadamente.

En salvaguarda de la inmediatez que debe existir entre la vulneración o amenaza del derecho constitucional prolijado y la efectividad del amparo aplicado por la jurisdicción de tutela, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 prevé:

Cumplimiento del fallo. *Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.*

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Por su parte, el artículo 52 del mismo plexo normativo consagra el instituto jurídico conocido como *desacato*, el cual opera cuando,

⁶ ATP5450-2014. M.P. María del Rosario González Muñoz

La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

Así las cosas, es evidente que la ley ofrece dos vías que, aunque diferentes, son complementarias y están orientadas a obtener el restablecimiento del derecho conculcado o la respuesta ante su amenaza. De esta manera, la persona que estima incumplido el fallo respectivo puede solicitar a la autoridad judicial que lo profirió, cualquiera de estas opciones o las dos.

Ante ello, el juez constitucional debe proceder en su orden -según se desprende de la interpretación del artículo 27 del decreto en cita- a ejecutar los procedimientos respectivos para obtener el cumplimiento de la orden de tutela, pues su competencia se mantiene hasta cuando sea completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

Por ello, la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-939 del 2005 y en el auto No. 122, del 5 de abril del 2006, precisó lo siguiente:

El marco reglamentario de la acción de tutela consagra entonces, un conjunto de facultades y –también- el punto cardinal conforme al cual podemos derivar un conducto regular desde donde el juez podrá determinar si es necesario, como última ratio, el inicio del incidente de desacato. Por supuesto, conforme a lo anterior encontramos que dentro de las obligaciones del juez de primera instancia se encuentra, en primera medida, verificar el cumplimiento del fallo y luego sí, podrá evaluar la necesidad de evacuar los demás recursos consignados en el artículo 27 y, en caso de considerarlo necesario, acudir al desacato. Ahora bien, dentro de este último evento es necesario tener en cuenta, que su trámite no puede desconocer las garantías inherentes al debido proceso y el derecho de defensa, es decir, la brevedad del mismo no puede ser óbice para menguar derechos fundamentales. Sería contradictorio y lesivo de la propia Carta que los mecanismos que sirven de apoyo para asegurar la realización de una tutela, constituyeran medios para vulnerar los

derechos fundamentales de aquellos que deben cumplir la orden de amparo constitucional. (Subrayas propias)”.

La Corte Constitucional, respecto al mismo tema, ha sostenido que el objeto principal del incidente de desacato no es la sanción en sí misma, sino persuadir al responsable para que cumpla la orden constitucional⁷:

“(…) El objeto del incidente de desacato, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en sí misma sino una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia.

En el presente caso, se cuenta con elementos de pruebas que constatan el cumplimiento al fallo de tutela por parte de la entidad y si bien la información correspondiente fue tardía, ya que se efectuó luego de imponérsele una sanción a los funcionarios encargados de adelantar el respectivo trámite, lo cierto es que se logró verificar a través de la incidentante su observancia que es lo que en últimas busca este trámite constitucional, lo que implica que la decisión proferida el 28 de octubre de 2021, por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, deba ser revocada respecto de la Teniente Coronel AMPARO LÓPEZ PICO y del Brigadier General CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO, pues por parte de la señora OLGA PATRICIA GARCÍA RUIZ se hizo saber a la judicatura sobre el cumplimiento de lo ordenado dentro de la acción constitucional, por lo que puede hablarse que se está ante un hecho superado y por tanto es necesario revocar la sanción.

⁷ Sentencia T-421 de 2003

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato a la Teniente Coronel AMPARO LÓPEZ PICO y al Brigadier General CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO a la pena de TRES (3) días de arresto y multa de TRES (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 11 de agosto de 2021.

SEGUNDO: Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen⁸ para los fines pertinentes.

Notifíquese a las partes lo resuelto y devuélvase donde está ordenado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

En licencia
LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
Magistrado

⁸ Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia

Firmado Por:

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

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

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:
**cd8d6fcbe7d2f7f2dce46fa52f4c570287174c2136d55eacebf57daa34
389cd7**

Documento generado en 07/12/2021 01:47:54 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 170

PROCESO	: 2021-1844-1 (05000-22-04-000-2021-00679)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	MARIO DE JESÚS GRANJA HERRERA
ACCIONADOS	: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ Y OTROS
PROVIDENCIA	: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor MARIO DE JESÚS GRANJA HERRERA en contra del JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA Y FISCALÍA 48 DELEGADA PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL (Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín) por estimar vulnerados sus derechos fundamentales.

Se vinculó al trámite constitucional al DEFENSOR que lo asistió en el trámite y a la VÍCTIMA o al APODERADO DE LA VÍCTIMA por asistirle algún interés en las resultas del proceso. Se vinculó igualmente LOS MAGISTRADOS DE CONTROL DE GARANTÍAS SALA DE JUSTICIA Y PAZ DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, A LA SECRETARIA DEL CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, a la SECRETARÍA DEL CENTRO DE SERVICIOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE NEIVA (HUILA) Y A LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE NEIVA (HUILA).

LA DEMANDA

En síntesis, asevera el señor MARIO DE JESÚS GRANJA HERRERA en su demanda, que es ex militante de las autodefensas Unidas de Colombia y el 25 de noviembre de 2004 se desmovilizó de manera colectiva, siendo postulado a la Ley de Justicia y Paz y capturado el 18 de febrero de 2010, estando recluso 8 años, por lo que una vez reunió los requisitos exigidos por los artículos 18 A y 18 B de la Ley 975 de 2005 solicitó ante el Magistrado de Control de Garantías del Tribunal Superior de Medellín-Sala de Justicia y Paz la sustitución de la medida de aseguramiento, la cual le fue concedida el 19 de febrero de 2018. Asimismo, solicitó la suspensión de las penas proferidas en la justicia ordinaria vigentes para el momento de la solicitud, petición a la cual también accedió el citado Magistrado.

Aduce que el 23 de marzo de 2018 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó lo condenó dentro del proceso radicado 05045310400220130003300 por el delito de homicidio en persona protegida cuya víctima es Jovanny Murillo de la Oz, sentencia que quedó ejecutoriada el 21 de junio de 2018, pudiéndose advertir que dicha sentencia no se había proferido, para el momento en que se realizó la audiencia de suspensión de la ejecución de las penas.

Señala que la pena es vigilada por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia quien emitió orden de captura en su contra, haciéndose efectiva ésta el 6 de noviembre de 2021 en Puerto Asís-Putumayo, cuando se dirigía a su lugar de trabajo.

Establece que los hechos por los que fue condenado se encuentran relacionados con la ejecución de actos delictuales cometidos

durante la militancia en las autodefensas, por lo que es procedente la suspensión de la ejecución de esa pena.

Afirma que concomitante con esta acción presentó solicitud de suspensión de la pena ante el estrado judicial.

En consecuencia, solicita se ordene su libertad inmediata, mientras la Fiscalía 48, como las demás autoridades realizan las aclaraciones y diligencias para que se pueda efectivizar la suspensión de la ejecución de la pena impuesta por el juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó dentro del radicado 05045310400220130003300.

LAS RESPUESTAS

1.- El Fiscal 48 Delegado ante el Tribunal Superior de Medellín-Dirección de Justicia Transicional informó que el actor fue postulado a los beneficios concedidos por el acogimiento a la Ley de Justicia y Paz el 29 de enero de 2008, adelantándose en su contra proceso radicado 110016000253200883256, ha venido rindiendo diligencia de versión libre, confesando hechos cometidos durante su pertenencia al bloque bananero de las autodefensas y por el cual se le han imputado 38 hechos y está a la espera de emisión de sentencia por parte de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín.

Indica que el 19 de febrero de 2018 ante el Magistrado de Control de Garantías del Tribunal Superior de Medellín se celebró audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento detención preventiva en establecimiento carcelario por una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, petición a la cual se accedió e igualmente se solicitó la suspensión condicional de la ejecución de las penas impuestas en la

justicia ordinaria, accediéndose a la suspensión de la ejecución de las penas que se encontraban vigentes a la fecha de la audiencia, sin embargo, no fue objeto de suspensión la sentencia emitida por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó atinente a la víctima de homicidio Jovanny Murillo de la Oz, toda vez que no se había proferido.

Explicó que frente a la suspensión condicional de la ejecución de las penas impuestas en la justicia ordinaria, el artículo 20 de la Ley 1592 de 2012 que introdujo el artículo 18 B de la Ley 975 de 2005, indica la posibilidad que tiene el postulado para solicitar al señor Magistrado de Control de Garantías las respectivas suspensiones, en este caso, la aludida condena proferida en el 2018, por lo que considera que se dará aplicación a esta normatividad, siendo competencia del Magistrado de Control de Garantías ordenar la misma, previa solicitud del postulado y su defensa.

Aclara frente al hecho por el cual fue condenado y que hace alusión, que en el mes de diciembre se realizará imputación para efectos de verdad, toda vez que ya se profirió sentencia condenatoria y en atención a la prohibición del non bis in ídem. Toda vez que existe un procedimiento establecido para atender la queja del actor, solicitó negar el amparo.

2.- El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó informó que emitió sentencia condenatoria el 23 de marzo de 2018 en contra del actor condenándolo a la pena de 15 años de prisión y multa de 1000 SMLMV para el año 2004, por el delito de homicidio en persona protegida contra el señor Jovanny Murillo de la Hoz, decisión que quedó ejecutoriada el 21 de junio de 2018 y se dispuso el 31 de julio de 2018 el envío a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para la vigilancia de la condena.

Indica que no se allegó documento alguno poniendo en conocimiento la situación del señor Granja Herrera respecto de su postulación en Justicia

y Paz. que en el trámite del proceso se le respetaron los derechos al debido proceso, defensa y publicidad y al no tener es oficina judicial potestad alguna para pronunciarse sobre la pretensión, solicita se desvincule del trámite constitucional y se declare la improcedencia de la acción.

3.- El Secretario de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín informó que el 25 de noviembre de 2021 se recibió solicitud de audiencia suspensión de ejecución de la pena efectuada por el postulado Mario de Jesús Granja Herrera y en la misma fecha se radicó bajo el número 2008-83256-02 y se le pasó por reparto al despacho del Magistrado de Control de Garantías Doctor Olimpo Castaño Quintero, quien mediante auto del 26 de noviembre de 2021 programó la citada audiencia para el 7 de diciembre de 2021 a las 15:00 horas, siendo remitido a la Secretaría para el correspondiente trámite de notificaciones y mediante oficio 1767F del 29 de noviembre se notificó a las partes e intervinientes de la citada diligencia.

4.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia indica que ese despacho tuvo a su cargo la vigilancia de la pena de 15 años de prisión impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó el 23 de marzo de 2010 por el delito de homicidio en persona protegida. CUI 05 045 31 04002 2013 00033.

Explicó que en atención a que la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín informó que la citada pena no había sido suspendida, se ordenó la captura, la cual se hizo efectiva el 6 de noviembre de 2021 en el municipio de Puerto Asís-Putumayo, siendo dejado a disposición el día 8 de noviembre, fecha en la cual se legalizó la captura con auto 2124 y toda vez que la orden de reclusión se remitió al EPMSC de Pitalito-Huila por ser la cárcel del INPEC más cercana al lugar de captura del condenado, se ordenó la remisión del expediente a los señores Jueces de EJPMS de Neiva-Huila.

Informa que revisado el historial del proceso, se advierte que el condenado no elevó ante ese despacho solicitud tendiente a que se le suspendiera la ejecución de la pena porque era postulado de la jurisdicción de Justicia y paz y de otro lado, indica que la privación de la libertad fue debidamente legalizada, toda vez que la pena que era vigilada no fue objeto de suspensión.

5.- El Fiscal 63 Especializado – DECVDH expuso que se adelanta la investigación "11001606606420040003201", que consta de nueve (09) cuadernos y observando la foliatura mediante resolución de fecha 08 de marzo de 2012 se ordenó la vinculación mediante indagatoria de MARIO DE JESÚS GRANJA HERRERA, la cual se llevó a cabo el 15 de junio de 2012 y el 25 de julio de 2012 se resolvió la situación jurídica profiriéndose en su contra Medida de Aseguramiento de la Detención Preventiva, y el 28 de agosto de 2012 se firma acta de sentencia anticipada.

Informó que en el cuaderno número 6 se advierte oficio número 003 de fecha 22 de enero de 2013 mediante el cual se le informa al Tribunal De Justicia y paz de la ciudad de Medellín que el procesado granja Herrera se acogió a la figura de sentencia anticipada por el delito de homicidio en persona protegida, remitiendo las diligencias al juzgado penal del circuito de Apartadó

6.- El Secretario del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín-Antioquia indicó que en atención al presente trámite de tutela se remitió vía correo electrónico el expediente del señor Mario de Jesús Granja Herrera identificado con el CUI 05045310402201300033 y radicado interno 02018 A2-2778 con destino a los Juzgados Homólogos de Neiva-Huila. Agregó que el expediente físico sería remitido el primero de diciembre a través de la empresa de correos.

7.- El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva-Huila indicó que del centro de servicios administrativos de esos Juzgados se informó que el proceso No. 050453104002-2013-00033, adelantado en contra del señor MARIO DE JESÚS GRANJA HERRERA, le correspondió por reparto para el control y vigilancia de la pena al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa ciudad, por lo que al carecer de competencia para resolver las pretensiones del accionante, solicita la desvinculación por falta de legitimación por pasiva.

8.- El Secretario del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva-Huila informó que el proceso 05045310400220130003301 donde es sentenciado MARIO DE JESÚS GRANJA HERRERA, fue enviado el 30 de noviembre de 2021, a las 03:40 p.m., por el Centro de Servicios Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y luego del respectivo reparto le fue asignada al Juzgado Segundo Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa localidad la vigilancia del cumplimiento de la pena.

9.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva-Huila informó que le correspondió la vigilancia de la pena impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (A) en providencia del 23 de Marzo de 2018, donde se condenó al sentenciado MARIO DE JESÚS GRANJA HERRERA a una pena de 15 años de prisión, y multa de 1000 s.ml.m.v., como responsable del delito de homicidio en persona protegida.

En relación con los hechos del trámite constitucional, indicó que obra en el expediente comunicado del Juzgado Segundo homólogo de Medellín, solicitando información al Honorable Tribunal Superior de Medellín Sala de Justicia y Paz, sobre si la decisión adoptada el 19 de febrero de 2018 cobijaba la pena que se vigilaba, informándose que no había sido suspendida, como al parecer lo fueron otras condenas impuestas en

procesos diferentes. Por lo anterior, se libró orden de captura en cumplimiento de lo ordenado en el fallo condenatorio al haberse negado los subrogados penales, la cual se hizo efectiva el 6 de noviembre de 2021, cumpliendo pena en el EPMSC PITALITO.

Quiere decir que la privación de la libertad del actor se sustenta en normas legales, toda vez que fue condenado por un Juez de la República, a pena privativa de la libertad y sin concederle beneficio alguno, y que según información de la Fiscalía 72 Especializada de Apoyo a la Fiscalía 48 Delegada ante el Tribunal, en el mes de diciembre se llevará a cabo ante el Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, imputación para efectos de verdad como quiera que ya se encuentra condenado por la comisión del homicidio en persona protegida del señor Jovanny Murillo de la Hoz.

Por lo que considera que se debe agotar el procedimiento ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, despacho competente para decidir sobre la suspensión, por lo que la tutela es improcedente y solicita desvincular al despacho del trámite constitucional.

LAS PRUEBAS

1.- El accionante allegó sentencia condenatoria, ficha técnica para radicación de procesos en los Juzgados de EPMS, auto Kia ok conocimiento por parte del Juzgado 2 EPMS de Antioquia, oficio solicitando información a los Magistrados de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Antioquia, respuesta de fecha primero de febrero de 2019, decisión de sustitución de medida aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por una medida de aseguramiento no privativa de la libertad y suspensión condicional de la

ejecución de las penas impuestas en la justicia ordinaria, orden de captura, solicitud de audiencia de suspensión de ejecución de la pena en justicia ordinaria dirigida al Magistrado de la Sala de Justicia y Paz Tribunal Superior de Medellín y certificado de fecha de postulación.

2.- El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó remitió sentencia condenatoria proferida el 23 de marzo de 2018, oficios mediante los cuales se comunicó a las autoridades la sentencia condenatoria y ficha técnica para radicación de procesos en los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

3.- El Secretario de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín anexó acta individual de reparto de la oficina de apoyo judicial, constancia de radicación de las diligencias en la Secretaría y reparto, auto del 26 de noviembre de 2021 relativo a audiencia de suspensión condicional de la ejecución de las penas impuestas en la justicia ordinaria, oficio de notificación y captura de pantalla de envío de las notificaciones vía correo electrónico.

4.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia remitió autos y oficios de orden de encarcelamiento, oficio de cancelación de orden de captura, sentencia condenatoria, oficio número 0456 del 28 de enero de 2019 dirigido a los Magistrados de Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín solicitando información sobre si se suspendió la pena que se le vigila, respuesta de dicha Corporación, auto que ordena librar orden de captura y oficios de orden de captura de fecha 26/08/2019.

5.- El Fiscal 63 Especializado – DECVDH remitió oficios del 22 de enero de 2013 dirigidos al Juzgado Penal del Circuito de Apartadó remitiéndole el proceso seguido en contra de Mario de Jesús Granja Herrera, teniendo en cuenta que se acogió a la figura de sentencia anticipada y comunicado de la misma fecha dirigido al Tribunal de Justicia y Paz informándole que

el citado se acogió a la figura de sentencia anticipada, por lo que le solicitó que una vez se hacen los motivos de la detención sea dejado a disposición del Juzgado Penal del Circuito de Apartadó.

6.- El Secretario del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín-Antioquia allegó constancia de envío por competencia del expediente del actor, por medio de correo electrónico al Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva-Huila.

7.- El Secretario del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva-Huila remitió captura de correo electrónico enviado por el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de EPMS de Medellín y Antioquia y ficha técnica de remisión del proceso a esos juzgados.

8.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva-Huila compartió oficio de la Fiscalía 72 Especializada de Apoyo a la Fiscalía 48 Delegada ante el Tribunal de fecha 26 de noviembre de 2021.

CONSIDERACIONES

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

abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

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

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

Se expresó que no “riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución

Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”.

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

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

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

- (i) Que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes, pues el juez de tutela no puede entrar en el análisis de situaciones que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que deben ser resueltos por otras jurisdicciones.

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

Además de los requisitos generales expuestos, para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, es imprescindible acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben demostrarse plenamente y que se centran en los defectos o vicios concretos en los que incurren los jueces en las actuaciones judiciales, que lesionan derechos fundamentales de los asociados.

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

¹ Sentencia T-125 de 2012

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

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

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

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

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

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

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

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado³.

h. Violación directa de la Constitución.

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

Es decir, siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos,

² Sentencia T-522/01

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

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

una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente ejercitar la acción de tutela como mecanismo excepcional por vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

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

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

En el presente caso, el actor solicita se le ampare su derecho a la libertad y se le restablezca la misma, mientras que la Fiscalía 48 y demás autoridades realizan las aclaraciones y diligencias pertinentes para que se pueda efectivizar la suspensión de la ejecución de la pena impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó dentro del radicado 05045310400220130003300 por el delito de homicidio en persona protegida cuya víctima es Jovanny Murillo de la Hoz, sentencia que quedó ejecutoriada el 21 de junio de 2018, pues afirma que dicha pena debe ser suspendida, en tanto, los hechos acaecieron durante la militancia en las AUC.

La Honorable Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la

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

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

Frente a la queja realizada por el actor en la presente demanda, esta Sala, realizó el respectivo análisis de la actuación, donde se advirtió lo siguiente:

El 23 de marzo de 2018 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó condenó como autor del delito de homicidio en persona protegida a MARIO DE JESÚS GRANJA HERRERO a la pena de 15 años de prisión y multa de 1000 smlmv, negándole la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 del C.P. Proceso identificado con el CUI 05 045 31 04002 2013 00033. Contra la decisión no fue interpuesto recurso, por lo que una vez ejecutoriada, se remitió a reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

El 15 de agosto de 2018 el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia avoca conocimiento de la actuación y con oficio número 0456 del 28 de enero de 2019 solicita a los Magistrados de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín informar si se ha producido la suspensión de la pena correspondiente al CUI 05 045 31 04002 2013 00033, a fin de determinar

la situación jurídica actual del condenado en relación con la pena que ese Despacho vigilaba.

En virtud de lo anterior, se recibió oficio del 1° de febrero de 2019, suscrito por el doctor Olimpo Castaño Quintero, Magistrado de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín quien informa que no se le ha suspendido la pena impuesta en la sentencia referida, indicando además, que el 19 de febrero de 2018 se adelantó audiencia en la cual al postulado Mario de Jesús Granja Herrera se le sustituyeron las medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por una medida de aseguramiento no privativa de la libertad y también se le suspendió condicionalmente la ejecución de las penas impuestas en varias sentencias de la justicia ordinaria, pero no se le suspendió la pena relacionada.

Por lo indicado, el Juzgado que ejecuta la pena, el día 26 de agosto de 2019 ordenó librar orden de captura en contra del señor GRANJA HERRERA a fin de que descontara la pena impuesta en Establecimiento Penitenciario y Carcelario adscrito al INPEC, la cual se hizo efectiva el 6 de noviembre de 2021 en el municipio de Puerto Asís-Putumayo procediendo dicho despacho a legalizar la detención, ordenando además remitir las diligencias a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva-Huila (reparto) por competencia.

Las diligencias le correspondieron por reparto el 1° de diciembre de 2021 al Juzgado Segundo de dicha localidad, quien informó que verificado el proceso se constató, que no se ha recibido solicitud de suspensión de la ejecución de la pena y que la Fiscalía 72 Especializada de Apoyo a la Fiscalía 48 Delegada ante el Tribunal, informó que el hecho por el cual fue condenado el señor GRANJA HERRERA siendo víctima del delito de homicidio en persona protegida el señor Jovani Murillo de la Hoz se ha postulado a la aplicación de la Ley 975 de 2005 e incluido en la solicitud de imputación que se elevará para efectos de verdad, en la segunda

semana del mes de diciembre de la presente anualidad ante el señor Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín.

De otro lado, el Fiscal 48 Delegado del Tribunal-Dirección de Justicia Transicional indicó que conforme el artículo 18 B de la Ley 975 de 2005, el postulado tiene la posibilidad de solicitar ante el señor Magistrado de Control de Garantías la suspensión de la condena emitida en el año 2018, siempre que la conducta que dio lugar a la condena, hubiera sido cometida durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley.

Por su parte, la Secretaría de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín informó que el 25 de noviembre de 2021, se radicó solicitud de suspensión de la ejecución de la pena efectuada por el postulado señor Mario de Jesús Granja Herrera, por lo que una vez sometido a reparto, el correspondiente Magistrado de Control de Garantías programó la audiencia para el día 7 de diciembre de 2021, ordenándose la notificación a todas las partes e intervinientes de dicha diligencia.

De lo relatado anteriormente se puede concluir, en primer lugar, que la privación de la libertad del señor Mario de Jesús Granja Herrera se sustenta en la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó quien lo condenó a la pena de 15 años de prisión, por el delito de homicidio en persona protegida, sin concederle beneficio alguno, por lo que el Juzgado Segundo de EPMS de Antioquia que le vigilaba la pena, en su momento ordenó librar orden de captura para hacer efectivo el cumplimiento de dicha pena en Establecimiento de reclusión intramural.

En segundo lugar, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz informó que si bien en audiencia del 19 de febrero de 2018 se habían

suspendido condicionalmente la ejecución de varias penas impuestas en la justicia ordinaria a Granja Herrera, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó el 23 de marzo de 2010 por el delito de homicidio en persona protegida identificado con el CUI 05 045 31 04002 2013 00033, no había sido suspendida.

Asimismo, se pudo constatar que tal y como el accionante lo manifestó en el escrito de la tutela, ya radicó solicitud de suspensión de la ejecución de la pena ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín y el Magistrado de Control de Garantías a quien le correspondió el trámite por reparto, fijó audiencia para el 7 de diciembre a las 15:00 horas.

Al respecto sobre la solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta en sentencia ordinaria, la Ley 975 de 2005 consagra:

ARTÍCULO 18B. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA IMPUESTA EN JUSTICIA ORDINARIA. <Artículo adicionado por el artículo 20 de la Ley 1592 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> *En la misma audiencia en la que se haya sustituido la medida de aseguramiento en los términos del artículo 18A, el postulado que además estuviere previamente condenado en la justicia penal ordinaria, podrá solicitar al magistrado de control de garantías de Justicia y Paz la suspensión condicional de la ejecución de la pena respectiva, siempre que las conductas que dieron lugar a la condena hubieren sido cometidas durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley.*

Si el Magistrado de Control de Garantías de Justicia y Paz puede inferir razonablemente que las conductas que dieron lugar a la condena en la justicia penal ordinaria fueron cometidas durante y con ocasión de la pertenencia del postulado al grupo armado organizado al margen de la ley, remitirá en un término no superior a quince (15) días contados a partir de la solicitud, copias de todo lo actuado al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que tenga a su cargo la vigilancia de la condena respectiva, quien suspenderá condicionalmente la ejecución de la pena ordinaria.

La suspensión de la ejecución de la pena será revocada a solicitud del magistrado de control garantías de Justicia y Paz, cuando el postulado incurra en cualquiera de las causales de revocatoria establecidas en el artículo 18A.

En el evento de que no se acumulen en la sentencia de Justicia y Paz las penas impuestas en procesos de justicia ordinaria, o que habiéndose acumulado, la sala de conocimiento de Justicia y Paz no haya otorgado la pena alternativa, se revocará la suspensión condicional de la ejecución de la pena que en virtud del presente artículo se haya decretado. Para estos efectos, se suspenderá el término de prescripción de la pena en la justicia ordinaria, hasta cuando cobre ejecutoria la sentencia de Justicia y Paz.

En consecuencia, se concluye que no se vislumbra vulneración de los derechos fundamentales del señor Mario de Jesús Granja Herrera toda vez que se encuentra privado de la libertad por cuenta de una sentencia legalmente proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, quien no le concedió beneficio alguno, por lo que tuvo razón la Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia al ordenar la captura, luego de que se le informara por parte de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín que la sentencia con radicado CUI 05 045 31 04002 2013 00033, no había sido suspendida.

De otro lado, se advierte como la solicitud de suspensión de la ejecución de la pena se encuentra en trámite y el Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz programó audiencia para definir el asunto el próximo 7 de diciembre. Por lo que no se advierte vulneración de derecho fundamental alguno, en tanto está haciendo uso de la oportunidad procesal idónea para invocar su pretensión de suspensión, sin que exista alguna razón para pensar que los medios judiciales de defensa al alcance del accionante, no tienen la idoneidad suficiente para la protección de los derechos invocados.

Se insiste pues que no puede predicarse vulneración alguno de sus derechos fundamentales, constatándose que el actor intenta valerse de la acción de tutela como una instancia adicional, debido a que dentro del trámite ordinario ante la Sala de Justicia y paz, tiene todas las oportunidades que la ley procesal penal le otorga para el amparo de sus derechos.

Es que el carácter subsidiario de la acción de tutela no permite que ésta sea interpuesta cuando existen mecanismos judiciales idóneos que puede y está utilizar el afectado.

En efecto, es presupuesto insoslayable para la eventual prosperidad de la presente acción, que el actor hubiera agotado los recursos ordinarios que tiene a su disposición para reclamar la defensa de los derechos que estima conculcados; y como se pudo advertir está haciendo uso de dichos recursos, al haber solicitado la suspensión de la ejecución de la pena, petición que se encuentra en trámite.

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

Por las anteriores consideraciones, la Corporación no atenderá la solicitud de tutela deprecada por el accionante.

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de tutela formuladas por MARIO DE JESÚS GRANJA HERRERA, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(Licencia)

LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
Magistrado

Firmado Por:

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

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

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:

**554a00f859a9f83df267a77b36e423e8f9e3539a24a2531306b7b5d339c7
fad6**

Documento generado en 07/12/2021 01:48:19 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 170

PROCESO : 2021-1758-1 (05.045.31.04.002.2021.00401)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JUAN ANDRES OLIVARES GOMEZ
AFECTADA: : LUZ ENEIDA IMBA DENIS
ACCIONADOS : NUEVA EPS
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Apoderada Especial de la NUEVA EPS contra la sentencia del 20 de octubre de 2021, a través de la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por el ciudadano JUAN ANDRÉS OLIVARES GÓMEZ como agente Oficioso de la afectada LUZ ENEIDA IMBA DENIS, los cuales venían siendo vulnerados por parte de la entidad accionada.

LA DEMANDA

El accionante afirma que su nuera, Luz Eneida Imba Denis, presenta diagnóstico de “POLIMIOTOSIS” y “LUPUS ERITOMATOSOS SISTÉMICO

CON COMPROMISO DE ÓRGANOS O SISTEMAS” que no le permite caminar por sus propios medios sino con el apoyo de un caminador.

Conforme a las indicaciones médicas, la afectada, debe acudir cada dos meses a citas médicas con diferentes especialistas en la ciudad de Medellín y el 29 de octubre de 2021, debía asistir para que le realizaran una “ELECTROMIOGRAFÍA 4 EXTREMIDADES” y cita por neurología.

Advirtió que la Nueva EPS, le autoriza pasajes a la afectada y un acompañante sin autorizarle estadía ni alimentación y por la enfermedad que padece no se encuentra laborando y el sustento que deriva viene de lo que la familia le puede ayudar. Que es desplazada por la violencia y no cuenta con recursos para sufragar los gastos que conlleva ir hasta la ciudad de Medellín.

En consecuencia, solicita se ordene a la Nueva EPS autorizar el suministro de alimentación y alojamiento para el paciente y acompañante a fin de acudir a la cita del 29 de octubre de 2021. También peticona que se ordene el tratamiento integral para el diagnóstico de “POLIMIOTOSIS” y “LUPUS ERITOMATOSOS SISTÉMICO CON COMPROMISO DE ORGANOS O SISTEMAS”.

LAS RESPUESTAS

1.- La NUEVA EPS por medio del apoderado judicial informó que “para que proceda el reconocimiento del servicio de transporte y los viáticos a favor del acompañante, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional es necesario acreditar que el paciente: “ (i) dependa totalmente del tercero para su movilización,

(ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y finalmente, (iii) que ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”. Aspectos que no fueron demostrados por el actor.

Adujo igualmente que los ciudadanos deben ser solidarios frente a sus familiares cercanos, según sentencia T-795 de 2010, por lo que los gastos deben de ser asumidos por los familiares que tienen a su cargo el cuidado del paciente.

Expuso igualmente que el Plan Obligatorio de Salud no contempla el suministro de transporte por lo que ese concepto no es de obligatorio reconocimiento por parte de la EPS, por lo que de fallar a favor del accionante se estaría colocando en riesgo la estabilidad del Sistema de salud, pues el estado colombiano no puede sufragar los gastos de transporte para todos los acompañantes del país, con la excusa de que se carece de recursos económicos.

Solicitó declarar improcedente la acción de tutela toda vez que no se ha demostrado vulneración por parte de la Nueva EPS de los derechos fundamentales del accionante; no tutelar la pretensión de autorización de viáticos, pues, no hay servicios médicos que indiquen que el usuario deba trasladarse fuera de su lugar de residencia, no se evidencia solicitud médica especial de transporte referida por los galenos, así como tampoco el médico tratante ordena que el accionante deba asistir con acompañante a las citas programadas, no tutelar el tratamiento integral pues no se pueden tutelar derechos futuros e inciertos. En caso de no compartir los argumentos expuestos, solicita se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra la NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de

este tipo de servicios.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primera instancia amparó los derechos fundamentales invocados por el ciudadano JUAN ANDRÉS OLIVARES GÓMEZ, en favor de la afectada Luz Eneida Imba Denis, ordenándole a la NUEVA EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, realice todas las gestiones administrativas tendientes a autorizar y materializar los gastos de alimentación y alojamiento correspondientes de la señora Luz Eneida Imba Denis y de un acompañante que requiera para poder trasladarse a un lugar distinto al de su residencia, para asistir a citas médicas programadas y demás procedimientos que sean ordenados por el médico tratante.

Asimismo, concedió el tratamiento integral respecto de las atenciones que requiera y se deriven de la patología que dio origen a la acción correspondiente y todo lo que el médico tratante considere necesario, encuéntrese o no dentro del POS. Y facultó a la entidad accionada para realizar el recobro a ADRES en asuntos que no correspondan al POS o que deriven en gastos excesivos para el tratamiento integral de la específica patología objeto de la acción de tutela.

IMPUGNACIÓN

La Apoderada Especial de la NUEVA EPS afirma que los servicios de hospedaje, alimentación y servicios complementarios no son considerados servicios de salud y, por tanto, no se predicen a cargo de la EPS, pues son servicios comprendidos dentro del marco de la asistencia social y les corresponde en primer lugar a la familia y en segundo lugar, al Estado a través de los entes territoriales competentes (departamentos y municipios) atenderlos.

En relación con el tratamiento integral ordenado, señala que la orden de tutelar el tratamiento futuro incierto, indeterminado, no fue ordenado por profesional de la salud tratante, y por tanto no acaecido en ningún caso, va en contra de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, pues significa que deben de cubrirse por cuenta de los recursos del sistema de Seguridad Social en salud todos los servicios en forma ilimitada.

Por lo anterior, solicita revocar la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó y en su lugar se nieguen las pretensiones del accionante contra la Nueva EPS.

CONSIDERACIONES

La Honorable Corte Constitucional en abundante y reiterada jurisprudencia (ver entre otras, sentencias T-144 de 2008, T-760 de 2008 y T-415 de 2009) ha considerado el derecho a la salud un derecho fundamental susceptible de ser amparado por medio de la

acción de tutela, comprendiendo, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Así es claro que la legislación y la jurisprudencia constitucional han precisado, en sus ámbitos de competencia, las obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud, para garantizar un sistema de salud que preste efectivamente, en condiciones de universalidad, eficiencia y solidaridad, los servicios de salud que requieran las personas para alcanzar el nivel más alto de salud posible.

Esta garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que las que estos servicios deben ser prestados.

Y para tal desarrollo, la doctrina constitucional ha establecido unas reglas claras:

Primero, se establece que el ámbito protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, está determinado por aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas.

Segundo, se señaló que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

Tercero, se enfatizó que la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud que una persona requiera, no puede ser obstaculizada por el hecho de que el servicio no esté incluido dentro de un plan obligatorio de salud; incluso en aquellos casos en los cuales la persona no pueda asumir los costos que le corresponda asumir.

Cuarto, se advierte que el Sistema de Salud prevé en ocasiones pagos moderadores a cargo de las personas que van a acceder a un determinado servicio de salud; pero éstos deben ser razonables y no pueden constituir barreras de acceso a los servicios de salud que se requieran, para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos.

Y quinto, se señala que el acceso a los servicios de salud debe garantizarse en condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, y de acuerdo con el principio de integralidad.

En cuanto al principio de integralidad, la Honorable Corte Constitucional precisó¹:

5.3. En ese sentido, la Corte ha dicho que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que se tenga que acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”*². Así mismo, el denominado derecho obliga a las EPS a no

¹ Ver Sentencia T-289 de 2013

² Ver sentencia T-970 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), cuya posición es reiterada en la sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

entorpecer la prestación de los servicios con procesos o trámites administrativos que generen limitaciones para que los pacientes reciban la asistencia necesaria para garantizar de forma plena el derecho a la salud³.

5.4. Teniendo en cuenta lo anterior, el juez constitucional deberá ordenar la prestación del servicio de salud de manera integral, es decir, con todo componente que considere necesario el médico tratante para el pleno restablecimiento de la salud en las personas, ante la negativa de las EPS de suministrar servicios de salud. Ello evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito para una misma enfermedad.

Ahora, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene por objeto regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Así, el legislador creó dos regímenes de salud: el contributivo y el subsidiado.

Al régimen contributivo pertenecen las personas con un contrato de trabajo, los pensionados y jubilados, los trabajadores independientes y los servidores públicos con capacidad de pago. Quienes se afilian a este régimen deben cancelar una cotización mensual que se define de forma proporcional a sus ingresos y en contraprestación reciben la atención médica que se deriva del Plan Obligatorio de Salud.

Sobre los suministros de servicios no incluidos en el POS, en la sentencia T- 468 del 23 de julio de 2013, la Honorable Corte Constitucional señaló:

“En esta perspectiva el Sistema General de Seguridad Social en Salud creado en la ley 100 de 1993 estableció las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Beneficios (el POS) para todos los habitantes del territorio nacional (art. 162 L. 100 de 1993).⁴ Dicho Plan constituye un conjunto de prestaciones, que deben satisfacer y garantizar las entidades promotoras del servicio, en armonía con la definición del plan obligatorio

³ Ver sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁴ Sentencia T-730 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

hecha por la autoridad competente, que para el efecto es la Comisión de Regulación en Salud (CRES). Actualmente, el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES establece la definición, aclaración y actualización integral del POS, para lo que es pertinente precisar que respecto al acceso a la prestación de los servicios, el Acuerdo 032 de 2012 del ente regulador mencionado, determinó que es el mismo para los dos regímenes existentes el contributivo y el subsidiado⁵.

3.2 La jurisprudencia constitucional, con base en la normatividad internacional, ha señalado que el derecho a la salud tiene cuatro dimensiones *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*⁶, de las cuales se deriva que toda persona tiene derecho al acceso a los servicios que se requieran incluidos o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.⁷ Respecto a los servicios establecidos en el POS, la Corte ha señalado que *toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud. De manera que, 'no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.'*⁸

Por su parte, ha señalado que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando se cumplen las siguientes condiciones: *"(i) que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente; (iii) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y. iv) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garante de la prestación está autorizada a cobrar."*⁹

Igualmente ha señalado¹⁰ que respecto al deber de asumir el costo de los servicios de salud excluidos del plan de beneficios, en armonía con lo

⁵ Sentencia T-020 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Al respecto consultar la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la Observación General No 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, E/C.12/2000/4, CESCR.

⁷ T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

⁹ Sentencia T-355 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Igualmente Cfr. T-834 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1022 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa se determinó que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (es decir que reúna los requisitos i, ii y iii) con necesidad (condición iv).

¹⁰ Sentencia T-020 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 715 de 2001 *“el reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, están a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado¹¹”*.

(...)

3.5 De manera que toda persona tiene derecho a que se le preste y garantice su derecho fundamental a la salud, para lo cual las entidades prestadoras y los entes territoriales deben cumplir con sus obligaciones en el marco del servicio a la salud. Cuando los servicios no están previstos en el plan de beneficios, existen los mecanismos de recobro pertinentes previstos en el ordenamiento jurídico por lo que no se puede oponer el cobro de los mismos a la efectiva prestación del servicio de salud. Así mismo, los afiliados tienen derecho a que se les garantice el servicio cuando implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, y que incluso, tienen derecho a que se costee el traslado de un acompañante si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud”.

En algunas ocasiones, los servicios que requieren los pacientes para la recuperación de la salud o para llevar una vida digna a pesar de los padecimientos, incluye elementos que en estricto sentido no se catalogan como medicamentos, pero que igualmente la Honorable Corte Constitucional ha señalado que las entidades prestadoras de salud en determinados casos deben suministrarlos.

Igualmente, en lo que tiene que ver con los gastos de transporte y alojamiento para el paciente, también hay doctrina constitucional (ver sentencia T- 206 de 2013):

4. Cobertura de transporte y alojamiento en virtud del principio de integralidad en salud.

4.1. Como se mencionó anteriormente¹², el artículo 48 constitucional le atribuye a la seguridad social una doble naturaleza; la primera, como servicio público de obligatoria prestación por el Estado y los particulares autorizados y, la segunda, como un derecho garantizado a todos los ciudadanos. Con fundamento en dicho mandato, el legislador desarrolló el Sistema General de Seguridad Social con la Ley 100 de 1993¹³.

Esta norma consagró, entre otros temas, la obligación de garantizar a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la atención de

¹¹ Sentencia T-483 de 2012 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹² Acápite 3.1. de esta providencia.

¹³ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

los servicios del Plan Obligatorio de Salud¹⁴, que comprende un modelo integral de protección “*con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales*”¹⁵. Con base en tal normativa, el Gobierno Nacional se ha encargado de definir el conjunto de prestaciones concretas a cargo de las entidades que conforman el Sistema y de las cuales es posible exigir su efectivo cumplimiento.

4.1.1. De forma específica, el Acuerdo 029 de 2011 proferido por la Comisión de regulación en Salud -CRES-, señala en su artículo 42¹⁶ que el Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud, dentro del territorio nacional, para aquellos usuarios que requieran un servicio no disponible en la institución remitora.

Igualmente, dispone que se garantiza el servicio de transporte para el paciente que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo atendiendo: i. el estado de salud del paciente, ii. el concepto del médico tratante y iii. el lugar de remisión. En consecuencia, aunque el transporte debe ofrecerse en ambulancia, este no es el único modo de garantizarlo, ya que se permite la utilización de los *medios disponibles*.

4.1.2. Adicionalmente, el artículo 43 del acuerdo mencionado¹⁷ se ocupa del transporte del paciente ambulatorio y dispone que tal servicio debe ser cubierto con cargo a la prima adicional de las unidades de pago por capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.

De ahí que si un usuario del Sistema de Salud requiere ser remitido a un municipio diferente al de residencia con el fin de acceder a un servicio médico y al lugar de remisión se le reconoce una UPC adicional, el transporte está incluido en el POS y deberá ser cubierto por la EPS a la cual se encuentra afiliado.

Ahora bien, de lo anterior se podría concluir que cuando el municipio remitir no cuenta con una UPC diferencial mayor, el transporte debe ser asumido por el afiliado o su familia. Sin embargo, la Resolución 5261 de 1994 consagró dos excepciones: por un lado, los casos de urgencia debidamente certificada y, por otro, los pacientes internados que requieran atención complementaria¹⁸.

4.2. Sobre este tema, la Corte Constitucional ha sostenido que, aunque el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no constituyen servicios médicos, hay ciertos casos en los cuales el acceso

¹⁴Ley 100 de 1993, artículos 159 y 162.

¹⁵Ley 100 de 1993, artículo 156.

¹⁶ ARTÍCULO 42. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

PARÁGRAFO. Si a criterio del médico tratante el paciente puede ser atendido por otro prestador, el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del Plan Obligatorio de Salud. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria.

¹⁷ “ARTÍCULO 43. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.”

¹⁸ Artículo 2°.

efectivo y real al servicio de salud depende de la ayuda para garantizar el desplazamiento al lugar donde será prestada la atención¹⁹.

Este tribunal ha considerado, a partir del principio de solidaridad sobre el que descansa el derecho a la seguridad social, que cuando un usuario del Sistema de Salud es remitido a un lugar diferente al de su residencia para recibir la atención médica prescrita por su galeno tratante, debido a que su EPS no cuenta con disponibilidad de servicios en el lugar de afiliación, los gastos que se originen por el transporte y la estadía deben ser asumidos por el paciente o su familia²⁰.

No obstante, se ha establecido como excepción a la anterior regla el caso de los usuarios que son remitidos a un municipio diferente al de su residencia, pero ni ellos ni su familia cuentan con la capacidad económica para asumir el costo del transporte. En tal sentido, se adoptaron los conceptos de accesibilidad económica y física para analizar la protección constitucional en términos de gastos de traslado, como se cita a renglón seguido:

“Este conflicto, que contraría la garantía de accesibilidad económica del derecho a la salud, es recurrente y no en pocas ocasiones ha sido resuelto por esta Corte en sede de tutela. Para ello, la corporación ha hecho referencia a múltiples fuentes, como son los elementos derecho internacional público, a propósito del contenido mínimo del derecho fundamental a la salud, y su relación con las disposiciones legales y reglamentarias sobre el derecho al transporte, como medio para acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad.

3.2.1.1. Pues bien, esta corporación integró al desarrollo constitucional del derecho fundamental a la salud, el elemento de accesibilidad y sus cuatro dimensiones. Por tratarse de criterios generales sobre las condiciones mínimas en que los usuarios deben acceder a los servicios que brinda el Sistema de Salud, tales dimensiones son protegidas por vía de tutela.²¹

Específicamente, cuando una persona requiere un servicio de salud en un municipio diferente al de residencia, el cual supone gastos de transporte, para todos los casos, y gasto de estadía, en algunos de ellos, estamos frente a dos elementos esenciales del derecho a la salud: la accesibilidad física y la accesibilidad económica.

3.2.1.2. La Corte ha adoptado la accesibilidad física para significar que no en todos los casos de acceso a los servicios de salud, los usuarios van a poder acceder a ellos en su lugar de afiliación. Por lo tanto, la entidad de salud responsable, deberá remitir al usuario a una zona geográfica distinta en donde haya disponibilidad de especialistas, equipos médicos, medicamentos, etc.”²²

4.3. En consecuencia, la Corte ha establecido que procede su protección a través de la acción de tutela cuando la falta de autorización

¹⁹ Sentencia T-760 de 2008.

²⁰ Sentencia T-741 de 2007.

²¹ Ver al respecto las sentencias T-884 de 2003, T-739 de 2004, T-223 de 2005, T-905 de 2005, T-1228 de 2005, T-1087 de 2007, T-542 de 2009, T-550 de 2009 y T-736 de 2010.

²² Sentencia T-838 de 2012.

del transporte afecte gravemente el goce efectivo del derecho a la salud. Sobre el particular, la sentencia T-760 de 2008 conceptuó:

“La jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación,²³ ha señalado en varias ocasiones que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía para poder recibir la atención requerida.

(...) Pero no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario.”

Con posterioridad, en sentencia T-149 de 2011 se coligió:

*“ (...) queda establecido que es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando **ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto** al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS. Esto dentro de la finalidad constitucional de que se remuevan las barreras y obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios de salud que requieren con necesidad.”*
(Negrilla fuera de texto original)

Así las cosas, se advirtió que el servicio de transporte se encuentra dentro del POS y en consecuencia debía ser asumido por la EPS en aquellos eventos en los que²⁴:

- i. Un paciente sea remitido en ambulancia por una IPS a otra, cuando la primera no cuente con el servicio requerido.
- ii. Se necesite el traslado del paciente en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad de la EPS y según el criterio del médico tratante.
- iii. Un paciente ambulatorio deba acceder a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia y necesite ser transportado en un medio diferente a la ambulancia²⁵.

4.4. A partir de esta última situación, las subreglas jurisprudenciales en materia de gastos de **transporte** intermunicipal se circunscriben a los siguientes eventos²⁶:

²³En la sentencia T-350 de 2003, una de las principales decisiones dentro de esta línea jurisprudencial, se fundó en el artículo 2º de la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio del Sistema de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud), en tanto señala que ‘cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. (...)’.

²⁴Estas reglas que a continuación se transcriben se establecieron en sentencias anteriores a la T-760 de 2008 y en esta última se ordenó su inclusión en la correspondiente regulación, razón por la cual fueron plasmadas en los acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, aún cuando su desarrollo ha sido esencialmente por vía jurisprudencial.

²⁵Es de anotar que la clase de transporte a utilizar deberá ser acorde al estado de salud del paciente y al concepto del médico tratante.

²⁶Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-900/02. En esta decisión, se analizaron algunos casos, donde los usuarios, al ser remitidos a lugares distintos al de su residencia para la práctica de distintos procedimientos médicos, pretendían que las respectivas EPS asumieran el valor de su transporte, solicitud que fue desestimada por la Corte ante la falta de concurrencia de los requisitos de incapacidad económica del paciente y su familia y conexidad entre el tratamiento y la vida e integridad física del mismo. Esta regla jurisprudencial también fue utilizada en casos similares en las sentencias T-1079/01, T-197/03 y T-760/08, entre otras.

- i. *El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente²⁷.*
- ii. *Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.*
- iii. *De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.*
- iv. *Si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento.*

De forma puntual, en torno a la capacidad económica del paciente y su familia, este tribunal ha concluido:

Sumado a lo anterior, esta Corte ha reconocido que:

“(…)… la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar.”²⁸

De allí, se genera la obligación del actor y su núcleo familiar de poner en conocimiento de juez su precaria situación económica, invirtiéndose la carga de la prueba hacia la EPS quien deberá probar que el afiliado cuenta con la capacidad financiera requerida²⁹. En caso de guardar silencio, se tendrá por probada la afirmación de la accionante³⁰.

²⁷ Sentencia T-769 de 2012.

²⁸ Sentencias T-550 de 2009 y T-352 de 2010, entre otras.

²⁹ Sentencia T-022 de 2011: “(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”.

³⁰ Sentencia T-073 de 2012: “Esto quiere decir que al presentarse una acción de amparo para reclamar el cubrimiento de un servicio como el de transporte, corresponde en principio al accionante y su familia poner en conocimiento su situación económica. Sin embargo, ante la negación indefinida de no poder asumir los costos del servicio, se invierte la carga probatoria en cabeza de la EPS a la cual se reclama el servicio.

Ello debido a que las EPS tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados y por tanto están en la capacidad de controvertir o ratificar las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. En esa medida, su inactividad al respecto hace que las afirmaciones presentadas por La accionante se tengan como prueba suficiente.”. En el mismo sentido ver sentencias: T-1019 de 2002, T-906 de 2002, T-861 de 2002, T-022 de 2011, T-091 de 2011, T-233 de 2011, T-481 de 2011 y T-523 de 2011, entre muchas otras.

(Subraya la Sala).

Para el caso concreto, se tiene que el Juez de primera instancia le ordenó a la NUEVA EPS disponer lo necesario para la autorización de los gastos para la afectada y su acompañante, de alimentación y hospedaje y le concedió el tratamiento integral respecto de las atenciones que se deriven de la patología “POLIMIOTOSIS” y “LUPUS ERITOMATOSOS SISTÉMICO CON COMPROMISO DE ÓRGANOS O SISTEMAS”.

Conforme con la impugnación, se discute la concesión de transporte, hospedaje y alimentación a favor de LUZ ENEIDA IMBA DENIS y su acompañante, para lo cual la EPS refiere que dicha obligación no es procedente toda vez que debe asumirlo el usuario o sus familiares atendiendo al principio de solidaridad. Así mismo, impugna el tratamiento integral respecto de la patología de “POLIMIOTOSIS” y “LUPUS ERITOMATOSOS SISTÉMICO CON COMPROMISO DE ÓRGANOS O SISTEMAS”, en tanto, no se pueden tutelar hechos futuros e inciertos.

Observa la Sala que el Juez de instancia hizo un análisis indicando que la EPS era la entidad obligada a prestar el servicio requerido por la usuaria LUZ ENEIDA IMBA DENIS, ello en atención a los hechos narrados en el escrito tutelar y la documentación allegada en donde se puede concluir que el servicio de alojamiento y alimentación debe ser suministrado por la NUEVA EPS en tanto que de no proceder a prestarlo implicaría la negación del servicio y la vulneración de los derechos fundamentales invocados, debido a la falta de recursos por parte de la actora para cubrir el costo de un desplazamiento a otro

lugar por fuera de su lugar de residencia y al constatar con los elementos allegados al expediente la ausencia de recursos, por lo que se invierte la carga de la prueba y le corresponde a la EPS desvirtuar dicha situación.

Frente a tal aspecto, debe tenerse en cuenta que el accionante informó en la demanda que la EPS le viene autorizando pasajes para que la afectada y su acompañante se desplacen desde la zona del Urabá antioqueño hasta la ciudad de Medellín, de donde puede desprenderse que efectivamente la paciente requiere de un acompañamiento para poder realizar los procedimientos médicos que le son ordenados por el médico tratante.

La impugnante cuestiona que la afectada por pertenecer al régimen contributivo permite suponer la capacidad económica para sufragar los gastos, sin embargo, de la documentación aportada en la demanda, se puede establecer que esta persona cuenta con una pérdida de capacidad a nivel global de un 60.52%. y a nivel de movilidad, una pérdida del 85%, de lo que desprende que efectivamente esta persona no labora en razón a su enfermedad como se argumenta en la demanda. También se pudo establecer con los elementos enviados por el accionante que la afectada ostenta la calidad de desplazada, aspectos que permiten establecer que no cuenta con recursos para sufragar gastos de hospedaje y alimentación tanto para ella como para un acompañante, el cual, ciertamente requiere para poder recibir la atención médica que la EPS le presta en un lugar apartado de su lugar de residencia, pues conforme a la historia clínica también aportada, se puede evidenciar que tiene una limitación para realizar actividades en la vida cotidiana.

Igualmente, el despacho dispuso la prestación del tratamiento integral que debe ser suministrado por la NUEVA EPS, con el fin de proteger cualquier situación de desventaja o que ponga en riesgo innecesario a la afectada, buscando con ello una integralidad en el tratamiento que requiere.

Conforme con la impugnación, también se discute la concesión del tratamiento integral para la patología que actualmente presenta la señora LUZ ENEIDA IMBA DENIS, para lo cual la EPS refiere que dicha obligación no es procedente toda vez que se trata de un hecho futuro.

Es de anotar que frente al tratamiento integral, no es cierto que la orden sea para hechos futuros e inciertos, pues está claro que la afectada padece actualmente “POLIMOTOSIS Y LUPUS ERITEMATOSOS SISTÉMICO CON COMPROMISO DE ÓRGANOS O SISTEMAS” sumado a una pérdida de capacidad laboral del 60.52%, lo que permite concluir que es una paciente que requiere de atención prioritaria y no puede estar supeditado a tener que interponer una acción de tutela cada vez que un servicio médico le sea negado.

De lo expuesto, puede verse fácilmente que el A quo acertó en su decisión con relación a la prestación del servicio y el tratamiento integral, que dispone que en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud y de evitar una interrupción en la prestación del servicio, el paciente debe recibir todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico tratante, ordenándole a la EPS asumir la prestación del servicio que requiere, sin importar si trata de atenciones PBS o NO PBS.

En consecuencia, se confirmará el fallo de tutela.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** el fallo de tutela.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(En licencia)
LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
Magistrado

Firmado Por:

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

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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:

**8231bc706458b81e89e8ae871336d509d4832bd75e48dbe17c7f568c
a1e014f9**

Documento generado en 07/12/2021 01:48:10 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 171

PROCESO : 2021-1761
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JAIME ALBERTO ARBOLEDA CARMONA
ACCIONADO : COLPENSIONES
PROVIDENCIA : SENTENCIA DE SEGUNDA INST.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el accionante en contra de la sentencia del 21 de octubre de 2021, a través de la cual el Juzgado Promiscuo de Circuito de San Pedro de los Milagros (Antioquia) negó la solicitud de amparo presentada por el señor JAIME ALBERTO ARBOLEDA CARMONA por considerar que se estaba ante un hecho superado.

LA CONTROVERSIA

El accionante afirma que es pensionado por invalidez al haberse constatado una pérdida de capacidad laboral del 63%, momento en que llevaba un número de semanas cotizadas de 1.757.

El 04 de enero de 2017, la entidad accionada expidió historia laboral en la que certificaban un total de 1866 semanas y desea solicitar la pensión de vejez por resultar más beneficiosa que la que está percibiendo y sólo aparecen un total de 1034 semanas cotizadas, lo que considera, es un error en que está incurriendo la autoridad accionada y, por ello, solicitó corrección de la historia laboral el 13

de diciembre de 2019 sin que la entidad demandada haya procedido a corregir lo solicitado, ni a brindar una información clara, concreta y precisa y para la fecha de interposición de la demanda constitucional aún persisten los yerros denunciados.

Consideró que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, dentro del término de traslado de la tutela, informó que mediante oficio del 19 de diciembre de 2019 le brindó la respectiva respuesta a la petición elevada por el actor.

Así mismo, que la entidad ha recogido y conservado la información que le fuera entregada por el extinto ISS y por ende, se trata de un asunto que debe dirimirse bajo el procedimiento laboral y no mediante la acción de tutela que es un mecanismo subsidiario y residual.

EL FALLO IMPUGNADO

La Juez de Primera Instancia luego de hacer un análisis jurisprudencial respecto de los derechos fundamentales de petición, tutela judicial efectiva y debido proceso, consideró que para el presente caso, la parte accionada remitió copia de la respuesta ofrecida al accionante, en la que se evidencia: *“copia del oficio “SEM2019-423219 Bogotá, 19 de diciembre de 2019 Señor (a) JAIME ALBERTO ARBOLEDA CARMONA CALLE 49 # 50-21 OFC 2403 MEDELLIN ANTIOQUIA Referencia: Radicado No. 2019 16734246 del 14 de diciembre de 2019 Ciudadano: JAIME ALBERTO ARBOLEDA CARMONA Identificación: CC 3348675 Tipo Trámite: Actualización de datos - Solicitud de corrección historia*

laboral..."

De lo que concluyó que la información allí suministrada por la entidad accionada, *"corresponde exactamente a lo petitionado por el accionante"*, y por tanto se evidencia que la respuesta fue otorgada dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud, *"respuesta evidentemente enviada a la dirección reportada por el actor en el formulario de corrección de historia laboral, de ahí que este Despacho Judicial no logra entender su reclamo, convirtiéndose este en un desgaste más del aparato judicial, en tanto que lo que se evidencia es todo lo contrario a la narrado por él"*.

Concluyó que: *"lo solucionado en el oficio por la accionada sea lo que efectivamente lo beneficia o no, no interesa al Juez de Tutela, pues el derecho fundamental que se protege es el de recibir una respuesta oportuna, clara y concreta, se reitera, que resuelva lo pedido sin que se requiera que esa respuesta acoja o no lo solicitado y eso es lo que se ve con los documentos allegados por la accionada; una respuesta argumentada legalmente frente a su derecho de petición."* Y por tanto se logró constatar que se está ante un hecho superado.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante indicó que su pretensión con la demanda es que COLPENSIONES proceda a actualizar y corregir la Historia Laboral para que aparezcan las 1866 semanas y no 1034.

Reitera que según información aportada por la misma entidad el 04 de enero de 2017 el número de semanas cotizadas era de 1866 y que mediante Resolución emitida el 22 de mayo del mismo año, se determinó que contaba con 1.757 semanas acreditadas y se le reconoció pensión de invalidez.

Conforme a historia laboral del 02 de septiembre de 2020, aparece con 1.034 semanas y por ello no ha sido posible acceder a la pensión de vejez que le resulta más favorable.

No entiende por qué ahora tiene menos semanas acreditadas que en el año 2017 y es obligación de COLPENSIONES velar por la correcta conservación de la información contenida en la historia laboral.

Solicita en consecuencia se revoque el fallo y se declare que la entidad accionada viene vulnerando sus derechos fundamentales de seguridad social, dignidad humana, debido proceso, igualdad y petición y en consecuencia que se ordene que proceda con la actualización y corrección de la historia laboral “...con el fin de que aparezca 1866 semanas y no 1034.”.

CONSIDERACIONES

La Sala advierte que el problema jurídico propuesto se contrae en determinar si la entidad accionada, vulneró o no los derechos fundamentales, en especial, de hábeas data y petición del accionante, teniendo en cuenta la solicitud presentada el 13 de diciembre de 2019 mediante la cual requirió se corrigiera la historia laboral.

Frente al derecho de petición, la Constitución Política, en su artículo 23 consagra que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*.

En cuanto a las características esenciales del derecho de petición, ha sido abundante y reiterativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al considerar que el núcleo esencial de este derecho reside en la resolución pronta y oportuna de la solicitud.

En este sentido, esa Corporación ha manifestado:

“(i) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; (ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado; (iv) la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible; (v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; (vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a los particulares; (vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición; (viii) el derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa; (ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder; y (x) ante la presentación de una petición, la

entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”.¹

De lo anterior se destaca que el derecho de petición exige, por parte de las autoridades competentes, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición.

De suerte que la administración tiene que responder las solicitudes respetuosas elevadas por los asociados, sin que para el efecto interese la persona, como tampoco la dependencia que recibió la petición, porque las autoridades deben coordinar lo relacionado con la recepción de peticiones y la oportuna y congruente respuesta de las mismas, facilitando así la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la nación, como lo disponen los artículos 2º, 23 y 209 constitucionales.

Es por ello que, sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado en diferentes oportunidades que sobre las autoridades públicas recae un deber de orientación, cuyos fundamentos constitucionales residen en el principio de solidaridad (artículo 1º Superior) y en la razón misma de la existencia del Estado, consagrada en el artículo primero de la Constitución Política, que no es otra que servir a las personas que residen en territorio colombiano.

¹ Sentencia T- 249 de 2001.

Con respecto al Hábeas data, ha establecido la Alta Corporación en materia Constitucional, mediante Sentencia T470 de 2019, que:

“El derecho al habeas data, establecido en el artículo 15 Constitucional, supone que todas las personas “tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”². Para la Corte, se trata de un derecho de doble naturaleza³:

- i) El derecho al habeas data goza de reconocimiento constitucional autónomo, razón por la cual el titular de la información tiene la posibilidad de conocer la información que sobre el reposa en las bases de datos, así como de exigir a quien la administra la actualización, rectificación, autorización, inclusión y exclusión de información recolectada.*
- ii) El derecho al habeas data es garantía de otros derechos, “en la medida en que los protege mediante la vigilancia y cumplimiento de las reglas y principios de la administración de datos”. Ello sucede, entre otros, en cuanto al buen nombre, cuando se emplea para rectificar el tratamiento de información falsa⁴, en cuanto al derecho a la seguridad social, cuando se emplea para incluir información personal necesaria para la prestación de los servicios de salud y de las prestaciones propias de la seguridad social⁵, o en cuanto al derecho de locomoción, cuando se solicita para actualizar información relacionada con la vigencia de órdenes de captura⁶.*

Con fundamento en ese derecho, esta Corporación ha indicado que los empleadores tienen la obligación de expedir certificados laborales a quienes les han prestado sus servicios⁷. Ello debido a que es su deber conservar la información laboral, asegurando que ella sea veraz, cierta, clara, precisa y completa “a fin de que, de un lado, el trabajador pueda reclamar los derechos que le asisten, y, del otro, se protejan en su integridad los demás derechos fundamentales de los que es titular”⁸. Esta está conformada por el tiempo de servicio, el

² Definición plasmada en iguales términos en el artículo 1 de la Ley Estatutaria 1582 de 2012 sobre protección de datos personales.

³ Sentencia T-058 de 2013.

⁴ Sentencias T-455 de 1998 y T-949 de 2003, citadas en la sentencia T-058 de 2013.

⁵ Sentencia T-486 de 2003, citada en la sentencia T-058 de 2013.

⁶ Sentencia T-310 de 2003, citada en la sentencia T-058 de 2013.

⁷ Sentencia T-926 de 2013.

⁸ Sentencia T-718 de 2005.

*salario devengado, las cotizaciones al sistema de seguridad social, las vacaciones disfrutadas, las cesantías, los ascensos, y las licencias, entre otros factores necesarios para acceder al reconocimiento de las prestaciones sociales del trabajador*⁹.

(...)

Ahora bien, la obligación de conservación de la información laboral también se predica respecto de las entidades administradoras de los fondos de pensiones, a quienes les corresponde un deber de protección y diligencia. Ello con el objeto de que los datos consignados sean completos y veraces, y reflejen el “verdadero esfuerzo económico que realizó el potencial beneficiario de la pensión en aras de la satisfacción de las condiciones legales para acceder a ella”¹⁰. Este Tribunal ha considerado que no es admisible que esas entidades trasladen a sus afiliados las consecuencias negativas del deficiente manejo de la información¹¹. Por ende, en caso de que inexactitudes en la historia laboral, advertidas por la entidad administradora de pensiones o por el propio afiliado, es su deber “desplegar las actuaciones pertinentes que conduzcan a la corrección de cualquier información errónea o inexacta, pues de lo contrario se vulneraría el derecho al habeas data al negarle al titular del derecho la posibilidad de que dichos datos sean corregidos o complementados”¹².

En el caso en estudio, se advierte que el accionante el 13 de diciembre de 2019 elevó solicitud de corrección de historia laboral y COLPENSIONES mediante comunicado del 19 de diciembre siguiente respondió lo siguiente:

“Ciclo(s) 200408, 200410, 200412, 200911 hasta 200912, 201005 hasta 201006, 201010, 201105 hasta 201107, 201109, 201112, 201205 hasta 201207, 201509

Se encuentra(n) acreditado(s) con el empleador que se evidencia en su historia laboral de acuerdo a la información reportada en su momento. Sin embargo; con respecto a los periodos que se reflejan con menos de 30

⁹ Ibídem.

¹⁰ Sentencia T-079 de 2016.

¹¹ Sentencia T-144/13.

¹² Ibídem.

días, se informa que ello puede obedecer a alguna de las siguientes causas:

- El empleador efectuó un pago inferior al correspondiente.
- El empleador omitió pago de Fondo de Solidaridad pensional.
- El empleador efectuó el pago sin los intereses de mora correspondientes.

Ciclo(s) 200901 Se han ejecutado los procesos de validación y corrección sobre las inconsistencias encontradas en los ciclos solicitados. Por lo anterior le agradecemos revisar detenidamente su Historia Laboral, si una vez revisada encuentra periodos faltantes le agradecemos nos suministre los soportes necesarios correspondientes a los periodos que usted considere se encuentran pendientes.

Ciclo(s) 200405 hasta 200407, 200409, 200411, 200501 hasta 200502, 200801 hasta 200812, 200902 hasta 200910, 201001 hasta 201004, 201007 hasta 201009, 201011 hasta 201104, 201108, 201110 hasta 201111, 201201 hasta 201204, 201301, 201408 hasta 201412, 201505, 201507

Nos permitimos informar que luego de realizar las respectivas validaciones, se identifica que usted figura en nuestras bases de datos como beneficiario(a) de una (Indemnización sustitutiva o pensión), y de acuerdo a ello no es procedente la acreditación de los tiempos solicitados.”.

El accionante se queja porque es beneficiario de una pensión de invalidez que le fue otorgada mediante Resolución No. 2017_3722937 SUB 71612 del 22 de mayo de 2017, dentro de la cual se evidencia que la entidad para esa fecha reconoció como acreditadas 1.757 semanas, misma que se contaron hasta la fecha de estructuración de la invalidez, que se estableció a partir del 02 de noviembre de 2016. Además, mediante reporte de semanas cotizadas en pensiones periodo enero 1967- enero 2017 que le fue entregado por la entidad el 04 de enero de 2017, reportaba un total

de 1866 semanas, sin embargo, en el reporte de semanas cotizadas en pensiones periodo enero 1967 a septiembre de 2021, le informaron que llevaba 1.034.57 de lo que colige, existe un error en la base de datos que maneja la entidad accionada y fue en razón a ello que interpuso la demanda constitucional, situación de la que se evidencia una relación con el derecho al Habeas Data, pues existe error en los archivos que maneja la entidad administradora del fondo de pensiones demandada de conformidad con la documentación aportada en la demanda.

Es así que la entidad si bien es cierto le brindó respuesta el 19 de diciembre de 2019, la cual, tomó el despacho de primera instancia como válida para señalar que no se encuentra comprometido el derecho de petición, lo cierto es que no se hizo un análisis frente al derecho fundamental de hábeas data, el cual, con la documentación presentada en la demanda, se observa comprometido, sin que la respuesta que brindara la accionada en dicha fecha sea clara, precisa o de fondo, frente a los motivos por los cuales en la resolución 2017_3722937 SUB 71612 del 22 de mayo de 2017 se habían acreditado un total de 1757 semanas; en el reporte de semanas periodo enero 1967 a enero 2017, un total de 1866 semanas cotizadas, para luego expedirse otro dentro del periodo enero 1967 a septiembre de 2021, donde le informaron que llevaba 1.034.57.

En tal sentido, se evidencia que la respuesta a la petición elevada por el actor, correspondiente a la corrección de la historia laboral que se encuentra en guarda de la entidad administradora de pensiones COLPENSIONES, misma que tiene el deber de protección y diligencia de la información, no ha sido resuelto de

fondo, lo que genera la vulneración del derecho fundamental de petición y de paso el de hábeas data al existir una información incorrecta en punto al número de semanas cotizadas por el actor.

La Corte Constitucional, en la decisión T-470/19, precisó que:

1.1.El derecho fundamental de petición supone la prerrogativa a obtener una resolución pronta, completa y de fondo¹³. La resolución de fondo supone una resolución suficiente, efectiva y congruente con lo pedido¹⁴. La Corte Constitucional ha explicado que:

- i) una respuesta es suficiente cuando resuelve materialmente la petición y satisface los requerimientos del solicitante, sin perjuicio de **que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario;***
- ii) es efectiva si la respuesta soluciona el caso que se plantea; y*
- iii) es congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución verse sobre lo pedido y no sobre un tema semejante, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta¹⁵.*

De ahí que esa garantía imponga a las autoridades la obligación de adelantar un proceso analítico, dentro del cual: i) se identifique la solicitud, ii) se verifiquen los hechos, iii) se exponga el marco jurídico que regula el tema, iv) se usen los medios al alcance que sean necesarios para resolver de fondo, iv) se pronuncie sobre cada uno de los aspectos pedido y vi) se exponga una argumentación con la que el peticionario pueda comprender completamente el sentido de la respuesta emitida¹⁶. Así, no basta un pronunciamiento sobre el objeto de la petición cuando en él “no se decide directamente sobre el tema objeto de su inquietud, sea en interés público o privado, dejando [a la persona] en el mismo estado de desorientación inicial”¹⁷.

1.2.Para este Tribunal, el cumplimiento de ese deber en cabeza de las entidades administradoras de pensiones resulta especialmente relevante, puesto que las solicitudes de prestaciones sociales están supeditadas al cumplimiento de requisitos precisos, relacionados con

¹³ Ley 1755 de 2015, artículo 13.

¹⁴ Sentencia T-682 de 2017.

¹⁵ Sentencias T-587 de 2006 y T-682 de 2017.

¹⁶ Sentencias T-395 de 2008 y T-855 de 2011.

¹⁷ Sentencia T-228 de 1997.

la edad, las semanas de cotización, la estructuración de la invalidez, la dependencia económica, entre otros, que podrían afectar otros derechos fundamentales como la seguridad social y el mínimo vital. En ese sentido, las autoridades pensionales no pueden emitir contestaciones que conduzcan al peticionario a una situación de incertidumbre respecto de la existencia del derecho pensional, ni prolongar la definición de la solicitud mediante remisión a distintas dependencias. Tampoco pueden brindar respuestas que se limiten a informar el trámite interno a seguir, por cuanto la garantía solo se satisface con respuestas, es decir, cuando se decide, se concluye o se ofrece certeza al interesado¹⁸.

(Negrilla fuera de texto).

Conforme con lo anterior, si bien, la entidad no está en obligación de acoger las pretensiones que el actor efectúa a través de la petición, sí tiene el deber de suministrar la información que se le solicita de manera clara, precisa y de fondo, sin que la respuesta brindada el 19 de diciembre de 2019, cumpla con esas características, máxime que ha sido la propia entidad quien ha aportado diferentes certificaciones de reporte de semanas cotizadas en pensiones al señor JAIME ALBERTO ARBOLEDA CARMONA, por lo que la decisión tomada en primera instancia que determinó un hecho superado, deberá que ser revocada y en su lugar, se declarará vulnerados los derechos fundamentales de petición y hábeas data, por lo que se procederá a su tutela.

En consecuencia, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que dentro del término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda si aún no lo ha hecho a analizar la documentación con que cuenta la entidad con respecto al señor JAIME ALBERTO ARBOLEDA CARMONA C.C. 3.348.675, incluyendo la Resolución

¹⁸ Sentencia T-439 de 1998.

No. 2017_3722937 SUB 71612 del 22 de mayo de 2017 mediante la cual se le reconoció pensión de invalidez y la base de datos que tiene la entidad, para que realice un efectivo análisis sobre los motivos por los cuales existe inconsistencias en el número de semanas cotizadas por el accionante dentro de la base de datos, los motivos por los cuales en la resolución citada se le recocieron un mayor número al que ahora reporta y se realice una real corrección de los referidos datos.

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia mediante la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros denegó la tutela por hecho superado, presentada por el señor JAIME ALBERTO ARBOLEDA CARMONA y en consecuencia proceder al amparo constitucional por vulneración de los derechos fundamentales de hábeas data y petición.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que dentro del término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda si aún no lo ha hecho a analizar la documentación con que cuenta la entidad con respecto al señor JAIME ALBERTO ARBOLEDA CARMONA C.C. 3.348.675, incluyendo la Resolución

No. 2017_3722937 SUB 71612 del 22 de mayo de 2017 mediante la cual se le reconoció pensión de invalidez y la base de datos que tiene la entidad, para que realice un efectivo análisis sobre los motivos por los cuales existe inconsistencias en el número de semanas cotizadas por el accionante dentro de la base de datos, los motivos por los cuales en la resolución citada se le recocieron un mayor número al que ahora reporta y se realice una real corrección de los referidos datos.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

En licencia
LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
Magistrado

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa

**Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

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:
**084bbfe46050f56522fc6b82ba8ead3be8252be7a2a5e7fea127a7fa
5f99fe2f**

Documento generado en 07/12/2021 02:52:43 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



RADICADO: 05036000260201680097
INTERNO: 2021-0147-2
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
ACUSADO: FRANK ROBERT RESTREPO CORREA
DECISIÓN: SE CONFIRMA

Medellín, seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 111

1. ASUNTO

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado, contra la sentencia dictada el día 24 de noviembre de 2020 por medio de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí impuso sentencia condenatoria en contra de Frank Robert Restrepo Correa por hallarlo responsable como autor a título de dolo, del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en

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

concurso homogéneo descrito en los artículos 31, 209 y 211-5 del C.P.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Según la acusación, el 09 de octubre de 2016, Frank Robert Restrepo Correa realizó tocamientos libidinosos en los senos y en la vagina, en varias ocasiones, de la menor M.J.F.O., infanta nacida el 04 de febrero de 2007, en la habitación de la vivienda ubicada en la urbanización Villa Juanita del municipio de Titiribí, donde aquella dormía por ser aquél el cónyuge de Keila Maritza de Ossa Chavariaga, madre de la niña en mención.

3. RECUENTO PROCESAL

Por los hechos descritos, el 28 de enero de 2020, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Titiribí, con función de control de garantías, se formuló imputación a Frank Robert Restrepo Correa como autor del punible de *actos sexuales con menor de catorce años agravado* (arts. 209 y 211.5 C.P.), en concurso homogéneo y sucesivo.

En audiencia preliminar subsiguiente, por solicitud del delegado de la Fiscalía, el Juzgado de Garantías decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva carcelaria en contra del procesado.

Se presentó escrito de acusación por los mismos cargos, correspondiéndole la actuación por reparto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí, donde el día 16 de abril de 2020, se realizó audiencia en la que se formuló acusación por el delito antes señalado.

El 26 de mayo y 10 de junio de 2020 tuvo lugar la audiencia preparatoria. Y, el juicio oral se desarrolló en varias sesiones los días 19 de junio; 27 de agosto, 2 y 8 de septiembre de esa misma anualidad.

En la última fecha, concluida la práctica de pruebas y los alegatos finales, la Juez anunció sentido de fallo condenatorio, procediendo con la lectura de la decisión el día 24 de noviembre de 2020, donde se impuso al señor Frank Robert Restrepo Correa, la pena principal de ciento cincuenta y seis (156) meses de prisión y como pena accesoria la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena restrictiva de la libertad, conforme lo regula el artículo y 52 del estatuto penal en sus sin derecho a ningún sustituto penal.

Contra la sentencia de primera instancia, el defensor del condenado interpuso y sustentó el recurso ordinario de apelación, sin que las demás partes o intervinientes hicieran alguna intervención al respecto.

4. LA SENTENCIA APELADA

En primer término, el Juez de primera línea presentó el componente fáctico de su decisión, prosiguiendo con los datos del acusado y una breve referencia a los antecedentes procesales; para seguidamente plasmar las estipulaciones probatorias y continuar extractando la prueba testimonial recaudada en la etapa de conocimiento.

Ya en las consideraciones, refiere que en esta oportunidad se juzga al padrastro de la niña M.L.F.D, quien contó en estrados que Frank Rober, abusó de ella mediante tocamientos en su intimidad, en senos y vagina. Que este comportamiento se repitió varias veces, cuando su padrastro venia los fines de semana a su casa. Recordó que esto ocurría en las noches, mientras su madre dormía, aprovechándose para levantarse con el pretexto de tomar o comer algo, y así, ingresar a la pieza de la niña. También en ocasiones lo hacía, cuando en la noche se acostaba con ella para hacerla dormir. La conducta que se menciona la hacía el procesado quitándole sus prendas íntimas debajo de la cobija y él se quitaba sus pantaloncillos. Utilizó sus manos y el pene para realizar estos actos. Afirmó la niña, que se lo ocultó a su madre por temor a que Frank les hiciera daño, debido a las amenazas que recibía.

Para el fallador de instancia este testimonio es completo, al indicar las conductas, su autor y la manera como fue dado a conocer. El testimonio de la madre corrobora su dicho. La señora Keyla fue concreta al indicar que supo de estos actos abusivos por el relato de la niña, que ella le preguntó a la niña por el comportamiento de Frank, al verlo salir de su habitación

sin motivo alguno, pues lo había dejado organizando a su hijo J, mientras ella le traía un pantalón de afuera del apartamento. No sospechó de él hasta ese momento, y ante tal manifestación de su hija, acudió a la Comisaria de Familia para denunciar los hechos, momento en el que fue enviada a reconocimiento médico y entrevista con psicóloga de la comisaria de familia.

Relata que tiempo después la niña fue entrevistada nuevamente, por la Psicóloga del CTI en Amagá, luego la niña le contó con mayor detalle, que estos actos también tuvieron ocurrencia no solo cuando vivían en el apartamento de Villa Juanita, sino también cuando residían en el barrio la Milagrosa.

Refirió asimismo la madre de la niña, que la relación afectiva con el acusado tuvo muchos altibajos, hubo varias rupturas, por decisión de ella misma, pero después volvía con él por el amor que le tenía. Que vivieron en varias casas arrendadas y en la última separación, ella se había ido a su casa propia ubicada en el barrio Villa Juanita. Pasado un mes, ella misma recogió las cosas de Frank y las llevó para su casa, para restablecer la relación. Cuenta que su compañero trabajaba en Gómez Plata y los fines de semana regresaba a Titiribí, para estar con ella y sus hijos.

Se escuchó igualmente a las profesionales de la psicología, quienes entregaron su testimonio para ingresar sus respectivos informes, de atención psicosocial y de entrevista psicológica. La primera de ellas, Erika Jazmín Gil Rojas atendió a la niña en tres oportunidades por un evento ocurrido en el ambiente escolar,

por conductas sexuales problemáticas a raíz de una situación presentada en el aula de clase en el año 2018. Asunto que tiene relación con este caso, como una posible consecuencia del abuso al que fue sometida, pero no es concluyente al respecto.

También depuso Catalina Quiroz Ortega, quien realizó la primera entrevista Psicológica a la menor relacionada con este caso. La refiere como una niña que se desenvuelve con facilidad, ubicada en persona, espacio y tiempo. No percibe distorsiones de realidad y presenta un nivel de atención y concentración adecuados para su edad. Refiere la manera como la niña informó sobre el escenario de abuso al que fue sometida.

Para el a-quo con la prueba recaudada, analizada en su conjunto, con especial referencia al testimonio de la menor víctima, corroborados por los testimonios de la madre que de manera pronta denunció estos hechos al día siguiente que su hija le contara, se dan por demostrados los hechos investigados.

Describe los hechos estipulados, la edad de la víctima, que para el año 2016 contaba con nueve años de edad y la identificación del procesado. La cercanía del acusado facilitó la comisión de la conducta, al compartir la vivienda los fines de semana como compañero de su mamá y por el rol asumido de padrastro de la niña, en esa condición su cercanía le permitía un contacto directo, mírese que la misma madre informó que ella consintió que Frank en las noches acompañara a la niña

para hacerla dormir, mientras ella hacía lo propio con su otro hijo J.

La prueba de descargos no fue lo suficientemente sólida para crear duda sobre la ajenidad de la conducta, o por el contrario, logre justificarla, no existiendo animadversión o alguna otra circunstancia que afecte la solidez probatoria de cargo, por el contrario, es completa sobre la ocurrencia y autoría de la conducta. Los dos elementos del tipo penal están presentes con claridad, el acto sexual consistente en sobar o tocar los senos y la vagina de la niña con propósitos de obtener placer o estimulación sexual y que esta conducta rece sobre una víctima sea menor de 14 años.

De contera, se encuentra acreditado más allá de toda duda, con el convencimiento que se exige en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal que el señor Frank Rober Restrepo Correa cometió el delito de Actos sexuales con menor de catorce años al realizar tocamientos con la mano el cuerpo de M.L.F.D con propósitos claramente de índole sexual, al tocar sus senos y vagina, de igual manera utilizando su pene. Si bien no se pudo establecer de manera precisa el número de veces de las conductas acusadas, se resolvió en favor del procesado contabilizando al menos dos conductas para establecer la punibilidad.

Luego de ello, procedió el fallador a referirse a los planteamientos de la defensa en sus alegatos finales, en primer lugar, en cuanto a la supuesta contradicción de la víctima, lo

que le dijo a la madre, a las profesionales que la atendieron y lo dicho en el juicio oral. Se analizó el testimonio de la niña en el juicio oral, con inmediación, y porque si hubo algún tipo de contradicción no se le presentaron a la testigo para confrontar o refutar su credibilidad.

La niña en sus primeros relatos, a la mamá y demás intervinientes iniciales de la comisaria de familia y la médica, había informado solamente que Frank le sobaba los senos y la vagina con sus manos. Omitió que también había sido objeto de manipulación con el pene y que los abusos habían comenzado desde antes de vivir en el barrio Villa Juanita. A la niña no se le indagó por la razón del porque había omitido estos detalles. La explicación se obtuvo en el testimonio de la madre.

La señora Keyla Maritza, informó en el juicio sobre el mentado aspecto, manifestando, además, que la niña había sido más abierta con la psicóloga del CTI, porque para ese momento ya estaba segura que Frank no iba a volver a la casa. Situación atendible, ya que la niña se encontraba bajo el influjo de las amenazas que había prodigado el procesado para que no contara lo sucedido, situación que evidencia no farsante de su dicho, sino reservándose situaciones que consideró como más graves, al hacer alusión al miembro viril de su agresor.

De una vez, se hace mención a la contradicción temporal, en cuanto a la convivencia en el barrio La milagrosa. La señora Keila Maritza Deossa Echavarría informa que en la segunda casa arrendada en el barrio La milagrosa convivieron hasta abril del

año 2016, cuando ella dejó a su compañero y se fue a vivir a su inmueble propio en el barrio Villa Juanita. Por su parte la señora Luz Amparo Castrillón Agudelo en escrito aportado por la defensa informó que el señor Frank Rober fue su inquilino hasta el mes de diciembre de 2015. El despacho le da mayor credibilidad a la prueba testimonial, por cuanto la misma aporta mayores detalles y justificaciones, al ser un momento trascendente para la pareja porque hubo ruptura y se habitó una casa propia por parte de la declarante. Mientras la certificación no ofrece mayores detalles, y estaba siendo rendida ante solicitud escrita de la defensa en donde se hizo mención al año 2015.

Se argumenta por la defensa, que todo obedece a una intención de causar daño al señor Frank, instrumentando a su hija, es indicativo de ello, las versiones iniciales entregadas por la madre y no por la niña víctima. Se encontró que no existió tal instrumentación, por el contrario, para la fecha del 9 de octubre del 2016, no había ruptura en la pareja, no hubo disgustos o problemas que se hubieran resaltado en este juicio. Ese fin de semana como era la costumbre de la pareja, lo compartieron juntos en familia, y el evento que desata la inquietud de la madre frente a la aptitud de Frank, se hizo momentos antes que fueran todos a mericar. Y es a raíz de lo que la niña le confiesa a la madre, que se inicia toda la investigación, inicialmente en Comisaría de Familia.

La prueba mostró a una familia con dificultades en el tiempo, que ha tenido varias separaciones, con periodos de alejamiento

y reconciliación, con una última convivencia después de abril del 2016 hasta octubre del mismo año, cuando se presenta la separación definitiva al descubrirse la ofensa a su hija.

Se duele la defensa, que no se hubieren aportado la denuncia ante la comisaria de familia y la noticia criminal, así como las actuaciones del proceso de restablecimiento de derechos por parte de la Comisaria de Familia de Titiribí, que debió llamarse a su titular para dar cuenta de ello. Al respecto, indicó que, en este sistema acusatorio, las partes están en plena igualdad de presentar ante el Juez la prueba que demuestre sus afirmaciones, la Fiscalía con su prueba de cargo, presenta al juez las pruebas que considera necesarias para demostrar la ocurrencia del hecho y a su responsable. Por su parte, la defensa con pleno conocimiento de lo recaudado por su contraparte, hace su propia investigación. Con la posibilidad para las partes, de valerse de testimonios comunes, aportar elementos con fines de refrescar memoria o refutación, de presentar entrevistas o documentos contentivos de versiones anteriores del testigo para confrontarlo según su necesidad. Y no es en el momento del alegato final que se duelan de su ausencia.

La judicatura está obligada a valorar solamente lo traído a juicio, todo lo demás hace parte de los actos preparatorios o investigativos que cada parte depuró para presentar al juez lo esencial y necesario para sacar adelante su teoría del caso, o la duda, si este es el propósito. No se hacía necesario traer una denuncia, por cuanto lo que se valora es el testimonio, para lo cual se escuchó a la madre de la menor quien informó de que

modo puso en conocimiento de las autoridades lo acontecido con su hija y como obtuvo esa información. Y en este caso, relató lo que su hija le contó, percibiéndose además, a la menor quien contó con amplitud los padecimientos que sufrió de parte del procesado.

Otro aspecto que quiso detallar la defensa fue la animadversión, disgusto o rabia, por parte de la madre hacia su excompañero y su personalidad belicosa. Para el efecto, aportó los testigos Claudia Patricia Fernández y Marina Rojo, al indicar la primera que fue amenazada por Keyla para que no declarara en este juicio y la segunda, al haber escuchado del propio Frank que Keyla lo había amenazado con acabar con él. Amenaza que tal como lo pide el abogado de la defensa, debe ser investigada por la fiscalía, pero que para efectos de la causa que se investiga, no tiene la trascendencia para hacer menos creíble la versión de la madre. Que lo único que trajo al juicio es corroborar el testimonio de su hija.

En cuanto a la personalidad de la niña víctima, manifestó la señora Claudia Fernández, que la infanta es brincona, tuvo un episodio de consumo de drogas y que esta situación tuvo ocurrencia en el año 2018, dos años después de ocurrido los hechos, con poca trascendencia para este juicio. Ya para esta época se había denunciado el señor Frank, y el comportamiento de la niña, no es tema de juicio. Nótese que estamos hablando de una niña que para el momento del último episodio de abuso tenía nueve años de edad. Y si la niña tuviera un comportamiento inapropiado, no por ello, deja de ser

víctima de abuso. Son los adultos los llamados a proteger, cuidar y respetar a los niños, niñas y adolescentes. El señor Frank era referente de autoridad y protección para su hijastra, y estaba llamado a protegerla y no abusar de su condición.

Por su parte, la señora Luz Marina Rojo, no aporta nada trascendente para desvirtuar lo dicho por la niña y sus corroborantes. Conoció de la relación de Frank y Keyla, con sus altibajos y rupturas; Frank respondía económicamente por la familia incluida a la niña M.L. Se desconoce si las referencias de publicaciones en Facebook con las nuevas parejas de ambos, fueron antes o después de la ruptura definitiva en octubre de 2016. Y no puede dar fé de ninguna amenaza de parte de la señora Keyla, por cuanto solo lo conoce de oídas, del propio acusado y de su amiga Claudia Patricia. Le tiene buena estima a Frank y lo admira, sin embargo, no se está juzgando la personalidad del acusado, sino un abuso sexual en contra de su hijastra de lo que la testigo no conoce en absoluto.

Inconforme con esa determinación, el defensor del sentenciado manifestó que apelaría el fallo y lo sustentaría en forma escrita.

5. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

Las inconformidades expresadas por el apelante en contra de lo resuelto y decidido en el fallo confutado, están relacionadas en aseverar que en el proceso no se satisfacían los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para que en contra del acusado se pudiera proferir un fallo de condena, y más por el

contrario, en sentir del apelante, ante la existencia de múltiples dudas, estas debieron haber sido capitalizadas en favor del procesado Frank Robert Restrepo Correa, acorde con el principio del *in dubio pro reo*.

De la copiosa y confusa argumentación del recurrente, se puede evidenciar que la discrepancia se cimenta en cuatro pilares, los cuales tienen que ver con: a) La no demostración en juicio de los hechos jurídicamente relevantes como consecuencia de la indeterminación en la que se incurrió en lo que tenía que ver con la fecha en la cual acaecieron los insucesos; b) Formular una serie de críticas en lo que atañe con la apreciación del testimonio absuelto por la menor "M.L.F.O" y el grado de credibilidad que a sus dichos le fue concedido en el fallo opugnado, c) la sentencia se fundamentó en prueba de referencia y d) Existen irregularidades en el trámite que no fueron valorados por el a-quo.

En lo que corresponde con la primera de las tesis de la discrepancias propuestas por la defensa, se tiene que el recurrente adujo que en el presente asunto no se pudo determinar la ocurrencia de los hechos, como consecuencia en la indeterminación cronológica en la que se incurrió por parte del ente acusador respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se dice cómo sucedieron los hechos, derivación de las distintas versiones que se dieron sobre las circunstancias en mención.

Ya en lo concerniente con el segundo planteamiento de la inconformidad expresada por el recurrente, vemos que expuso que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del acusado se edificó con base en el testimonio único rendido por la víctima, cuyos dichos no ameritaban credibilidad por lo siguiente:

La narración de la menor agraviada no ha sido la misma en cada uno de los relatos que ha vertido, y más por el contrario afloraban muchas inconsistencias y contradicciones. Así se tiene que la menor manifiesta a la madre los hechos que presuntamente sucedieron al día siguiente de la ocurrencia de los mismos, y le dice después de que la madre la interroga que Frank la venía tocando en varias ocasiones. En esa primera versión, en ningún momento dice que había ocurrido en otros lugares, solo en Villa Juanita, sin embargo, más adelante manifiesta que los hechos también ocurrieron en Manizales y en la Milagrosa, pero que decidió no contarlo antes a su madre, porque le daba miedo.

En el testimonio de la galena Juliana María Alvarado Taborda se expuso que “la niña llega para ser valorada, pero quien da el relato de los presuntos hechos es la madre, en esa versión que le da la madre en ningún momento se habla de otros lugares, ni de la Milagrosa ni de Manizales, solamente de un hecho ocurrido el 09 de octubre de 2016”.

La deponencia de la profesional en Psicología Erika Jazmín Gil Rojas, se escuchó “En la versión que da la niña, no menciona

que había sido tocada, ni en Manizales ni en la Milagrosa, que solamente se acordaba del 09 de octubre de 2016, el día de la mamá fue a recoger un pantalón”.

La declaración de la Psicóloga Catalina Quiroz Ortega, quien reveló “el estado anímico de la niña era muy bueno, que la niña no recordaba sino el hecho que ocurrió el 9 de octubre”.

Considera así, que un relato contradictorio e inconsistente, no puede ser considerado como lógico y coherente, reprimiendo además que la menor manifestara que le daba miedo contarle a su mamá lo que estaba sucediendo, a pesar de que la Psicóloga Erika Rojas declaró que existía buena comunicación entre la menor y su madre.

El tercer punto de desacuerdo lo desarrolla, esgrimiendo que la menor no contó de manera directa lo acaecido a los distintos profesionales que la evaluaron, sino que, por el contrario, fue la madre de aquella, quien narró los acontecimientos, por lo que su narrativa en el juicio oral se basa en prueba de referencia.

El cuarto punto de disenso lo afinsa en varias situaciones que en su sentir dan al traste con una adecuada valoración de la prueba, mismos que exhibe, así:

- Nunca se llevó al estrado la denuncia que puso en conocimiento de las autoridades lo acaecido, por lo que considera “al no incorporarse una denuncia, pues el despacho desconoce esos hechos primarios que dieron

origen a que la fiscalía activara ese IUS PUNIENDI del Estado, es así como esta investigación empieza a flaquear desde los albores de la misma”.

- No se incorporó el acta de restablecimientos de derechos de la menor, esgrimiendo que la misma es relevante, pues “cuando a una persona están acusando de un delito de actos sexuales abusivos que tan siquiera el juez conozca si el servidor público competente como la comisaria, conoció de este hecho y es que en este caso los testigos profesionales psicólogos, manifestaban que fue una solicitud emanada de la comisaría ¿Por qué no se trajo a declarar a la comisaría del municipio de Titiribí y la fiscalía desiste en el juicio oral de dicha declaración?.
- El informe de la doctora Juliana Alvarado quedó mal diligenciado, por lo que debe ser motivo de nulidad, valoración que otrora, realizara ante esta Corporación, interponiendo recurso de apelación.
- El desistimiento de la entrevista forense tomada a la menor, debiéndose incorporar la misma por la relevancia de ese elemento de prueba, a efectos de acercarse a la verdad de lo sucedido.
- La falta de idoneidad del perito que realizó el álbum fotográfico, al punto que el dicho documento, no manifiesta que tipo de elementos utilizó para la realización del mismo.
- No se realizó álbum fotográfico a los otros lugares señalados por la menor, como Manizales y la Milagrosa, lo que imposibilitó que se recreara mental o visualmente esas partes, para así poder corroborar periféricamente el testimonio de la menor víctima.

- Los testigos de descargos aseveraron que la víctima tiende a mentir, su comportamiento es inapropiado, es consumidora de alucinógenos y desde muy temprana edad tiene relaciones sexuales, lo que debilita su testimonio.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Promiscuo con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

6.2. Problema jurídico

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del recurrente, considera la Sala que de los mismos se desprende como problema jurídico principal, el siguiente:

¿Se incurrieron en errores al momento de la apreciación del acervo probatorio, que incidieron para que no se tuviera en cuenta que, con las pruebas aducidas al proceso, en especial con lo atestado por la menor agraviada, no se satisfacían con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado Frank Robert Restrepo Correa, quien en consecuencia debió ser absuelto acorde con los postulados del *in dubio pro reo*?

Conforme con el punto de disenso, es pertinente indicar que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, la Sala centrará su atención en la revisión de los aspectos impugnados y en consecuencia en aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación del procesado ya que la defensa es apelante único.

- **No demostración de los hechos jurídicamente relevantes**

Alega el recurrente la no demostración en juicio del hecho jurídicamente relevante para determinar con certeza si el hecho ocurrió, mismo que gravita en varias versiones contradictorias cercenando principios contentivos de la lógica como principio de identidad, no contradicción y tercero excluido.

Para la Corporación es claro que lo deseable es que exista la mayor exactitud en la determinación de la fecha en que se llevó a cabo el camino delictivo, no obstante, es posible cumplir dicha aspiración, a través del señalamiento de unos lapsos que,

por vía de inferencia elemental, al ser conjugados con las circunstancias modales y espaciales de los acontecimientos los ubique inequívocamente la época de su realización.

En este orden de ideas, la defensa debe entender que los delitos que vulneran la integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes, como en este caso, cuando son repetitivos ocurren en el contexto de su diario vivir, por ende, la edad, puede influir en que no se conserve en la memoria la hora y el día exactos en que ocurrieron, por lo tanto, no es extraño que la evocación se relacione con determinados eventos especiales.

Es de anotar que frente al tiempo o fecha en la cual tuvieron ocurrencia los cambios o las modificaciones que externamente acaecieron en el mundo fenomenológico, el deber probatorio que le asiste al ente acusador es relativo, ya que en muchas ocasiones quedaría satisfecho ese elemento con solo demostrar de manera plausible que los hechos pudieron haber ocurrido en un periodo determinado o en una fecha probable o factible.

En el caso en estudio, la Sala considera que la Fiscalía si cumplió con la obligación que le asistía de demostrar que los hechos tuvieron ocurrencia dentro de un periodo determinable y especificable, del cual estaba enterado la defensa y con base en ese conocimiento podía estructurar las estrategias defensivas que en su leal saber y entender consideraba como pertinentes para rebatir la acusación.

Para demostrar la anterior afirmación, vemos que si bien es cierto que en el escrito de acusación se dijo que los hechos jurídicamente relevantes tuvieron ocurrencia en varias ocasiones desde que la menor vivía en el barrio La Milagrosa, solo hasta el día 09 de octubre de 2016 la madre de la menor se percató que algo raro sucedía con su pareja Frank Robert, por lo que decidió preguntarle por lo que estaba sucediendo, momento que aprovecha aquella para relatarle lo que venía sucediendo de tiempo atrás con su padraastro.

De igual manera se debe tener en cuenta que en el libelo acusatorio con claridad se explica lo que la señora Keila Maritza – progenitora de la menor -, logró evidenciar el día 09 de octubre de 2016, lo que la llevaron a interrogar a aquella a su hija, para una vez escuchado su relato, trasladarse ante las autoridades correspondientes a poner en conocimiento tal hecho.

Asimismo, no se puede ignorar que con los elementos materiales probatorios que le fueron descubiertos por la Fiscalía a la defensa, se avizoraba la fecha probable en la que ocurrieron los hechos, como bien se desprende del contenido de los informes periciales de los dictámenes sexológicos y psicológicos que le fueron practicados a la menor ofendida por parte de los distintos profesionales en el área de la salud. Lo cual a su vez obtenía eco con el testimonio absuelto por la Sra. Keila Maritza Deosa Chavarriaga, el cual también le fue descubierto en su debida oportunidad a la defensa.

En esta medida, se verifica que la delegada fiscal escindió las conductas punibles y estableció el tiempo de ocurrencia de acuerdo con la edad de la menor (que fue objeto de estipulación), los acontecimientos que rodearon la comisión de las conductas punibles y el bien jurídico tutelado.

En ese orden de cosas, la Sala concluye que en el presente asunto no tuvo ocurrencia la mácula denunciada por la defensa, debido a que desde un principio dicho sujeto procesal sabía o tenía conocimiento, o en su defecto tuvo la posibilidad de saberlo, que los hechos jurídicamente relevantes acaecieron en un periodo determinable y factible que vendría sucediendo en el año 2016, periplo durante el cual el procesado en su calidad de padrastro convivía con ella y su familia.

En ese sentido, la comprensión de los hechos objeto de debate se hizo incuestionable, cuando en la audiencia que convoca a juicio el Juez de Conocimiento preguntó a las partes respecto de la configuración nulidades y no fue invocada casual alguna, lo cual, resulta consonante con lo ocurrido en la audiencia preparatoria, lo que se entiende como una clara comprensión de los hechos jurídicamente relevantes que adecuó la Fiscalía en el tipo penal investigado.

En ese sentido, el reproche del censor se torna infundado.

- **El Valor probatorio dado al testimonio de la víctima**

Mediante el presente cargo el apelante descalificó la valoración del poder suasorio que en el fallo de primer nivel se le concedió al testimonio rendido por la menor "M.L.F.D." al aseverar que se estaba en presencia de un testimonio poco convincente como consecuencia de las contradicciones e inconsistencias en las cuales incurrió en sus relatos, a lo que se le debía aunar que en momento alguno sus dichos encontraban corroboración o respaldo en el resto de las pruebas allegadas al proceso.

Frente a lo anterior, la Colegiatura dirá que no le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante para cuestionar el poder de convicción que en el fallo confutado se le concedió al testimonio absuelto por la menor "M.L.F.O en su calidad de víctima de las conductas punibles enrostradas al procesado Frank Robert Restrepo Correa.

Para poder llegar a la anterior conclusión se hace necesario tener en cuenta lo escuchado en la etapa de juicio oral, estableciéndose que:

Un análisis del contenido del testimonio absuelto por la menor agraviada, se desprende que estamos en presencia de una narración hilvanada y coherente, en la cual la víctima en su relato expuso de manera plausible las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de cómo ocurrieron los diferentes abusos sexuales a los cuales fue sometida por parte del hoy procesado, los que acaecieron durante el periodo de convivencia con su madre como su pareja sentimental, tanto en el inmueble

habitado en el barrio La Milagrosa como el ubicado en Villa Juanita.

Para mayor claridad se transcribe en su literalidad el testimonio de la ofendida quien expuso:

“Esto sucedió cuando yo tenía 9 años en el año 2016, bueno la primera vez fue cuando vivíamos en el barrio La Milagrosa de Titiribí cuando él venía todos los fines de semana sucedía lo mismo. La primera vez fue una noche, yo no pensaba que él me iba a hacer eso, yo estaba tranquila en mi cama, normal cuando de un momento a otro yo sentí que abrieron la puerta yo me quedé tranquila porque pensé que era mi mamá, mi mamá ya se había acostado, me había echado la bendición y me dio el beso de buenas noches, porque no había noche que no me echara la bendición y ella me cerraba la puerta y bueno. Cuando yo sentí que alguien abrió la puerta y entró, yo me asusté y normal, cuando sentí que alguien se metió debajo de mi cobija, yo voltee y lo mire y le dije ¡ay ya viene a joder usted! Dize que yo que le voy a hacer, entonces ahí mismo se acostó y yo no sabía lo que me iba a hacer entonces empezó a tocarme las partes íntimas. Yo sentí mucho susto porque la verdad él nunca me había hecho eso yo me sorprendí y le dije usted porque me está haciendo eso, entonces él se me puso encima y con el cuerpo me tenía las manos, yo no sabía que hacer, porque obviamente un hombre tiene mucha fuerza, con la mano me tapo la boca para que yo no gritara y llamara a mi mamá y con la otra me tocaba mis partes íntimas, yo no sabía que hacer ni como llamar a mi mamá, me amenazó de que si yo, lo metían a la cárcel y cuando saliera me iba a matar a mi y a mi mamá, yo para no poner en riesgo a mi mamá, pues yo no le quise decir nada. Todos los fines de semana cuando él venía ocurría lo mismo, bueno hasta que ese mismo año yo llegue donde mi abuela y mi mamá me dijo, L mañana nos vamos para Villa Juanita ¿Y eso por qué ma? No dize que yo pelle con Frank y el acabo de irse para Gómez Plata que no sé qué, entonces nos vamos a ir mañana. Ah bueno entonces yo me puse muy contenta porque me iba a dejar de hacer lo que él me estaba haciendo, yo estaba muy contenta. Cuando él se dio cuenta que nosotros nos habíamos pasado para allá, empezó a rogarle a mi mamá que volviera a la casa y mi mamá que no, que no, que no, hasta que ellos volvieron y él se fue a vivir allá. Yo todas las noches lloraba y lloraba en el baño porque iba a volver a pasar lo mismo. Volvió y ocurrió lo mismo hasta como que él se cansó de solamente estarme tocando, pues yo no se que es eso que ustedes dicen penetración, yo no se que es eso, yo nunca he hecho eso ni he

conocido eso ni nada. Cuando esa noche él llegó me bajo los pantalones y se bajo los calzoncillos él. Yo me asusté y yo le dije ¿qué iba a hacer? Yo me volteeé para el rincón para que el no me hiciera nada y entonces empezó a sobarme con el pene de él, empezó a metérmelo por las piernas, yo pensaba que iba y eso empezó a hacerme cosas, a manosearme y entonces empezó a hacerme un montón de cosas ahí que en estos momentos no quiero recordar ni todo eso porque eso es muy duro para mi saber que me pasó eso y ya lo estoy olvidando y dejándolo en el pasado aunque ahí veces lo recuerdo y lloró por lo que me pasó y bueno empezó a sobarme y yo con mucho susto de que me fuera a hacer y entonces mi hermanito llegó y se le montó encima y le dijo váyase pa' allá, váyase pa' allá, entonces al momentico llegó mi mamá y le dijo ¿Entonces usted se va a quedar ahí toda la noche? Y entonces su subió los calzoncillos, y salió y se fue para allá, yo escuche que entró al baño, demás que se limpió, yo quedé muy asustada, pensando ahí este señor que me hizo, entonces yo me subí los pantalones y ya al otro día nos íbamos a ir a mericar y yo estaba en mi cuarto poniéndome los zapatos cuando él acaba de salir del baño en toalla y entonces le dijo a mi mamá ¡vaya por un pantalón mío que yo no puedo subir así! Entonces mi mamá salió y fue por el pantalón, yo estaba ahí sentada en el bordito de mi cama poniéndome los zapatos cuando él llegó y empezó a tocarme encima de la ropa y mi mamá lo había dejado a él en el cuarto poniéndole los zapatos a mi hermano J y yo en mi cuarto poniéndome los zapatos. Cuando él escuchó que mi mamá salió se fue para mi cuarto y empezó a tocarme encima de mi ropa y yo le dije que no me haga eso, que yo no quiero que me haga eso más, entonces cuando escuchó que mi mamá abrió la puerta, ahí mismo salió corriendo para el cuarto donde estaba mi hermano. Al otro día ya el viaje para Gómez Plata cuando mi mamá me preguntó ¿L que le está haciendo Frank? Yo llorando le conté a mi mamá lo que estaba pasando porque ya dejé el temor de todo porque ya me había cansado de todo lo que él me estaba haciendo..."

No es cierto que la menor ofendida, respecto de lo acontecido, no haya sido coherente en los diferentes relatos que absolvió ante las diferentes entidades a las cuales compareció de manera previa, porque si comparamos lo que atestó en el juicio con lo que en el pasado había declarado ante los distintos profesionales que la valoraron por lo acaecido, de bulto se observa que pese a unas insignificantes variables se conserva el núcleo central de su relato, el cual siempre fue el mismo: los

diferentes atropellos sexuales que fueron perpetrados por el sátiro durante el periodo en el que este último estuvo conviviendo con su madre, mismos que comenzaron en el inmueble ubicado en el barrio La Milagrosa y continuaron en el barrio Villa Juanita, y de no ser porque su mamá sospechó de la actitud sospechosa de su pareja Frank Robert el día 09 de octubre de 2016, aquellos insucesos seguirían en la clandestinidad.

Tal coherencia habida entre los diferentes relatos absueltos por la menor agraviada, estructuran lo que la doctrina ha denominado como "indicio de perseverancia", el cual se presenta cuando el declarante, en aquellos eventos en los cuales ha rendido diferentes declaraciones, ha mantenido en firme su imputación.

Al no existir prueba alguna que demuestre todo lo contrario, se pueden considerar que son producto de simples y meras especulaciones todos los cuestionamientos que el opugnante ha efectuado en contra de lo atestado por lo relatado por la menor, además de evidenciarse que aquel, acogió pequeños fragmentos de las deponencias de los testigos de cargo a efectos de hacer ver unas contradicciones, que recálquese, no existen.

Pese a ser cierto lo dicho por el apelante respecto a que en el proceso, salvo lo atestado por la víctima, no existen pruebas directas sobre la ocurrencia de los abusos y atropellos erótico-sexuales a los que fue sometida la agraviada por parte del

encausado. De igual manera se debe tener en cuenta que ese tipo de falencias en la gran mayoría de los casos se presentan en los delitos sexuales, los cuales se cometen en un escenario de subrepticia intimidación, razón por la cual, por tales características, han sido denominados por la criminología como “delitos de alcoba”, porque el perpetrador, para saciar su libido con ventaja y sobreseguro, y bajo el cobijo de un relativo manto de impunidad, alevosamente saca provecho ya sea de la ausencia de miradas indiscretas o de la intimidación en la que se desarrollan esos eventos lujuriosos.

Lo cual aconteció en el caso en estudio, si nos atenemos a los dichos de la víctima, quien adujo que el sátiro hacía de las suyas con ella en su habitación en las horas de la noche mientras su mamá se encontraba dormida, en los cuales impunemente podía manosearla, intimidarla y toquetearla, con la relativa seguridad de no ser sorprendido con “*las manos en la masa*”.

Y en este punto, es claro que los dichos de la menor no se encuentran huérfanos en el proceso, porque en la actuación se allegó prueba, tal como el testimonio rendidos por la señora Keila Maritza Deosa Chavariaga, con los que se demuestra que el procesado y la ofendida, durante un largo lapso, vivieron bajo el mismo techo, que aquel en varias oportunidades la iba a hacer dormir, momento que aprovechaba para satisfacer su libido sexual, y en otras oportunidades en las horas de la noche se levantaba a tomar jugo o hacer otras cosas, momentos que aprovecha para entrar al cuarto de su hija y manosearla en su humanidad.

Recordó que en una oportunidad él se fue para el cuarto de su hija M.L. a “hacerla dormir”, ese día se demoró mucho en el cuarto de aquella por lo que tuvo que levantarse de la cama a increparlo para que volviera a su habitación, instante que compagina con aquel momento en el que él se baja su prenda interior y empieza a sobarle el pene por las piernas, tal como lo aseguró la infanta en la vista pública.

Aunado al hecho anterior, la progenitora de M.L., reveló como se enteró de lo que venía sucediendo entre Frank Robert y su hija, narrando: *“eso ocurrió un fin de semana que él vino, nosotros íbamos a mercar, un domingo, yo salí para el patio que quedaba afuera de la urbanización porque el señor me mandó por un blue jean para el colocarse y lo dejé a él en el cuarto del niño para él colocarle los zapatos, y a la niña la deje en el cuarto de ella calzándose. Cuando volví e ingresé a la casa no me demoré mucho, el señor salía con rapidez del cuarto de la niña. A mí me pareció como extraña la actitud, ese día no dije nada y nos fuimos a mercar. Al día siguiente que ya el señor se había ido, ahí sí cogí a mi niña y le pregunté qué estaba haciendo el señor Frank en el cuarto de ella cuando yo salí por el pantalón que él me mandó a buscar y entonces ella inmediatamente se puso a llorar y me dijo mami es que yo le voy a contar pero es que a mí me da mucho miedo, me da mucha pena de usted y me contó que él hacía muchos días venía tocando la vagina y los senos, ya yo le dije porque no me había contado antes y al día siguiente vine a la comisaría de familia y entable la denuncia en contra de él”*. El anterior relato se conjuga con lo manifestado por la menor víctima respecto a cómo llegó a oídos de su madre lo acaecido.

Por lo tanto, las pruebas que demuestran esa interacción habida entre el procesado y la ofendida como consecuencia

de compartir el mismo espacio, serán apreciadas por la Colegiatura como hechos indicadores del indicio de la oportunidad para delinquir, el cual se presenta en aquellos eventos en los que el sujeto agente se encuentra en unas circunstancias o condiciones especiales que le hacen posible o le facilitan la comisión de un hecho delictivo; como bien aconteció en el caso *subexamine*, en donde la aludida relación de proximidad habida entre víctima y victimario, pudo facilitar para que este último pudiera perpetrar los atropellos y abusos sexuales endilgados en su contra.

Respecto del aludido indicio de la oportunidad para delinquir, bien vale tener en cuenta que la doctrina ha expuesto lo siguiente:

“Entiéndase por ésta la condición especial que tiene el acusado quien se encontraba, ya por sus cualidades personales, ya por sus relaciones con las cosas, y merced a la cual resulta para él más o menos fácil la perpetración del delito.

(...)

La oportunidad para delinquir refiérase, según se ha dicho, ya a las cualidades personales del acusado, ya a las relaciones en que este se encontraba con las cosas, toda vez que las acciones criminales, como todas las demás acciones, se verifican con ciertos medios. Estos medios son inteligencia, la fuerza, la pericia, el conocimiento, el uso de cosas o de obras ajenas, resultando claro que algunos de estos medios son propios del acusado y otros no.....”².

Es cierto que podría generar muchas suspicacias el hecho consistente en que los acontecimientos lujuriosos solo fueron ventilados después que transcurrió un tiempo considerable de su

² GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO LUIS: La prueba en el sistema penal acusatorio. Página # 931. 1ª Edición. 2.011. Leyer Editores.

ocurrencia y que al principio no contó con lujo de detalles las felaciones a los que era sometida por parte del señor Restrepo Correa. Pero de igual manera, no se puede desconocer que las pruebas habida en el proceso nos enseñan que tal exposición a la luz pública se debió a que la víctima, sentía temor, miedo, vergüenza y pena por lo que estaba sucediéndole.

Por lo tanto, para la entidad tribunalicia no existe duda alguna que la conversación que la agraviada sostuvo con los distintos profesionales de la salud, además de lo manifestado a su madre Keila Maritza, se constituyó en una especie de catalizador que le hizo tomar consciencia y tener confianza para narrar la historia completa.

Ahora, si la niña expuso a la Psicología Erika Jazmín Gil Rojas, *“En la versión que da la niña, no menciona que había sido tocada, ni en Manizales ni en la Milagrosa, que solamente se acordaba del 09 de octubre de 2016, el día de la mamá fue a recoger un pantalón”*, no emerge de allí una contradicción tal como para desvirtuar la narración de la víctima, según lo pretende el recurrente, pues la niña en ninguna de sus declaraciones aseveró que los hechos hubieran ocurrido en el barrio Manizales, y si omitió mencionar la ocurrencia de los mismos en el barrio La Milagrosa, en nada afecta la ocurrencia de los hechos que tuvieron lugar en varias ocasiones, tanto en el barrio La Milagrosa como en la casa ubicada en el barrio Villa Juanita del municipio de Titiribí.

De igual manera, si en el testimonio de la galena Juliana María Alvarado Taborda se expuso que *“la niña llega para ser valorada, pero quien da el relato de los presuntos hechos es la madre, en esa versión que le da la madre en ningún momento se habla de otros lugares, ni de la Milagrosa ni de Manizales, solamente de un hecho ocurrido el 09 de octubre de 2016”*. La Sala no advierte ni el defensor fue claro como para concluir que a partir de dicha situación la víctima en este asunto decidió inventar una cadena de sucesos acerca de que aquél la intimidaba con matarlas a ella y a su mamá para que no contara nada, a cambio de que permitiera dejarse tocar. Además de ello, la galena Alvarado Taborda fue enfática e insistente en mencionar, que la niña manifestó que no deseaba contar lo sucedido, por lo que a efectos de no revictimizarla, decidió escuchar lo sucedido de boca de su madre, relato aquel, que se conjuga con lo señalado por la menor tanto en la vista pública, como antes los distintos profesionales que la atendieron, sin que se estructure irregularidad en su dicho.

En efecto, aquella relató las conductas que directamente hacía el acusado sobre su humanidad, las cuales experimentó, sin que haya lugar a una supuesta circunstancia implantada, con mayor si expuso acerca del temor que sentía cuando él se posaba a un costado de ella o cuando le tocaba sus partes íntimas, es decir, se descarta la aducida formación de incongruencias en lo relatado a la profesional en medicina Juliana Alvarado Taborda. Su relato fue coherente, claro, fluido, espontáneo y detallado sobre el acontecer del cual fue víctima.

Si también se escuchó en el foro público a la psicóloga Catalina Quiroz Ortega, revelar “el estado anímico de la niña era muy bueno, que la niña no recordaba sino el hecho que ocurrió el 9 de octubre”, no se constata la articulación de tal aserto con la no ocurrencia de los encuentros de carácter sexual a los que la sometió el infame agresor.

Desde luego, no debe perderse de vista que se trata de una niña que para la época de los hechos contaba con 9 años de edad, con irregular escolaridad pues estaba en quinto de primaria, inmersa en la problemática constante que padecía su mamá con Frank Robert del que recibía tratos degradantes, motivo por el cual no puede esperarse de su relato una ordenada secuencia fáctica y cronológica, pero sí, extraer de allí los elementos suficientes para dar por probado que el acusado en varias ocasiones aprovecha la complicidad de la noche para ingresar a su cuarto y tocarle sus partes íntimas, sin que se adviertan motivos para que inventara tales procederes y más aún, para que suministrara detalles sobre la forma en que ocurrieron y hasta los momentos que se llevaban a cabo, además de precisar que solo una vez se bajó su ropa interior, acariciándole las piernas con su pene y que sus comportamientos no le causaban dolor.

Aunque el defensor en su vano esfuerzo por debilitar la entrevista de la niña y la corroboración periférica, pretende crear confusión acerca de quiénes se enteraron de los hechos y cómo llegaron a ese conocimiento, lo cierto es que la menor en la entrevista refirió que contó lo ocurrido a su madre y a los

distintos profesionales en la salud que conocieron su caso, relatos que confirmaron, con el suministró detalles de cómo y cuándo sucedieron.

Si bien la defensa alega que no se incorporó tanto la denuncia como el proceso de restablecimientos a la menor por parte de la comisaria de familia, lo cierto es que tales elementos no fueron descubiertos en el juicio por la Fiscalía y si bien podrían erigirse, como lo quiere hacer notar el defensor, en "*mejor evidencia de lo ocurrido*", su ausencia no tiene la virtud de descartar la comisión del delito y la responsabilidad del procesado, pues se cuenta con otros elementos de convicción, máxime si a partir del principio de libertad de prueba, tales documentos no corresponden a la única forma en que se pueda acreditar la comisión de una serie de atentados sexuales contra una menor como los aquí investigados.

Siendo entonces el antes aludido yerro, en el cual la víctima se encontraba hasta ese entonces, la razón por la cual no contó de una vez todo lo acaecido, advirtiéndose, que no es que se hayan agregado hechos, solo que en un principio contó lo que había ocurrido los últimos días con Frank Robert, agregando que los actos lujuriosos venían sucediendo de tiempo atrás.

Lo dicho hasta ahora es suficiente para que la Sala concluya que no pueden ser de recibo los reproches formulados por el apelante para cuestionar la credibilidad que en el fallo confutado se le otorgó al testimonio rendido por la menor

“M.L.F.O en su calidad de víctima de los delitos endilgados en contra del procesado Frank Robert Restrepo Correa.

La sentencia se fundamentó en prueba de referencia

El apelante para señalar que el testimonio de la madre, no son prueba directa, es de referencia y no coherente con la acusación, por no existir una inferencia lógica de la actuación fáctica, el tema así expuesto solo es un enunciado, que no tuvo ningún desarrollo argumentativo. Es claro que el testimonio de la madre de la menor se convierten en referencial frente a los actos ejecutivos constitutivos del punible, pero no fueron utilizados por el fallador de primer grado para probar esos hechos, sino para analizar la coherencia externa del relato de la menor, al dar cuenta de manera directa de la forma como ésta asumió la revelación de la conducta delictiva y todo lo que surgió alrededor de esa situación, sin que se aprecie yerro alguno en la valoración de la prueba, el que tampoco devela el recurrente.

La incorrecta apreciación de las pruebas testimoniales de descargos.

Adujo el apelante que en el fallo de primer grado no se apreció en debida forma los testimonios absueltos por la investigadora judicial Lina Marcela Ángel Álvarez, Claudia Fernández, Luz Marina Rojo con los cuales, en sentir del recurrente, se demostró que el Procesado es una persona que no pudo cometer los

delitos por los cuales fue llamado a juicio y posteriormente declarado penalmente responsable.

Al analizar lo atestado por los aludidos testigos, la Corporación llega a la conclusión consistente en que se está en presencia de testigos que no le aportaron nada útil al proceso, puesto que a ellos no les constaba ni sabían nada de lo acontecido, siendo lo único que hicieron fue declarar sobre aspectos relacionados con la conducta y el buen comportamiento del procesado, lo que en momento alguno le hizo mella a la teoría del caso de la Fiscalía.

El testimonio de la tía de la menor, Claudia Fernández, se afincó en insinuaciones en contra de la forma de ser de la menor - sobre su comportamiento social y sus intereses sexuales, y formuló sobre ella reproches de índole eminentemente subjetivista - las que en nada tienen que ver con lo que es objeto de juzgamiento y en nada apuntan a la consolidación de una hipótesis alternativa compatible con la inocencia de Restrepo Correa. No debieron ser permitidas porque no tienen objeto distinto que el de mancillar la honra y dignidad de la víctima.

En lo que tiene que ver con el testimonio absuelto por Luz Marina Rojo en momento alguno se desvirtuaban o ponían en tela de juicio los señalamientos que la ofendida efectuó en contra del procesado como la persona que abusó sexualmente de ella, porque esos abusos y arbitrariedades bien pudieron tener ocurrencia durante los periodos en los cuales la testigo de marras no estuvo acompañando laboralmente al encausado.

En síntesis, ningún crédito puede otorgarse en sana crítica a sus aserciones, por lo anotado en precedencia.

Irregularidades en el trámite al interior del proceso

El informe de la doctora Juliana Alvarado quedó mal diligenciado, por lo que debe ser motivo de nulidad, sin embargo, el recurrente no realizó reproche alguno durante el contrainterrogatorio, agregando además que la galena fue clara al inicio de su intervención al manifestar que había cometido un lapsus al dejar plasmado solo un parte de otra valoración pero que en ello en modo alguno afectaba el análisis realizado a la menor.

En efecto, para la Sala el error intrascendental realizada por la doctora Alvarado Taborda, no desdibuja lo hallado en su valoración y mucho menos, lo manifestado en su testimonio, por lo que tal solicitud no encuentra asidero jurídico, despachándose de manera desfavorable la misma.

De otro lado, alega el opugnante que el desistimiento de la entrevista forense tomada a la menor, debiéndose incorporar la misma por la relevancia de ese elemento de prueba, a efectos de acercarse a la verdad de lo sucedido. Aunado a que no se realizó álbum fotográfico a los otros lugares señalados como fueron los inmuebles ubicados en el barrio Manizales y la Milagrosa, lo que imposibilitó que se recreara mental o

visualmente esas partes, para así poder corroborar periféricamente el testimonio de la menor víctima.

No obstante, tal planteamiento, lo único que pretende es revivir el abrogado principio de la investigación integral, el cual consagraba las obligaciones que le asistía a la Fiscalía de recaudar en la investigación todas las pruebas que le fueran favorables o desfavorable a los intereses del procesado.

Dicho principio, como ya se sabe, fue abolido a partir de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, el cual consignó como uno de sus principios fundantes el conocido como el de la adversariedad, en virtud del cual dos partes, con pretensiones e intereses contrapuestos, se enfrentan con lealtad ante un Juez imparcial. Escenario este en donde las partes enfrentadas adquieren la obligación de allegar ante el Juzgador de instancia los medios de conocimientos que consideran como necesarios para demostrar sus pretensiones y así poder salir airoso.

Por ello se ha dicho que como consecuencia de la adopción de ese esquema adversarial, en contraposición del aludido principio de la investigación integral surgió el denominado principio de “la incumbencia probatoria”³, en virtud del cual, en aquellos eventos en los cuales la Defensa pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus

³ El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia de 1ª instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba *«le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico»*.

pretensiones es obvio que no se encuentra eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida en pro de sus intereses.

Lo antes expuesto quiere decir que a pesar de lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta y en el artículo 7º C.P.P. en donde se preceptúa que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, de igual forma la Defensa, en aquellos eventos en los cuales pretenda refutar la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, si quiere salir avante en sus pretensiones, no debe quedarse de brazos cruzados, y más por el contrario le asiste el deber de suministrar las pruebas con las cuales pueda demostrar la hipótesis propuesta.

En el caso en estudio vemos como la defensa se duele que el ente persecutor no haya hecho uso de la recolección una serie de elementos, con la cual, en su sentir, se podía corroborar el dicho de la menor. Pero es de anotar que si el interés de la Defensa radicaba es desvirtuar o refutar que con las pruebas aportadas por la Fiscalía no se podía demostrar tal hipótesis, acorde con los postulados del aludido principio de la incumbencia probatoria, era a la defensa a quien le asistía la obligación de allegar al proceso las pruebas pertinentes del caso, que le pudieran permitir desestimar lo manifestado por la menor víctima.

Para finalizar, la defensa alega la falta de idoneidad del perito que realizó el álbum fotográfico, al punto que dicho documento, no manifiesta que tipo de elementos utilizó para la

realización del mismo. En ese orden, al escuchar el registro de audio se evidencia que su testimonio no fue objetado, ni su dicho, por lo que su credibilidad técnica está intacta, y de las mismas se puede extraer que las fotografías por él realizadas, son fiables. Valga decir adicionalmente que, si en gracia de discusión se aceptara el argumento estudiado, en modo alguno se desvirtuaría la existencia de la conducta punible llevada a cabo por el señor Frank Robert Restrepo Correa.

En ese orden de ideas elaboradas, contrario a lo expuesto por el recurrente, considera la Magistratura que con suficiencia se consiguió el estándar de conocimiento para condenar, esto es, a partir de la corroboración periférica se estableció la veracidad de lo expuesto por la menor en su deponencia ante la vista pública y se desvirtuó más allá de duda razonable la presunción de inocencia del acusado.

Conforme a lo anterior, advierte la Corporación que no hay dudas trascendentes sobre la materialidad de los delitos o la responsabilidad de Frank Robert Restrepo Correa, como para revocar el primer fallo de condena.

ANOTACIÓN FINAL

No puede dejar pasar por alto la Sala, la omisión en que incurrieron el juez y la delegada fiscal, al desconocer las limitaciones que impone el C.I.A. respecto a la identidad de la menor víctima, en tanto desde un primer momento la llamaron por su nombre, cuando lo correcto era utilizar sus iniciales, lo que

hicieron en muy pocas ocasiones. Además, que a lo largo de la sentencia se plasmó el nombre completo de la preadolescente.

En ese sentido, se llama la atención de los funcionarios judiciales para que a futuro se tengan la reserva del nombre cuando se trate de víctimas menores de edad, para que eviten incurrir de nuevo en tales anomalías.

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

7. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí el día 24 de noviembre de 2020, mediante la cual condenó por primera vez a Frank Robert Restrepo Correa, como autor del punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, atendiendo las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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

TERCERO: Devuélvase por Secretaría al Juzgado de Origen la actuación una vez se encuentre en firme la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
MAGISTRADO**
(En licencia no remunerada)

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

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:

**526d511adde9b93ad9d53cda4197ce586eb46a74d31e7979b4d8
203f08b1f640**

Documento generado en 06/12/2021 05:25:47 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 050002204000202100670
No. interno: 2021-1826-2
Accionante: JOSÉ ISAÍAS VÁSQUEZ AGUDELO
Accionados: JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN
DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD
DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA Y OTROS
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No.057
Decisión: No accede, hecho superado

Medellín, seis (6) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 111

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de tutela incoada por el señor JOSÉ ISAÍAS VÁSQUEZ

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

AGUDELO en contra del JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA y el ÁREA JURÍDICA DE LA CÁRCEL Y PENITENCIARÍA DE MEDIANA SEGURIDAD DE PUERTO TRIUNFO- EL PRESEBRE, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de petición y debido proceso

2.- HECHOS

Manifiesta el accionante que, desde el día 9 de agosto de del año solicitó le sean redimidos los certificados de computo de los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2019, certificados Nros: 17784804 y 18027741 de 2020; certificado 18095812 y 18189747 de 2021; sin obtener respuesta hasta el momento de la interposición del presente amparo.

En vista de lo anterior, solicita sean redimidos los citados certificados de cómputos.

3. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta del Doctor Benigno Robinson Ochoa, Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, en la que informa:

"1. El señor JOSÉ ISAÍAS VÁSQUEZ AGUDELO, descuenta pena equivalente a SETENTA Y OCHO (78) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE UN (1) S.M.L.M.V. impuesta el día 27 de noviembre de 2018, por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín-Antioquia por los punibles de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS Y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMA DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES Y TRÁFICO, FABRICACIÓN, PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

2. Mediante oficio 0785 del 23/11/2021 por parte de este Despacho se respondió la tutela donde se indicó que respecto a la solicitud de redención de pena, que la misma no reposa en el expediente de ejecución.

3. Ahora bien, el día de ayer 25/11/2021, se allegaron a este Despacho, por parte de la CPMS de Puerto Triunfo, los cómputos objeto de la tutela y en virtud de ello, mediante providencia 1749 del día de hoy se procedió a realizar la respectiva redención de la cual en este momento se encuentra en proceso de notificación al interno para lo cual se comisionó al Establecimiento Penitenciario aludido.

4. Se anexa copia de la providencia 1749 de hoy 26/11/2021 que redime pena al sentenciando, al igual que los cómputos objeto de redención, comisión ante la CPMS de Puerto Triunfo y la respectiva constancia en de envió por correo electrónico.

Por su parte, el Director (e) del **CPMS de Puerto Triunfo, Antioquia, P.U. ALEX COHEN MORELLY**, indicó que una vez allegó la presente acción de tutela se procedió a sustanciar la hoja de

via del accionante y se enviaron vía correo electrónico los siguientes certificados de cómputo:

- Certificado N° 17665451 del 01/10/2019 hasta 31/12/2019
- Certificado N° 17566525 del 03/05/2019 hasta 30/09/2019
- Certificado N° 17784804 del 01/01/2020 hasta 31/03/2020
- Certificado N° 17866228 del 01/04/2020 hasta 30/06/2020
- Certificado N° 18095812 del 01/01/2021 hasta 31/03/2021
- Certificado N° 18189747 del 01/04/2021 hasta 30/06/2021

indicó además que, todos los certificados de cómputo solicitados por el accionante se enviaron al juzgado, en vista de lo cual solicita no se tutelen los derechos fundamentales invocados por éste.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

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

4.2 Problema Jurídico

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentra conculcados los derechos fundamentales de petición y debido proceso invocados por el penado José Isaías Vásquez Agudelo, al no habersele redimido unos certificados de cómputo por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia.

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

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

Se invoca por la accionante la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, el cual irradia en los demás derechos invocados por el actor, y que, en punto de la vigilancia de la pena, señaló la Corte constitucional en sentencia T-753 de 2005:

(...)

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

3.1. La ejecución es la última parte del procedimiento judicial, que tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva del tribunal competente. En atención a esta definición, la Corte Constitucional ha entendido que las garantías del proceso penal se extienden a la etapa de la ejecución de la sentencia. En este sentido, fue dispuesto en el fallo T- 388 de 2004^[1]:

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

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

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

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

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

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

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

En segundo lugar, los procesos deben ser desarrollados en un término razonable y sin dilaciones injustificadas. En armonía con este postulado, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia consagra el principio de celeridad y el principio de eficiencia en virtud de los cuales la administración de justicia debe ser pronta y cumplida^[7]. Igualmente, la diligencia con arreglo a la cual deben obrar las autoridades judiciales en el impulso de sus actuaciones fue incorporada en las normas rectoras del código de procedimiento penal en especial, el artículo 9 sobre actuación procesal, en virtud de la cual, la actividad procesal se desarrollará teniendo en cuenta “(...) la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia” y la previsión legal sobre celeridad y eficiencia (Art. 15 C.P.P.).

Asimismo, esta Corporación ha sostenido que el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas procura garantizar a las personas que acuden a la administración de justicia una protección en el ámbito temporal del trámite, bajo la idea de que justicia tardía no es justicia^[8]. En consecuencia, una situación de procesamiento no puede ser indefinida so pena de afectar el derecho de acceso a la administración de justicia.

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

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

"El derecho de petición ante autoridades judiciales – Reiteración jurisprudencial

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

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

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

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

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

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del accionante se encuentra encaminada a la redención de los certificados de cómputos desde el mes de mayo de 2019 hasta el año 2021 a efectos de redimir la pena de prisión que actualmente purga en la CPMS de Puerto Triunfo.

Bajo este panorama, es pertinente advertir que en el transcurso de la presente acción y ante respuesta de las entidades accionadas, se estableció que, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia mediante auto interlocutorio N° 1749 del 26 de noviembre del año en curso, realizó la redención de pena requerida por el accionante, decisión que fue notificada personalmente al señor Vásquez Agudelo el pasado 29 de noviembre, tal como obra en constancia anexa al plenario.

De acuerdo a lo anterior, preciso es señalar que acorde con la jurisprudencia constitucional, una vez superada la vulneración del derecho, pierde su esencia y razón de ser la acción de amparo, así puntualizó:

“En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce.

No obstante, lo anterior, si la situación de hecho que origina la violación o la amenaza ya ha sido superada en el sentido de que la pretensión erigida en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, la acción de tutela pierde eficacia y por lo tanto razón de ser.²”

Igualmente, en la sentencia T-358 de 2014. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, sobre el mismo tema la Corte Constitucional señaló:

“El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío. Lo anterior se presenta, generalmente, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado”.

Así las cosas, en vista de que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, realizó la redención de pena objeto de esta acción constitucional y que la decisión fue notificada en debida forma al accionante, el presente amparo pierde su eficacia y razón de ser,

² Corte Constitucional, T-1130 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

dado que no se encuentra vulnerado ningún derecho fundamental que haya que proteger.

En consecuencia, se **NEGARÁ** la tutela impetrada por el señor **JOSÉ ISAÍAS VÁSQUEZ AGUDELO**, al haber cesado la vulneración a los derechos fundamentales de petición y debido proceso configurándose en la actuación constitucional un **HECHO SUPERADO**.

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

5. RESUELVE

PRIMERO: **NEGAR** la tutela impetrada por el señor **JOSÉ ISAÍAS VÁSQUEZ AGUDELO**, al haberse configurado un **HECHO SUPERADO**, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
MAGISTRADO**
(En licencia no remunerada)

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

Firmado Por:

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

Plinio Mendieta Pacheco

FALLO TUTELA 1º. INST. 2021-1826-2
ACCIONANTE: José Isaías Vásquez Agudelo
ACCIONADO: Juzgado Segundo de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de El
Santuario, Antioquia.

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 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:

da42985accda8c2a94e46fc9b3ff4993f6e5f050500fc5d2d42754beb9d90e12

Documento generado en 06/12/2021 05:25:38 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Proceso	Incidente de reparación integral
Instancia	Segunda
Tema	Recurso extraordinario de casación – cuantía para determinar el interés para recurrir – competencia del Tribunal para definir la causal objetiva del artículo 338 del C.G.P..
Radicado	05-376-61-08502-2019-80034 (N.I. TSA 2021-0968-5)
Decisión	Deniega recurso de casación

ASUNTO

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,¹ acogiendo la postura de la Sala Civil de la misma Corporación, en interpretación del artículo 342 del C.G.P., estableció que son los tribunales de distrito judicial los competentes para definir si, presentado el recurso de casación, este cumple con el requisito del artículo 338 *ibídem*, relativo a la cuantía del interés para recurrir.

¹ SP CSJ, radicados 56745 del 24 de febrero de 2021, AP573-2021, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán, y 53724 del 12 de diciembre de 2019, AP5449-2019, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Acatando tal postura, procede el Magistrado Sustanciador² a pronunciarse, en lo de su competencia, sobre el recurso de casación interpuesto por la apoderada de los demandados, JUAN ANDRÉS BERRIO BLANDÓN, DORA LUCIA BLANDÓN MOLINA y ELVIS ANTONIO BERRIO, en contra de la sentencia de segunda instancia, proferida dentro del incidente de reparación integral, donde se les condenó solidariamente al pago de unos perjuicios morales derivados del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, por el que fue sancionado BERRIO BLANDÓN.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Agotado el trámite previsto en los artículos 102 a 104 del C.P.P., el Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja condenó a JUAN ANDRÉS BERRIO BLANDÓN y a sus progenitores, DORA LUCIA BLANDÓN MOLINA y ELVIS ANTONIO BERRIO, al pago de perjuicio morales en favor de B.C.M., Marta Nelly Marulanda, Guillermo León Castrillón, Yeniffer Castrillón Marulanda y Dahiana Marulanda, por valor de 50 S.M.L.M.V. en favor de cada uno de los tres primeros, y 25 S.M.L.M.V. en favor de cada una de las dos últimas, todo por concepto de perjuicios morales.

Apelada tal decisión, este Tribunal, en Sala de asuntos penales para adolescentes, la confirmó mediante sentencia del 8 de octubre del 2021, aprobada el 30 de septiembre de la misma nulidad.

Dentro del término legal, la demandante interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación aceptando que no le asiste interés para recurrir en casación, toda vez que la resolución que le es desfavorable no supera los 1000 S.M.L.M.V., requisito contemplado en el artículo 338 del C.G.P.. Aun así, asegura que conforme al inciso 3 del artículo 184 del C.P.P., es posible conceder la casación cuando con ella se pretenda la protección de derechos fundamentales de las partes o intervinientes.

² Conforme al artículo 35 del C.G.P.. Además, porque no existe en la normatividad procesal civil, aplicable al caso, ninguna disposición que imponga la obligación de que este tipo de decisión se adopte en Sala.

A fin de sustentar su tesis, la recurrente asegura que pese a demostrarse la escasa capacidad económica de los demandados, dicho aspecto fue obviado por la primera y la segunda instancia, lo cual llevó a la imposición del pago de perjuicios en un monto totalmente desproporcionado. En esas condiciones, se afectan los derechos al mínimo vital y de defensa de sus representados. Además, como estos no cuentan con recursos para el pago de tal cuantía, las víctimas no serán reparadas.

CONSIDERACIONES

Se anuncia que se denegará el recurso de casación. La razón es simple: no es posible desconocer la necesidad del cumplimiento del requisito objetivo contemplado en el artículo 338 del C.G.P., como pretende la recurrente.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dejado clara la naturaleza eminentemente civil de las normas que rigen el incidente de reparación integral,³ y en concreto, la cuantía y causales de la casación.⁴ Ahora bien, para acreditar el interés para recurrir, se debe acudir al referido artículo 338, el cual consagra:

“Cuando las pretensiones sean esencialmente económicas, el recurso procede cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 SMLMV). Se excluye la cuantía del interés para recurrir cuando se trate de sentencias dictadas dentro de las acciones populares y de grupo, y las que versen sobre el estado civil.”⁵

A fin de poder establecer que una pretensión es meramente económica, en punto del cumplimiento el citado requisito de casación, pertinente resulta

³ Véase entre otras, SP CSJ, radicados 53724 del 12 de diciembre de 2019, AP5449-2019, y 56109 del 19 de febrero de 2020, SP466-2020, ambas M.P. Eyder Patiño Cabrera.

⁴ SP CSJ, radicado 56745 del 24 de febrero de 2021, AP573-2021, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

⁵ Artículo 338 del C.G.P..

destacar lo dispuesto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al respecto:

“Como queda evidenciado, esta Corporación ha considerado, de manera consistente, que las pretensiones se considerarán esencialmente económicas siempre que los reclamos del actor involucren un impacto patrimonial potencial (positivo o negativo) para cualquiera de las partes del litigio. Así ocurre, a modo de ejemplo, cuando en el escrito inicial se solicita: (i) crear, modificar o extinguir obligaciones económicas (v.gr. imponer una indemnización, o declarar prescrito un crédito insoluto); (...).”⁶

A tono con esta postura, la misma autoridad ha sido clara al manifestar que:

“En ese escenario, es menester insistir en que aquellos asuntos que versen sobre «pretensiones esencialmente económicas», como ocurre con los juicios de responsabilidad civil, la acreditación del interés patrimonial para recurrir en casación resulta ineludible, no meramente facultativa, como parecen sugerirlo los quejosos en el escrito que recoge su inconformidad.”⁷

Así las cosas, teniendo en cuenta que lo pretendido en el incidente de reparación integral es la indemnización pecuniaria derivada de la responsabilidad civil que se genera con el daño causado por el delito, es evidente que las pretensiones seguidas en este asunto son esencialmente económicas. En ese orden, contrario a lo pretendido por la recurrente, resulta imposible soslayar la exigencia del interés para recurrir, requisito objetivo de admisibilidad del recurso de casación. De ahí que resulte equivocada la interpretación que realiza del artículo 184 de la Ley 904 de 2004.

Nótese que en el presente asunto la misma apoderada de los demandados acepta que no se cumple con la cuantía del interés para recurrir. En ello acierta, pues incluso sumando la totalidad de la condena, se llegaría a un

⁶ SC CSJ, radicado 11001-02-03-000-2021-02743-00, AC4040-2021, del 13 de septiembre de 2021, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁷ SC CSJ, radicado 11001-02-03-000-2020-00431-00, AC593-2020, del 25 de febrero de 2020, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

monto máximo de 200 S.M.L.M.V., cifra menor a los 1000 S.M.L.M.V. que impone el artículo 338 del C.G.P..

Además, se advierte que como la decisión recurrida y la estimación de la resolución desfavorable, se realizan dentro de este mismo año, el valor de salario mínimo que se debe tener en cuenta no tiene mayor incidencia en la cuantificación de tal aspecto.

En conclusión, para la procedencia del recurso de casación en asuntos como el que ahora nos concita, es ineludible acreditar la suficiencia del agravio económico del impugnante, es decir que la afectación alcance los 1000 S.M.L.M.V.. Demostración con la cual no se cumplió, sin que sea posible entrar en otro tipo de análisis para evadir tal requisito. Así las cosas, se impone denegar el recurso extraordinario de casación presentado.

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

RESUELVE

DENEGAR el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de naturaleza y origen conocidos.

NOTIFÍQUESE Y 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: **d64fe01e6ba79f1867484f830f3837c65275c7f8cfacf1c19f30dae473bbdbe4**

Documento generado en 07/12/2021 03:37:37 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: 050002204000202100675 **NI:** 2020-1835-6
Accionante: BRAHIAN ALEXIS VANEGAS RIVERA
Accionados: JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO (ANTIOQUIA)
Decisión: Niega por improcedente
Aprobado Acta No.199 del 7 de diciembre del 2021
Sala No.: 06

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, diciembre siete del año dos mil veintiuno

V I S T O S

El señor Brahian Alexis Vanegas Rivera, solicitó protección Constitucional a su derecho fundamental de petición, presuntamente vulnerado por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia).

LA DEMANDA

Se extracta del escrito de tutela, que lo pretendido por el señor Brahian Alexis Vanegas Rivera es la protección a su derecho de petición, en el cual solicita la redosificación de la pena impuesta y la acumulación jurídica de penas. Asevera que la pena impuesta es muy alta, pues su abogado defensor no interpuso los recursos de ley.

Adicionalmente, informa que acude a la acción de tutela para acceder a los beneficios penitenciarios, por su acertado proceso de resocialización es merecedor de rebaja de la pena impuesta.

Como pretensión constitucional insta por la redosificación del quantum de la pena impuesta dentro del proceso penal seguido en su contra.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la demanda el pasado 24 de noviembre de la presente anualidad, se ordenó notificar al Juzgado Primero y Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), al mismo tiempo se ordenó la vinculación del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo (Antioquia). Posteriormente se ordenó la integración del Juzgado Promiscuo del Circuito de Amaga (Antioquia), la Fiscalía 65 Seccional de Amaga, el Dr. Daniel Acosta Álvarez, el Dr. Jorge Hernán Bravo Cardona, y la Fiscalía 31 Local de Antioquia.

El Dr. Benigno Robinson Ríos Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), por medio del auto N° 0812 del día 24 de noviembre de 2021, negó que ese despacho vigilara la pena impuesta al señor Vanegas Rivera.

La Dra. Luisa Fernanda Valencia Cardona Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), por medio de oficio número 2999, manifestó que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amaga el día 8 de agosto de 2019, condenó al señor Vanegas Rivera a la pena principal de 105 meses de prisión, tras ser hallado penalmente responsable de las conductas punibles de homicidio simple y tráfico, fabricación o porte de armas de fuego. Avocó conocimiento de este proceso el día 15 de marzo de 2021, asegura además que no obra solicitud a nombre del señor Vanegas Rivera en el sentido de solicitar redosificación de la pena, ni acumulación jurídica de penas, ni otra similar pendiente por tramitar.

Asegura que en ningún momento ha vulnerado derechos fundamentales del señor Vanegas Rivera.

El Dr. Jorge Hernán Bravo Procurador 204 Judicial Penal I, por medio de oficio calendado el 3 de diciembre de 2021, manifestó que por medio de la presente acción de tutela el demandante solicita la dosificación de la pena y acumulación de penas impuestas, aun así, la acción de tutela resulta improcedente cuando existen otros medios de defensa judicial para resolver la situación que ahora se plantea.

De la respuesta brindada por el juzgado de Ejecución de Penas se desprende que el accionante no ha elevado ante ese despacho solicitud al respecto, por ende, debe declararse la improcedencia de la presente acción constitucional.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el del mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015 y el decreto 333 de 2021, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el señor Brahian Alexis Vanegas Rivera, solicitó se ampare en su favor el derecho fundamental de petición, presuntamente conculcado por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), en cuanto a la redosificación de la pena y la acumulación jurídica de penas. Estima además, que la pena impuesta es errónea pues su abogado defensor no usó los recursos de ley.

De lo que se puede extractar de la solicitud de amparo, se tiene que el tema a desatar y que es la causa de inconformidad por parte del accionante, lo es

frente a una solicitud de redosificación de la pena impuesta y acumulación jurídica de penas ante el juzgado demandado al considerar que el monto de la pena impuesta es erróneo. Pregona su buen comportamiento en el centro de reclusión y esto lo hace merecedor de rebaja de pena.

3. De la naturaleza de la acción

La acción de tutela se ha establecido como el mecanismo por excelencia ágil y eficaz de defensa de los derechos constitucionales fundamentales, frente a las amenazas o agresiones de las que sean objeto por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del derecho de petición y del caso en concreto

La garantía fundamental reconocida por el artículo 23 de la Carta Política, consiste no sólo en la posibilidad que tiene toda persona de presentar ante las autoridades peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular, sino el derecho a obtener una respuesta pronta y de fondo sobre lo pedido, como que el administrado no puede quedar en la indeterminación y tiene derecho a que le sean resueltos sus planteamientos sin vaguedad alguna.

La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición: (i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos legales; (ii) *cuando se muestra* aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición¹.

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad, es que el señor Brahian Alexis Vanegas Rivera, solicita la protección constitucional a su derecho de petición, solicitando la redosificación de la pena impuesta y la acumulación jurídica de penas. Pregon a su buen comportamiento en el centro de reclusión y esto lo hace merecedor de rebaja de la pena impuesta. Señala además que el monto de la pena fue erróneo, cuestionando el actuar de su abogado defensor que no interpuso los recursos de ley.

Por su parte la titular del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario (Antioquia), allegó pronunciamiento donde relata que no reposa en la carpeta ni en los archivos del juzgado petición donde el accionante reclame la redosificación de la pena, ni la acumulación jurídica de penas, ni alguna semejante que se encuentre pendiente por tramitar a nombre de señor Brahian Alexis Vanegas Rivera.

Por otra parte, el sentenciado no adjunta al escrito tutelar, evidencia que denote la radicación efectiva en el despacho de la petición, ni constancia efectiva de recibido por parte del área jurídica del establecimiento penitenciario donde se encuentra recluso; así mismo, la juez titular del

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

despacho judicial encausado manifestó que a la fecha no existe petición pendiente por resolver a nombre del señor Brahian Alexis Vanegas Rivera.

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

...” Si bien uno de los rasgos características de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que: “el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso”.^[14]

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

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

Si bien, pregona el accionante la protección a su derecho fundamental de petición, con el fin de la redosificación de la pena impuesta y la acumulación jurídica de penas, no es de recibo, por cuanto no anexó elementos de prueba que demuestren que efectivamente hubiese radicado el derecho de petición

en debida forma ante el juzgado demandado ni ante el Establecimiento Penitenciario de Puerto Triunfo.

Por otra parte, se debe recordar que la acción tutela no es el medio judicial idóneo para el estudio y trámite de solicitudes en fase de ejecución de penas, máxime si no es evidente la vulneración a derechos fundamentales que ameriten que el juez constitucional se pronuncie de cara a su protección.

Así mismo, el demandante cuestiona la pena impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá (Antioquia) de 105 meses de prisión tras ser hallado penalmente responsable de las conductas punibles de homicidio simple y tráfico, fabricación o porte de armas de fuego. Así las cosas, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional en contra de providencias judiciales.

El artículo 86 de la carta magna, consagra que la acción de tutela fue creada para que toda persona puede reclamar ante los jueces de la República en todo momento y lugar, bajo un procedimiento preferente y sumario la protección de los derechos fundamentales que consideren vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, no obstante para la procedencia de la acción de tutela en contra de providencia judiciales se debe de cumplir con los siguientes requisitos generales: *“(i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal v) que el actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (vi) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela.”*

Una vez revisados cada uno de los requisitos se tiene que en cuanto al segundo de ellos, esto es, que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, el cual está relacionado con el carácter subsidiario de la acción de tutela, al efecto y conforme al requisito de la *subsidiariedad*, el cual se debe establecer cuando el accionante no dispone de

otro medio de defensa judicial, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Pues al existir otros medios judiciales idóneos y eficaces para la protección de esos derechos, este requisito se desvanece; siendo así, un medio judicial es idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales.

Conforme a lo anterior, se debe de puntualizar que el señor Brahian Alexis Vanegas Rivera, cuenta con un medio idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, consistiendo en la *acción de revisión*, esto con el fin de que se revisen las actuaciones surtidas en el transcurso del proceso penal seguido en su contra y la pena impuesta.

Referente al tema que nos ocupa la atención en este momento, la Corte Constitucional en sentencia T-251/14, ha preceptuado lo siguiente:

*“Recientemente, esta Sala en la sentencia **T-101 de 2014**, hizo referencia a la acción de revisión indicando lo siguiente:²*

“Por otra parte, en lo que concierne al deber de agotar los recursos extraordinarios, más concretamente, la acción de revisión, la Corte ha resaltado la importancia constitucional del mecanismo judicial para la defensa de los derechos fundamentales.

Sobre esta herramienta, la Corte Constitucional en la sentencia C-998 de 2004^[47], refirió que con la acción de revisión se cumple la exigencia constitucional de poder impugnar las sentencias condenatorias, la que además no tiene límite de tiempo para su presentación^[48]. Específicamente ha señalado que “permite en casos excepcionales dejar sin valor una sentencia ejecutoriada en aquellos casos en que hechos o circunstancias posteriores a la decisión judicial revelan que ésta es injusta. En este sentido puede afirmarse que la revisión se opone al principio ‘res iudicata pro veritate habetur’ para evitar que prevalezca una injusticia, pues busca aniquilar los efectos de la cosa juzgada de una sentencia injusta y reabrir un proceso ya fenecido. Su fin último es, entonces, buscar el imperio de la justicia y verdad material, como fines esenciales del Estado...Teniendo en cuenta que la revisión está llamada a modificar providencias amparadas por la cosa juzgada, es un mecanismo extraordinario que sólo procede por las causales taxativamente señaladas por la ley. Es por ello

²² Sentencia T-251/14

que la jurisprudencia ha dicho que las causales previstas para su procedencia deben ser interpretadas en forma restrictiva^[49]” (Sentencia C-871 de 2003).

De igual forma, la acción de revisión constituye un mecanismo al cual pueden acudir el procesado que no comparezca personalmente por desconocimiento o porque se oculte, como lo indicó esta Corte en la sentencia C-488 de 1996, donde además distinguió para efectos de determinar los derechos que les asiste entre el sindicado que se oculta y el que no se entera de la existencia del proceso^[50].

También ha reconocido esta Corporación que la acción de revisión hace improcedente la acción de tutela al constituir un medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales siempre que se esté bajo alguna de las causales taxativamente contempladas en el Código de Procedimiento Penal^[51].”

Itera la sala, relativo a la inconformidad del demandante respecto a las actuaciones surtidas dentro del proceso penal seguido en su contra, puntualmente en el monto de la pena impuesta, se avizora que puede hacer uso del recurso extraordinario de revisión, pero, si lo pretendido es obtener los beneficios administrativos y subrogados penales debe acudir por medio de escrito ante el juez de ejecución de penas.

Ahora, en cuanto al requisito de la *inmediatez*, se deriva del material probatorio recaudado que el señor Vanegas Rivera fue condenado el día 8 de agosto de 2019 por el delito de homicidio simple y tráfico, fabricación o porte de armas de fuego, a la pena principal de 105 meses de prisión; así las cosas, desde que se profirió sentencia, es decir desde el 8 de agosto de 2019, hasta la fecha que activa el mecanismo constitucional, han transcurrido más de 2 años, lapso que esperó el accionante para pretender cuestionar el monto de la pena establecida vía acción constitucional, lo cual no denota la urgencia e inminencia requerida, es por eso que al igual no se cumple con el presente requisito.

Lo anterior implica que el accionante esperó más de 2 años para acudir y activar este mecanismo constitucional sin que justificara su inactividad en tal sentido, lo que para esta Sala no resulta razonable el tiempo transcurrido desde la fecha que se estima de la vulneración a derechos fundamentales hasta

la fecha que interpone la presente acción constitucional, motivo por el cual se estima que no se cumple con esta formalidad constitucional.

En síntesis, el estudio de la viabilidad de la redosificación de la pena y la acumulación jurídica de penas; no es procedente por este medio, lo anterior, por el carácter subsidiario de la acción de tutela, el cual se debe establecer cuando el accionante no dispone de otro medio de defensa judicial y ante la vulneración evidente de derechos fundamentales.

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.

En consecuencia, itera la Sala no se percibe vulneración al derecho fundamental de petición incoado por el señor Brahian Alexis Vanegas Rivera, por ende, no queda más que NEGAR las pretensiones invocadas en la presente solicitud de amparo.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

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

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

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario.

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda

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

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

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

Código de verificación:
aa79edb0987109b5e68ccad6cc16c3864b4e31a285e3ffb92df4937762a94068

Documento generado en 07/12/2021 01:39:40 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. 05001600071820130226 NI: 2021-1814
Acusado: TORIBIO GIRON DAVID Y OTROS
Delito: Interés Indevido en la Celebración de Contratos y otros
Procedencia: Juzgado Promiscuo del Dabeiba
Motivo: Apelación auto
Decisión: Se abstiene de conocer
Aprobado 199 del 7 de diciembre del 2021 **Sala No: 6**

Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -
Medellín diciembre siete de dos mil veintiuno.

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO.

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra auto calendarado al 4 de noviembre del año en curso en el que no se impartió aprobación a un acuerdo puesto a consideración del Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba.

II. HECHOS.

Según se puede extraer de lo enunciado en la imputación y de las enrevesadas actas de preacuerdo, TORIBIO GIRON DAVID, en su condición de Alcalde municipal de DABEIBA, celebró contratos interadministrativos con la CORPORACION PARA EL PROGRESO SOCIAL PARA EL DESARROLLO, representada legalmente por el señor LUIS MARIO URIBE MONTOYA,

sin ajustarse a las previsiones legales. Concretamente el 20 de febrero del 2012, suscribió una contratación directa con la CORPORACION PARA EL PROGRESO SOCIAL, tendiente al suministro de repuestos para vehículos, material eléctrico, papelería institucional, elementos de aseo y kits escolares, por valor de \$ 182.945.338, indicándose que la sociedad con la que se contrataba era una de economía mixta, hecho que resulta no ser cierto, como igualmente ocurrió con la presentación de la debida póliza de cumplimiento que aunque se consigna se entregó resulta que la misma no existe. Para el 5 de marzo del 2012 las partes pactan un “otro sí”, al contrato, en el que acuerdan no exigir cobertura en el anticipo.

El otro contrato que aparece relacionado en la confusa redacción del preacuerdo es el convenio interadministrativo no 001 del 2021 entre la CORPORACION PARA EL DESARROLLO SOCIAL DE COLOMBIA y el municipio de DABEIBA, cuyo objeto es aunar esfuerzos para realizar el mantenimiento de 954 sillas universitarias de la Institución educativa MADRE LAURA y JUN H WHITE del municipio de DEBEIBA por valor de \$29.000.000 y con cofinanciación y aporte de la Corporación, por valor de \$ 229.000 de fecha 2 de febrero del 2012.

Se celebró igualmente otro convenio el 001 del 2012, cuyo objeto era aunar esfuerzos para la remoción de derrumbes de las vías terciarias el municipio de Dabeiba por un valor de \$44.511.312 acto donde la Corporación cofinanciaba y hacia un aporte de \$445.113 labor para realizar en un plazo de 15 días de fecha 20 de febrero del 2012. Contrato suscrito el día 21 de febrero del 2012 por el señor Alcalde TORIBIO GIRON DAVID.

III. ACTUACION PROCESAL RELEVANTES.

En lo que tiene que ver con los procesados que suscriben el preacuerdo, pues este no incluye a todos los procesados se tiene que el día 4 de marzo y 27 de abril del año 2016 a TORIBIO GIRON DAVID Y LUIS MARIO URIBE MONTOYA, se les imputaron los delitos de

INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS, CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES, FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO Y PECULADO POR APROPIACION EN FAVOR DE TERCEROS, al primero como autor y al segundo como interviniente.

El pasado 26 de agosto del 2020, se presentó por parte de la Fiscalía un preacuerdo con el procesado TORIBIO GIRON DAVID, señalando que si bien es cierto fueron varios los delitos imputados se llega a un preacuerdo sobre las conductas de celebración indebida de contratos e interés indebido en la celebración de contratos y se continua por cuerda separada con la investigación por peculado por apropiación en favor de terceros, indicando que el preacuerdo se circunscribe en concreto a aplicar solo por motivo del preacuerdo la pena del cómplice aunque es autor; el Juez señaló que no podía impartir aprobación al acuerdo pues consideraba que se debía establecer el monto concreto de la rebaja para que el procesado pudiera conocer cuál era la pena que debía cumplir, tampoco le señaló que ocurriría con su libertad, además verificó que el apoderado de víctimas no tenía conocimiento del preacuerdo por lo que por el momento no es posible entrar a aprobarlo y no le quedaba claro que ocurría con el delito de falsedad. El abogado de LUIS MARIO URIBE, pidió que se le diera a conocer el preacuerdo, pues su representado eventualmente tendría interés en acogerse al mismo. El Juez da un receso para que el acuerdo se acoja a sus previsiones.

El Fiscal indica que entonces la pena se acuerda una rebaja de la mitad por la complicidad más dos meses por el concurso de delitos a la que se llega de común acuerdo entre fiscalía y defensa, en calidad de cómplice por estos hechos. El juez dice que debe estudiar lo acordado y si la pena pactada es legal por lo que señalara nueva fecha para la audiencia de aprobación del preacuerdo contando con la presencia de la víctima.

El 19 de noviembre del 2020 continuó la audiencia de aprobación del preacuerdo no se hizo presente el defensor de LUIS MARIO URIBE, el Fiscal indicó que había dialogado con el referido defensor enviándole una propuesta de preacuerdo, pero no dio respuesta procedió entonces el Juez a pronunciarse sobre el preacuerdo en relación a TORIBIO GIRON, señaló que revisado el mismo veía otras falencias, aunque no haciendo una revisión material, si apreciaba unas inconsistencias en el aspecto formal, por lo que pedía se tuviera en cuenta que el acuerdo debía ser totalmente nítido, y que en el mismo no se habla sobre de delito de falsedad que se vislumbra se ejecutó, y además de la conducta que esta por fuera que es la de peculado, si no se incluye en la aceptación, no está claro porque se habla de este en el texto del preacuerdo de apropiación por terceros, y no hay precisión entonces porque se incluye una conducta por la que no se acepta responsabilidad y entonces cuales son los cargos por los que se está aceptado responsabilidad indicó igualmente que hay una referencia errónea a las normas legales sobre aplicación de prohibiciones legales. Igualmente señaló que faltaba dar cumplimiento al requisito del artículo 349 de la Ley 906 del 2004, a lo que las partes señalaron que se contaba con certificaciones de la administración municipal que daba cuenta que no existió detrimento patrimonial.

El 18 de agosto del año 2021, después de múltiples aplazamientos al continuar la audiencia de verificación del preacuerdo se informó de la suscripción de nuevas actas de preacuerdo de LUIS MARIO URIBE MONTOYA y TORIBIO GIRON DAVID, en la que por la aceptación de responsabilidad para los dos procesados por todos los delitos menos por el peculado que continuara investigando por cuerda separada, se reconoce la pena del cómplice. En esencia el preacuerdo según el texto aportado, pero no leído en audiencia es el siguiente :TORIBIO GIRON DAVID, acepta su responsabilidad como autor por los delitos de INTERES INDEVIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS, CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES Y FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO, a cambio de reconocerle únicamente para efectos de la punibilidad la pena prevista para el cómplice por lo que se

acuerda una pena de 34 meses de prisión y multa de 3.33 .S.M.L.M.V. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 40 meses, y LUIS MARIO URIBE MONTOYA, acepta su responsabilidad como interviniente en los delitos INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS, CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES Y FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO, y se pacta para efectos de la punibilidad reconocerle la pena para el cómplice por lo que se acuerda una pena de 23 meses de prisión 8.33 S.M.L.M.V. ,e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas respecto la nueva Juez que presidía la audiencia indicó que era menester realizar otras observaciones así: En relación al cumplimiento al requisito establecido al artículo 349 de la Ley 906 del 2004 indicó que, aunque en la anterior audiencia se señaló que había una certificación sobre la inexistencia de detrimento patrimonial la misma no militaba en la actuación. Señaló que tampoco era clara la redacción sobre el grado de participación en la que cada uno de los procesados aceptaba la responsabilidad. Sobre TORIBIO, se indicó que la Fiscalía pasaba del grado de autor a cómplice, sin embargo, de la redacción del nuevo preacuerdo con LUIS MARIO, se aplica esa misma situación, pasándolo de autor interviniente a cómplice, por lo que pide a las partes aclaren tal aspecto. El Fiscal señaló entonces que ya se cuenta con el documento que indica que no hay detrimento patrimonial al municipio de Dabeiba, y hay un documento de la Contraloría General de Antioquia, que archiva el proceso por presunto detrimento patrimonial, además hay certificación de la Alcaldía que no hay detrimento patrimonial para el municipio, documentos que pone nuevamente de presente pues fueron enviados por correo electrónico con lo que se demuestra que no hay detrimento patrimonial alguno por lo que no se debe exigir lo señalado en el artículo 349 de la Ley 906 del 2004. En cuanto a la otra observación indicó que no hay modificación de los hechos jurídicamente relevantes únicamente por la aceptación de responsabilidad se les impone la pena del cómplice, aceptan en las mismas condiciones de la imputación el primero autor y el segundo como interviniente simplemente se le da la pena de cómplice. Precisando además que es un preacuerdo parcial pues queda por fuera la otra conducta de peculado por apropiación a terceros y hay un

procesado que no suscribe el preacuerdo. La representación de víctimas señaló que el acuerdo no es claro sobre la forma de participación si es como autor o cómplice. Los defensores señalaron que compartían lo expuesto por la Fiscalía tanto sobre la ausencia de detrimento patrimonial, y las condiciones de legalidad del preacuerdo. La Juez indica que no procederá a verificar con los procesados el preacuerdo pues no están claras las condiciones del preacuerdo sobre si acepta como autor o cómplice, de otra parte, se debe precisar si en efecto existió o no detrimento patrimonial, por lo que no puede sin estudiar detenidamente la carpeta de la actuación continuar con la audiencia. Los defensores, replican que, si bien se dio imputación como autor e interviniente para los procesados, solo como ficción, la responsabilidad será la de cómplice, tal y como lo establece la jurisprudencia, para efectos de la pena, y el preacuerdo es eso, sin implicar la variación de los hechos jurídicamente relevantes. La Juez entonces señala nueva fecha para decidir sobre la aprobación del preacuerdo.

IV. AUTO IMPUGNADO.

En audiencia celebrada el pasado 4 de noviembre del 2021, la Juez indicó que el preacuerdo presentado no puede ser aprobado, al existir una grave afectación a los principios que guían los preacuerdos y que tiene que ver con el aprestigiamiento de la administración de justicia, pues no se está reintegrando por lo menos la mitad del enriquecimiento indebido que generó el haberse suscrito unos contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, con lo que indudablemente se defrauda a la administración pública, una cosa es que las autoridades encargadas de la investigación por responsabilidad fiscal archiven la investigación que se adelanta, y otra muy distinta que en efecto se afectara aquí el erario público al suscribirse contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales y buscando indebidamente favorecer al alcalde municipal, pues la experiencia enseña que existió un detrimento patrimonial, la exigencia prevista en el artículo 349 de la Ley 906 del 2004 no

se cumple en el presente caso y esto hace imposible que el acuerdo se encuentre ajustado a la legalidad, da lectura algunas decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la necesidad de verificar la exigencia prevista en el artículo en cuestión.

V. APELACION

Los abogados defensores interponen recurso de apelación que fundamentan así:

- **DEFENSA DE TORIBIO GIRON DAVID.**

Manifiesta que existe violación directa de la ley por interpretación errónea del artículo 349 de la Ley 906 del 2004, el legislador es absolutamente claro al determinar que los delitos en los cuales el sujeto hubiese obtenido un incremento patrimonial objeto del mismo, es el elemento condicionante que lleva a solicitar el reintegro.

En ninguno de los 3 contratos, kit, alimentos y unas sillas no hay incremento o beneficio, la Juez está trayendo unos postulados jurisprudenciales que no operan en el caso, nótese que se indica, que el señor Alcalde contaba con la disponibilidad Prespuntal como ordenador del gasto, ordenó un destinación específica de los recursos, la Juez confunde la forma de la celebración indebida de contratos, hay tres fases de la ejecución contractual, salen los recurso del erario público, y si analizamos el constructo procesal, en manera alguna se logra mostrar que hubiere salido dinero alguno de la administración en favor de alguien o del Doctor Toribio, ya que la judicatura está interpretando de manera errada la norma, y además hay una violación indirecta de la ley de falso raciocinio, ya que ella dice de la experiencia se puede entender el ingreso indebido y aquí esa experiencia que acompaña a

esa señora juez no es un criterio objetivo, ella aplica una regla de la experiencia no estandarizada, por lo que hay un falso raciocinio, además hay una violación de la ley por falso juicio de existencia, pues la juez supone que hay una documental que hay detrimento patrimonial, sin embargo en el mundo no existe sino en la mente de la falladora, ella da por senada una regla jurisprudencial no aplicable al asunto. Aquí el mismo representante del municipio dice no hay detrimento, y si ellos dicen que no hay, de donde supone la judicatura suponer que existe, por lo tanto, solicito la revocatoria del auto.

- **DEFENSA DE LUIS MARIO URIBE.**

Es complicado aceptar la posición del juez de instancia, en el sentido de que si fuéramos hacer una incorporación o una indemnización de pago del dineros al ente municipal, que manifiesta que no existió una pérdida económica en este sentido, igualmente lo hace el señor fiscal de acuerdo con la acusación, diría entonces cuanto hay que reintegrar, ese llamamiento no sería incurrir de enriquecimiento a la administración municipal, como debían entregar los dineros de acuerdo a una compensación, cuando a luces se ha dicho que no existe realmente esa situación de detrimento patrimonial por parte del municipio de DABEIBA. Se cumplido con el contrato, y no existió detrimento patrimonial, por lo tanto, me encuentro en pugna con la decisión que impide la terminación anticipada del conflicto, hay una errónea interpretación del artículo 349 de la Ley 906 del 2004, no podemos llegar a impedir el preacuerdo.

- **FISCAL COMO NO RECURRENTE.**

Este preacuerdo es solo sobre los delitos de contrato sin cumplimiento legales, interés indevido en el contrato y falsedad estos delitos no necesariamente tiene que ir vinculado a

la generación de un detrimento patrimonial, lo principal de esta figura es que se protege la buena celebración de contratos, pero el elemento detrimento patrimonial fue eliminado del tipo penal, aquí lo que se protege los principios de la contratación estatal. Sentencia del 11 de julio del 2018, MP. LUIS ANTONIO HERNANDEZ, dice que el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no implica necesariamente el delito de peculado, aquí es un preacuerdo parcial, el delito de peculado no quedo incluido en lo acordado. No se cambiaron los hechos, únicamente se le impondrá la pena del cómplice como autores, la Juez no tocó ese tema ni hizo otras observaciones sobre el preacuerdo, por lo tanto si guardo silencio de precisarse que el acuerdo se adecuado a los parámetros legales en los demás aspectos y no es posible rechazar el mismo, en el otro tema el del detrimento, el reintegro, la ejecución de estos delitos no necesariamente conlleva a generar ese detrimento, y la contralora y la misma víctima señalan que no hubo detrimento, ya como lo dicen los defensores, cuál es entonces cual es el perjuicio que se debe reparar.

- **DEFENSA DE JARIO ALEXANDER GOMEZ OSORIO**

Como no suscribe el acuerdo no presenta observaciones.

VI. PARA RESOLVER SE CONSIDERA.

El tema que concita la atención de la Sala es el entrar a verificar si la determinación de no aprobar el acuerdo puesto a consideración de la judicatura debe ser revocada.

Inicialmente se debe indicar, que si bien es cierto es posible realizar preacuerdos que sin desconocer la realidad fáctica, y únicamente para fines de la punibilidad se pacta una situación jurídica diversa, como decir que se acepta la responsabilidad como autor, pero se acuerda la pena para el cómplice, también lo es que estos tipos de acuerdo exigen no solo que se cumplan todas las otras exigencias legales de los preacuerdos, como lo es no solo

socializar el mismo con las presuntas víctimas, sino que además es dispensable en el evento de que exista incremento patrimonial se observe lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 del 2004, además es indispensable es que se deje claridad sobre los efectos que la pena pactada pueda tener sobre la eventualidad de acceder a mecanismos sustitutivos de la pena entre otros aspectos como lo ha precisado ampliamente la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹, pues en casos como el que aquí enmarca el preacuerdo, aunque los procesados fueron imputados como autor e interviniente, se está pactando que solo para los efectos de la punibilidad se tendrá en cuenta la pena del cómplice, y dicha pena resulta ser ostensiblemente menor y puede suscitar discusiones posteriores sobre la posibilidad de acceder a mecanismos sustitutivos de la pena intramural.

Repasando lo ocurrido en las múltiples sesiones de audiencia, que han sido presididas por dos servidores judiciales diversos, visto el cambio del titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba, se aprecia en primer lugar que varias son las glosas que han hecho a los escritos contentivos de los preacuerdos así:

Inicialmente el pasado 26 de agosto del 2020, se presentó por parte de la Fiscalía un preacuerdo con el procesado TORIBIO GIRON DAVID, señalando que si bien es cierto cuatro fueron los delitos imputados se llega a un preacuerdo por las conductas de celebración indebida de contratos e interés indebido en la celebración de contratos y se continua por cuerda separada con la investigación por peculado. El Juez hizo una serie de observaciones al acuerdo después de indagar con los presentes la conformidad con el pacto, y la audiencia se suspendió, visto además que la defensa del procesado URIBE MONTOYA, quería unirse al acuerdo. Luego el 19 de noviembre del mismo año, el Juez volvió a presentar algunas glosas al contenido del acuerdo, y las partes quedaron que presentarían un nuevo acuerdo, el cual remitieron vía correo electrónico al Juzgado en 9 de abril del año 2021 en el que se

¹ Sentencia del 24 de junio del 2020. M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR en el radicado 5227

llegaban a un acuerdo con LUIS MAURICIO URIBE MONTOYA, y TORIBIO GIRON DAVID. Y Después de fijar varias fechas para verificar el preacuerdo el 18 de agosto del 2021, la nueva Juez que presidía el juicio, entra a estudiar los preacuerdos que se le habían enviado , y le da uso de la palabra al Fiscal para que informe si se cumplieron las observaciones que hizo el anterior Juez , y este sujeto procesal dijo que había cumplido con las observaciones, a su vez la defensora del señor TORIBIO GIRON, dijo que el acuerdo se ajustaba a las observaciones, y lo mismo dijo el defensor el señor LUIS MARIO URIBE MONTOYA.

Debe advertirse aquí que en momento alguno el Fiscal dio lectura a las dos actas de preacuerdo, ni mucho menos los diferentes jueces que presidieron las diferentes audiencias interrogaron a los procesados sobre si estaban de acuerdo con lo que dicha acta de preacuerdo, a pesar de que el acta inicial suscrita con el señor TORIBIO GIRON, fue modificada al parecer acogiendo las observaciones iniciales del primer Juez que estaba al frente del despacho en especial sobre la pena que ya no 32 meses sino de 40 meses, y tampoco se le dio lectura al preacuerdo firmado con LUIS MARIO URIBE MONTOYA.

Lo que hizo la nueva Juez fue advertir que revisados los escritos de los preacuerdos, veía que el mismo tenía unos inconvenientes referentes al detrimento patrimonial y otros aspectos que consideraba no eran claros en el acta sobre los delitos imputados y la forma de autoría, acto seguido reconoció que no había estudiado la carpeta por ser nueva en el despacho y señaló una nueva fecha para pronunciarse sobre el preacuerdo y sin verificar la voluntad de los procesados sobre el mismo, en la siguiente audiencia del 4 de noviembre del 2021, decidido improbar el mismo al considerar no satisfecho el requisito previsto en el artículo 349 de la Ley 906 del 2004.

Con lo ocurrido salta a la vista, y en esto hace realce el señor Fiscal al recorrer el traslado como no recurrente, que la Juez guardó silencio sobre las otras observaciones que se le

habían hecho a los escritos de preacuerdo, y lo que el primer Juez había anotado, sin embargo imposible resulta concluir como también lo sugiere este sujeto procesal, que dicho silencio implica que la Juez encuentra ajustado a la ley lo consignado en las referidas actas , las cuales como se viene diciendo nunca fueron leídas en las dos sesiones de audiencia que ella presidió, sino por el contrario evidencia la falta de preparación de la nueva Juez para la audiencia que debía avocar, no verificó que el primer acuerdo era diverso al que ahora le enviaba por escrito, no permitió que este se socializara dándole lectura , y aunque el nuevo escrito de preacuerdo fijaba una pena diversa para el procesado TORIBIO GIRON, tampoco hizo ninguna advertencia. Omitió igualmente pronunciarse sobre las observaciones previas hechas por ella y el primer Juez que presidió la audiencia.

La Sala advierte además al repasar de dichos escritos de preacuerdo que militan en la actuación virtual pues se allegaron según consta en la misma vía correo electrónico que desentrañando los muy confusos hechos jurídicamente relevantes allí narrados donde se transcriben apartes de entrevistas, se consigna en forma imprecisas fechas y datos de los contratos, al parecer se refieren a tres contratos indebidamente suscritos por la administración municipal de Dabeiba ¿porque solo se imputa un delito de celebración indebida de contrato, uno de interés indebido de contratos y uno de falsedad?, tampoco se sabe porque se llegó a las penas que se anuncian en dichos escritos son las pactadas o mucho menos que pasaría con los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, visto que este preacuerdo era del tipo en el que se acepta la responsabilidad por una modalidad del delito como autor o interviniente, pero se pacta la pena prevista para la complicidad , simplemente la juez resolvió solo un punto de las observaciones que en el pasado se había hecho sobre lo poco claro de los hechos y el preacuerdo el referente a la necesidad de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 del 2004, pero dejo en el aire pronunciarse sobre todas las otras observaciones hechas en el pasado que concuerdan con

los interrogantes que avizora la Sala de la simple lectura de las referidas actas de preacuerdo.

En cuanto al señor LUIS MAURICIO URIIBE MONTOYA, similar asunto ocurrió jamás se dio lectura al preacuerdo, no se precisó, cuantos eran los delitos por los que aceptaba, pues él había participado también de tres contratos, pero en el texto del preacuerdo se indicó que el respondería como interviniente de solo un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, uno interés indebido de contratos y uno falsedad, pero se insiste como ocurrió con TORIBIO GIRON, no se aclaró, si el concurso incluía los tres contratos o cuál de ellos, y tampoco se sabe cómo se llega a pactar la pena de 10 meses de prisión que se anunciaba, ni se precisó como sería el cumplimiento de dicha pena, con lo evidente es que no se constataron si se cumplían o no con los demás requisitos que la ley y la jurisprudencia han señalado se debe observar en este tipo de acuerdos.

Sobre el deber que tiene el Juez frente a los preacuerdos la Sala Penal dela Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia señala²:

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

² SP1289-2021 (54691) del 14/04/2021.

La Sala con gran preocupación aprecia que aquí se lleva varios meses con una audiencia de verificación de preacuerdo, en el que cada vez que hay una nueva sesión quien preside la misma, analiza solo un aspecto del preacuerdo pide que se corrija, cita para nueva sesión y retoma otro aspecto del preacuerdo, sin ocuparse de lo que previamente se había anotado sobre el acuerdo, sin realiza de forma integral y completa la audiencia no solo para estudiar la totalidad de lo que se está pactando si en efecto se ajusta a todas las previsiones legales y jurisprudenciales, y mucho como se vine diciendo ni siquiera se le da una lectura a los escritos de preacuerdo en la audiencia respectiva, pese a que ese de la esencia de la Ley 906 del 2004 la oralidad, y constatar visto que aquí no se formula formalmente la acusación, hay consonancia con la imputación, lo que impide entonces ahora que la Sala entre a pronunciarse sobre el aspecto que la última funcionaria que presidió la eterna audiencia de verificación se ocupó, es decir el cumplimiento o no del requisito previsto en el artículo 349 de la Ley 906 del 2004, pues no se ha definido si las observaciones previas fueron debidamente aclaradas ni mucho menos se ha verificado que aunque es cierto que los procesados suscriben las actas de preacuerdo al no socializarse las mismas en el juicio y darle lectura, no se sabe si ellos, si están de acuerdo con lo allí consignado y no se pueda entender suplida tal exigencia con la pregunta que se les hace a sus abogados, pues quien termina aceptando no es el defensor sino el procesado.

En consecuencia imposible para la Sala resulta ahora que se entre a ocupar del tema de discusión en la alzada sobre la aplicación o no de la exigencia prevista en el artículo 349 de la Ley 906 del 2004 sin que previamente la Juez de Primera Instancia hubiere verificado la legalidad en su totalidad de los preacuerdos conforme a las exigencias previstas en la Ley 906 del 2004 y las reglas fijadas por la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la modalidad de preacuerdo que se trae ante la judicatura y por lo tanto deberá regresar la actuación al despacho de origen para que adelante en debida forma la audiencia analice en su totalidad los preacuerdos y en especial cumpla con el carácter oral

del proceso, se presente verbalmente estos, y se conozca la voluntad de los procesados y su consentimiento debidamente informado al suscribirlo, incluyendo la adecuada información sobre las consecuencias que traerán para ellos el mismo en caso de ser aprobado por la judicatura.

Este es un proceso que cursa sobre hechos ocurridos en el año 2012, se formuló imputación en el año 2016 y sobre el cual aún no hay acusación, y la espada de Damocles de la prescripción está corriendo, sin que la judicatura asuma como es debido el desarrollo de la audiencia de verificación de preacuerdo, se insta entonces a la Juez de primera instancia para que proceda como es debido, permita la exposición del preacuerdo analice todos los aspectos del mismo, y se pronuncie sobre todas las observaciones que se han hecho, constate la voluntad de los procesados respecto al mismo, y ahí si se pronuncie de fondo sobre todos los aspectos que se deben analizar al revisar un preacuerdo y ya finiquitado entonces en análisis completo del preacuerdo, si es que las partes no están acordes con lo decidido se pueda trabar como es debido la apelación y el Tribunal pueda analizar íntegramente todos los temas del preacuerdo, resolver ahora la alzada sin que exista pronunciamiento de fondo en primera instancia sobre los demás temas, implicaría pretermitir una instancia y sorprender a los sujetos procesales, máxime se itera que el silencio de la Juez sobre los otros aspectos no puede tomarse como lo pretende la Fiscalía en que ella con su silencio considero que en los demás puntos el acuerdo estaba ajustado a la legalidad.

En este orden de ideas por el momento la Sala no avocara el estudio de fondo sobre el tema de apelación y dispondrá la devolución de la actuación al Juzgado de primera Instancia, para que culmine si dilación en debida forma la audiencia de verificación de los preacuerdos puestos a su consideración.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito y razón de lo expuesto la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: Abstenerse por el momento de resolver el recurso de apelación planteado por los señores defensores, hasta que no culmine en debida forma la audiencia de verificación de preacuerdo conforme a los lineamientos planteados en este proveído y se verifiquen todos los aspectos que corresponde a la judicatura analizar máxime que en las sesiones de audiencias previas se hicieron unas observaciones, el preacuerdo inicial de uno de los procesados fue modificado y nunca se ha dado lectura integra a las actas de preacuerdo ni se han analizado los aspectos que la ley y la jurisprudencia exigen se verifiquen en este tipo de acuerdos. En consecuencia, vuelva la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa

Nancy Ávila de Miranda

Magistrado

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

Proceso No. 05001600071820130226 NI: 2021-1814
Acusado: TORIBIO GIRON DAVID Y OTROS
Delito: Interés Indevido en la Celebración de Contratos y otros
Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba
Motivo: Apelación auto
Decisión: Se abstiene de conocer

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:

e369d93f986c178c279732b8628db38bba7060d12f477227522d751f6e8ef83a

Documento generado en 07/12/2021 01:40:04 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

Radicación No. 680816000000201980064

NI: 2021-1871

Acusado: CARLOS ANDRES MONTOYA PUERTA

Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de armas de fuego

Decisión: Confirma

Aprobado Acta virtual:199 de diciembre 7 del 2021

Sala No.: 6

Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**

Medellín, Diciembre nueve del año dos mil veintiuno

I. ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra el auto emitido el 22 de noviembre del año en curso, en el que se improbo un acuerdo puesto a consideración de la judicatura.

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

II. HECHOS Y ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

Para lo que resulta de interés de esta decisión se tiene que cuando debía realizarse la audiencia de acusación, en virtud de escrito presentado por la Fiscalía General de la Nación, se presenta ante la judicatura un acuerdo suscrito entre CARLOS ANDRES MONTOYA PUERTA y la Fiscalía General de la Nación, en el que a cambio de aceptar la responsabilidad en delito descrito en el artículo 365 del Código Penal, toda vez que fue capturado el pasado 15 de abril del 2020 en un procedimiento efectuado en la Unión del Municipio de Yondó con un revolver marca Llama calibre 38.

Precisó el Fiscal que el acuerdo no implicaba variación de la realidad fáctica, la cual se mantenía como se había hecho en la imputación y en la acusación, pero como contraprestación a la aceptación de responsabilidad, únicamente para fines de punibilidad se pactaba la pena de 56 meses de prisión y 6 meses de inhabilitación para la tenencia de

armas de fuego, al reconocerle una rebaja de la mitad de la pena mínima prevista por el legislador al reconocer la complicidad, reiterando que la aceptación de responsabilidad era como autor y la aplicación de la rebaja por cómplice solo era para los fines de la punibilidad.

Procesado y defensa avalaron lo expuesto por el Fiscal, pero al correrse traslado del mismo al representante del Ministerio Público este expuso que se oponía al mismo por resultar ilegal, visto que aunque la jurisprudencia permite este tipo de acuerdos, la rebaja de pena no puede ser desproporcionada y aquí la finalmente pactada es superior a la que se daría en caso de una aceptación en la imputación en caso de flagrancia, y la Fiscalía no expone las razones de tan graciosa concesión, o no se acredita la colaboración especial del procesado con el ente instructor para recibir dicho benéfico.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de primera instancia considera que si bien es cierto el acuerdo proviene de la voluntad libre y consiente del procesado, y existe línea jurisprudencial que reconoce una amplia facultad para que la Fiscalía General de la Nación realice las negociaciones, en el caso propuesto resulta imposible impartir aprobación al acuerdo, pues aunque el mismo se hace sin mutar la realidad fáctica y la complicidad, solo se usa para fines de tasar la pena, lo cierto es que como lo advierte el Representante del Ministerio Público, la rebaja otorgada resulta desproporcionada, visto que el acuerdo se da ya para la audiencia de acusación en un caso de captura en flagrancia y supera la rebaja máxima que podría darse en el evento de una aceptación de responsabilidad en la imputación, y en la exposición del acuerdo no se justifica esta graciosa concesión, lo que contraviene una amplia línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia sobre los preacuerdos en los que sin base fáctica se reconoce una rebaja de pena recurriendo a otras normas penales diversas a la cual se subsume la conducta imputada.

IV. APELACION

Inconforme con la el señor abogado defensor interpone recurso de apelación señalando que existe una determinación del Tribunal Superior de Medellín, donde se apartan de los pronunciamientos jurisprudenciales que se han citado en la decisión de primera instancia, el cual solicita se tenga en cuenta para revocar la determinación que se ha tomado pues la

misma desconoce claramente cuales son los fines de los preacuerdos.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto que concita el interés de la Sala lo es el establecer si el preacuerdo puesto a consideración de la judicatura, resulta legal y por lo mismo debe ser aprobado.

Al respecto debe la Sala indicar indudable es el panorama un tanto confuso que se ha presentado en los últimos años sobre cuáles son las posibilidades que tiene un juez de conocimiento de improbar un acuerdo que se somete a su control, sin embargo, en pronunciamiento la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 24 de junio del 2020. M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR en el radicado 5227, que fue el que la Juez de Primera Instancia tomó para su decisión, hacen nuevas y claras precisiones que pese a lo extenso resulta pertinente traer a colación. Al respecto la Alta Corporación precisa:

“El cambio de la calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena se disminuyera en un 83%, así como a una rebaja igualmente considerable en un caso de abusosexual donde aparece como víctima una mujer con discapacidad mental.

En estos casos el debate gira en torno a dos ideas centrales: (i) si la Fiscalía puede optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos incluidos en la imputación o la acusación; y (ii) si en el ámbito de los preacuerdos y a través del cambio de calificación sin ninguna base fáctica la Fiscalía puede conceder cualquier tipo de beneficio al procesado.

Lo anterior, sin perder de vista otros aspectos relevantes, entre ellos: (i) la forma como, bajo esas condiciones, podría garantizarse la igualdad de trato y la seguridad jurídica, pues una discrecionalidad desmedida implica que cada funcionario pueda optar por la solución que considere más conveniente, sin más sujeción que su propio criterio frente a cada caso; (ii) la posibilidad de que, por esa vía, se eludan las prohibiciones legales de conceder beneficios frente a algunos delitos; y (iii) ese tipo de acuerdos suelen generar debates sobre la procedencia de los

Subrogados penales, lo que se acentúa cuando la calificación jurídica real tiene aparejadas prohibiciones legales, que eventualmente dejarían de operar a raíz de los cambios realizados en virtud del acuerdo.

La imposibilidad de optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes

El caso sometido a conocimiento de la Sala, así como los estudiados por la Corte Constitucional en la SU479 de 2019, ponen de presente el debate acerca de los límites de la Fiscalía para conceder beneficios a través del cambio de calificación jurídica realizado exclusivamente para rebajarla pena o mejorar la condición del procesado en cualquier otro sentido.

Es importante resaltar que en estos eventos la Fiscalía no modifica la base factual de la imputación o la acusación. El beneficio consistente, precisamente, en introducir una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora o se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor.

Así, en estricto sentido, no se trata de un debate acerca de si los hechos que eventualmente corresponderían a la calificación jurídica introducida en virtud del acuerdo están demostrados en los términos del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, o si al incluirlos en la imputación o en la acusación se alcanzaron los estándares previstos en los artículos 287 y 336, respectivamente.

No. Se trata de resolver si el ordenamiento jurídico le permite al fiscal solicitar la condena por unos hechos a los que, en virtud del acuerdo, les asigna una calificación jurídica que no corresponde, lo que es muy distinto a debatir si esos aspectos fácticos tienen un respaldo “probatorio suficiente”.

Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena. En términos simples, en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje (que en los casos analizados en la sentencia SU479 de 2019 ascendió al 83%), las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia.

Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son calificados como constreñimiento ilegal, alguna faceta de la culpabilidad, como en los casos estudiados en la SU479, donde, sin base factual, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal.

A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Concluyó la Corte Constitucional:

En suma, de acuerdo con los precedentes constitucionales referidos y particularmente a la Sentencia C-1260 de 2005 que hace tránsito a cosa juzgada, la labor del fiscal es de adecuación típica por lo que, si bien tiene cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa, deberá obrar con base en los hechos del proceso. En otras palabras, al celebrar un preacuerdo el fiscal no puede seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los fundamentos fácticos y probatorios que resultan del caso.

Para establecer las implicaciones de estas decisiones de la Corte Constitucional en el margen de negociación de la Fiscalía General de la Nación, no puede perderse de vista que se trata de cambios de calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena o mejorar en cualquier otro sentido la situación jurídica del procesado. Igualmente, que la pretensión de la Fiscalía (obviamente avalada por la defensa) se orienta a que en la condena adopte una calificación jurídica que no corresponde a los hechos.

Visto de otra manera, lo resuelto en el fallo de constitucionalidad y en la sentencia de unificación simplemente impide que a los beneficios (en ocasiones desbordados) se les dé un ropaje jurídico que, en ocasiones, impide establecer su real proporción. Así, en los casos allí tratados, en lugar de establecer frontalmente que la pena se rebajaría en un 83%, se optó por incluir una circunstancia de menor punibilidad sin referentes fácticos debidamente acreditados, con lo que se logró el mismo efecto.

Los cambios a la calificación jurídica sin ninguna base fáctica también generan otros efectos negativos, entre los que se destacan: (ii) extensos debates sobre los subrogados penales, pues mientras unos alegan que su estudio debe hacerse a la luz de la calificación jurídica que corresponde a los hechos jurídicamente relevantes, otros sostienen que el juez debe atenerse a la “calificación jurídica” producto del acuerdo; y (ii) en ocasiones pueden resultar agraviantes para las víctimas, como cuando se incluye un estado de ira que no tiene ningún fundamento factual, pero la calificación jurídica genera la idea de que el sujeto pasivo, de alguna forma, provocó la agresión.

Las diferencias entre esta modalidad de acuerdo y otras utilizadas en la práctica judicial.

En la práctica se han utilizado otras modalidades de acuerdo, que tienen diferencias relevantes con la abordada en el numeral anterior.

Aunque el caso sometido a conocimiento de la Sala corresponde a la modalidad de acuerdo que se acaba de estudiar (lo que será analizado más adelante), para la mejor comprensión de la decisión resulta imperioso establecer las diferencias con otras variantes de negociación entre la Fiscalía y la defensa.

La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, también manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.”

Igualmente, la Alta Corporación en la sentencia en cita, hace varias precisiones sobre las consecuencias en materia de rebaja punitiva que pueden llegar a tener esos acuerdos, que sin base probatoria reconocen para efectos de punibilidad otras normas jurídicas que reconocen rebaja, lo siguiente:

Los límites al monto de los beneficios otorgados en virtud de un acuerdo consistente en el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica.

Frente a los cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a la rebaja de pena, no solo existe el debate sobre la falta de correspondencia entre los hechos y las normas elegidas.

*Sin perjuicio de lo expuesto sobre el particular en los numerales anteriores, **también** debe establecerse si, bajo esa modalidad, la Fiscalía puede conceder beneficios sin ningún límite.*

Según se ha venido indicando, en la SU479 la Corte Constitucional analizó dos casos que guardan similitud con el asunto sometido a conocimiento de la Sala, pues en todos ellos el cambio de la calificación jurídica dio lugar a una rebaja punitiva superlativa, equivalente a más del 80% de la pena establecida legalmente para los hechos objeto de investigación y juzgamiento.

La Corte Constitucional resaltó que (i) el cambio de calificación jurídica, cuando no tiene base fáctica, no puede ser utilizado para conceder beneficios desproporcionados; (ii) los acuerdos deben ajustarse al marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y (iii) en cada caso, los fiscales deben considerar las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación.

En tal sentido, la Corte Constitucional hizo hincapié en que la actuación de los fiscales está regida por el concepto de discrecionalidad reglada, conforme al cual deben armonizarse el necesario margen de maniobrabilidad para la solución temprana de los casos y la sujeción a la Constitución Política, la ley y

las directrices trazadas por la Fiscalía General de la Nación.

El concepto de discrecionalidad reglada también ha sido desarrollado por esta Sala, principalmente en lo que atañe al “juicio de imputación” y “el juicio de acusación”. En efecto, se ha aclarado que aunque los jueces no pueden ejercer control material sobre las actuaciones reguladas en los artículos 286 y siguientes (imputación) y 336 y siguientes (acusación), los fiscales tienen la obligación de acatar los presupuestos materiales de esas decisiones y deben cumplir los requisitos formales establecidos por el legislador, en buena medida orientados a garantizar los derechos del procesado y la debida configuración del debate acerca de la responsabilidad penal (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599, entre otras).

En armonía con lo expuesto en la referida sentencia de unificación, la Sala considera que la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite concluir que esta forma de acuerdos (cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena) no tiene aparejado un poder ilimitado para conceder beneficios, al punto que los mismos puedan consistir en la supresión de prácticamente la totalidad de la pena procedente frente a los hechos jurídicamente relevantes.

Por el contrario, se advierte que en los ámbitos de “disposición” de la acción penal se acentúa el concepto de discrecionalidad reglada.

Así, por ejemplo, para solicitar la preclusión, el fiscal debe indicar “los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación”, y, a partir de ello, debe fundamentar “la causal incoada” (Art. 333).

En esta norma subyace una idea trascendente para el tratamiento sistemático del tema que ocupa la atención de la Sala. En efecto, si se parte de la base de que los fiscales deben realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación, lo que implica, principalmente, la constatación de los estándares previstos en los artículos 287 y 336 de la Ley 906 de 2004, así como un estudio cuidadoso de la normatividad aplicable, resulta razonable que expliquen en qué sentido ha variado esa situación, al punto que sea procedente la preclusión de la acción penal.

Lo anterior confirma, además, que aunque los jueces no controlan materialmente la imputación y la acusación (en el momento de la actuación en que ocurren estas actuaciones), tienen amplias facultades para constatar los presupuestos fácticos y jurídicos de las decisiones que las partes les solicitan, precisamente porque las mismas son expresión del ejercicio jurisdiccional, tal y como se explicó en el numeral 6.2.2.1.

Lo anterior se aviene a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la posibilidad que tienen los jueces de emitir sentencia condenatoria a pesar de que la Fiscalía solicite la absolución (CSJSP, 25 mayo 2016, Rad. 43837, entre otras), toda vez que en esa regla subyace la idea de que el fiscal no puede disponer a su arbitrio de la acción penal.

Lo mismo sucede en materia de principio de oportunidad. Aunque en las discusiones previas a la expedición de la Ley 906 de 2004 se consideró la posibilidad de que el control a esta actividad fuera rogado, finalmente se optó porque operara automáticamente frente a la modalidad de renuncia al ejercicio de la acción penal. Luego, la Corte Constitucional concluyó que el control automático también

procede frente a las modalidades de suspensión e interrupción (C-979 de 2005). Igualmente, existe consenso en que el control que realizan los jueces es formal y material, así como frente a la obligación de considerar los intereses de las víctimas y los demás aspectos constitucionalmente relevantes (C-209 de 2007, C-591 de 2005, entre otras).

Frente a este tema, quedaría por resaltar que incluso en materia de archivos la actividad de la Fiscalía está sometida a reglas puntuales, no solo porque debe comunicar este tipo de decisiones a las víctimas y al Ministerio Público, sino además porque existe la oportunidad de solicitar al juez de control de garantías su revisión (art. 79 de la Ley 906 de 2004, desarrollado en la sentencia C-1154 de 2005).

Lo anterior, que se ha expuesto a título meramente enunciativo, le permite a la Sala abordar lo concerniente a los límites que tienen los fiscales para conceder beneficios en virtud de los acuerdos que celebren con el procesado, puntualmente cuando ello se hace a través del cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, con la única finalidad de disminuir la pena, sin perjuicio de la incidencia que ello puede tener en los subrogados y otros aspectos penalmente relevantes.

Al respecto, la Sala encuentra que la Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de los beneficios que pueden otorgarse a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad.

*Sin embargo, todos ellos están sometidos a límites, incluso cuando el procesado no solo contribuye a la pronta solución de su caso, sino además cuando colabora “**eficazmente** para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información **esencial** para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada” (causal 5ª de principio de oportunidad), como también cuando “sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes...” (Causal 6ª).*

Incluso en esos eventos, cuando el estado recibe una colaboración trascendente para combatir la delincuencia organizada o lograr el esclarecimiento de delitos graves y la imposición de las respectivas sanciones, la Fiscalía tiene límites para el otorgamiento de beneficios, entre ellos: (i) sus decisiones están sometidas a control judicial formal y material, independientemente de la modalidad de principio de oportunidad de que se trate; (ii) la colaboración del procesado debe ser relevante (eficaz, esencial); (iii) las modalidades de suspensión e interrupción permiten verificar dicho requisito material antes de que el beneficio quede en firme; (iv) estos beneficios no operan frente a delitos de extrema gravedad (art. 324, parágrafo 3º); y (v) en cada caso deben ponderarse, entre otros aspectos, los derechos de las víctimas y la importancia de la colaboración para “la protección efectiva de bienes jurídicos de mayor entidad, lo cual redundaría en la protección de los derechos de las víctimas de delitos más graves” (C-095 de 2007, entre otras).

En esa misma línea, la Sala advierte que el allanamiento unilateral a cargos, así como otras modalidades de acuerdo que no impliquen el cambio de calificación jurídica, tienen límites puntuales en el ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, si el allanamiento a cargos ocurre en la formulación de imputación, comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena. Si la procesada toma esa decisión en el juicio oral, la rebaja será de una sexta parte. En estas normas subyace un parámetro objetivo para establecer el monto de la rebaja punitiva, según el cual la misma debe ser mayor cuando la decisión del procesado de optar por la Baja la misma lógica, el artículo 352 establece límites para los acuerdos ocurridos con posterioridad a la acusación, mientras que el artículo 351 prohíbe la concesión de beneficios plurales.

La Sala no analizará pormenorizadamente estas normas, para mantener la atención en los aspectos relevantes para la solución del caso. La alusión a las mismas tiene como única finalidad resaltar que

a lo largo del ordenamiento jurídico se establecieron límites para la concesión de beneficios, incluso en los casos de colaboración “esencial” o “eficaz” para combatir la delincuencia organizada o esclarecer delitos graves.

En todo caso, no puede perderse de vista que los beneficios más amplios, en el ámbito de la colaboración con la administración de justicia, están reservados para quienes prestan este tipo de colaboraciones. Así, podrá tenerse una mirada sistemática del ordenamiento jurídico, que permita comprender los límites de las concesiones en sede de preacuerdos. Terminación anticipada de la actuación entraña menos desgaste para el Estado.

Ampliamente en la SU479 de 2019 para resaltar que para esos efectos debe considerarse

(l) a naturaleza de los cargos, el grado de culpabilidad y el daño causado o la amenaza de los derechos constitucionales fundamentales, los intereses jurídicos protegidos, la ocurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, las personales del imputado o acusado y su historial delictual, los derechos e intereses de las víctimas, el grado de afectación y la relación que tuviera con el imputado y acusado. (...) la actitud demostrada por el imputado o acusado de asumir responsabilidad por su conducta, el arrepentimiento el esfuerzo en compensar a la víctima, o cooperar en la investigación o en la persecución de otros delitos.

En su tercera directriz sobre el objeto del preacuerdo, explicó que los preacuerdos deberán recaer sobre a) los términos de la imputación y b) la pena a imponer. En la directriz cuarta, fijó los límites de los preacuerdos y negociaciones entre los cuales contempló que, por ejemplo, cuando se trate de un concurso de conductas punibles el fiscal no podrá pre acordar la eliminación del cargo por el delito de mayor trascendencia atendiendo el bien jurídico y la pena establecida para el mismo.

*En este orden de ideas, a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es **negativa**.*

Finalmente concretiza una serie de reglas, entre las que resulta pertinente resaltar las siguientes:

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

Segundo. Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes **no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde**, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica–; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde **solo se orienta a establecer el monto de la pena**, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo–; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.

Tercero. En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador;

(ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.

Descendiendo al caso puesto a consideración encontramos que tal y como lo expuso la Juez de Primera Instancia, el acuerdo no es aprobado porque la rebaja otorgada resulta desproporcionada, visto el momento procesal en el que se realiza- en la audiencia de acusación - visto que es de aquellos que sin mutar la realidad fáctica se echa mano a otras normas penales para lograr una rebaja punitiva como lo es la de la complicidad sin embargo, como se indica en la sentencia citada en precedencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, aunque es viable este tipo de acuerdos, se exige dar aplicación al principio de discrecionalidad y *“además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador”*; y de lo expuesto por el Fiscal al presentar el preacuerdo o sustentar la apelación nada de esto se expuso, por lo que no aparece entonces debidamente justificada el por qué se le otorga tan gracioso beneficio al procesado a pesar de que el preacuerdo se presenta en la audiencia de acusación, y la captura se produjo en flagrancia.

Ningún sustento tiene la propuesta de la fiscalía y la defensa en el sentido de desconocer el contenido del artículo 352 y remitirse a la rebaja prevista en el artículo 351 para otro momento procesal¹. En estas condiciones la decisión del Juez de Primera Instancia resulta acertada.

De otra parte, debe aquí resaltarse que en la exposición del preacuerdo no se estableció con precisión como igualmente lo señala la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

¹ Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior. Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en unatercera parte. Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación 52.227 del 24 de junio de 2020 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

el deber de indicar con precisión como se materializaran los mecanismos sustitutivos de la pena no siendo posible por la modalidad del preacuerdo dejar esto al arbitrio del juez como se expuso en la presentación del mismo.

Ahora bien, no encuentra la Sala razón alguna para apartarse de los pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia pues se debe advertir que la sentencia del 24 de junio del 2020 de la Sala Penal, que en extenso se transcribe párrafos atrás, precisamente señala que esa Corporación al fijar las reglas de los preacuerdos se ajusta en su posición a los mandatos de la Corte Constitucional sobre preacuerdos, por ende no se puede decir que debemos desechar tal precedente y que la Fiscalía tiene plena libertad sin reglas para negociar preacuerdos, sino que tal y como lo precisa la mentada sentencia existe una discrecionalidad reglada, que aquí no se cumple. De otra parte, aunque respetable pueda ser la decisión que en el pasado tomo otro Tribunal Superior como el de Medellín, dicha decisión no es un precedente judicial, pues no proviene de un órgano de cierre y ningún carácter vinculante tiene en consecuencia.

Tampoco las razones de buscar una justicia pronta o una pena no excesiva, justifican el aprobar el acuerdo puesto a consideración de la judicatura, pues, aunque estos son los objetivos de la justicia premial, no se pueden justificar desconociendo los parámetros de proporcionalidad y racionalidad propuestos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, la providencia materia de impugnación deberá ser confirmada.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia materia de impugnación de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído

SEGUNDO: Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

9bb786b4586e056b9132a85f93f53b7b28626fff84fbdf1935eba873ae21be73

Documento generado en 07/12/2021 01:39:54 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>