

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 062

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
2022-0315-1	Tutela 2ª instancia	MARLENY RAMÍREZ RAMÍREZ	COLPENSIONES y otros	Confirma fallo de 1º instancia	Abril 07 de 2022
2022-0378-1	Tutela 1ª instancia	ROSA MARGARITA GONZALEZ PEREZ	FISCALIA 18 SECCIONAL DE LA CEJA -ANTIOQUIA	Niega por hecho superado	Abril 08 de 2022
2021-0936-3	auto ley 906	Inasistencia Alimentaria	ALEXANDER DE JS URIBE HOLGUIN	Fija fecha de publicidad de providencia	Abril 08 de 2022
2019-0658-5	Sentencia	Peculado culposo	Luis Alberto Duque Urrea	Absuelve	Abril 08 de 2022
2022-0081-6	Sentencia 2ª instancia	actos sexuales abusivos	VICTOR ALONSO LONODÑO SANTAMARIA Y O	Confirma sentencia de 1º instancia	Abril 08 de 2022
2022-0312-6	Tutela 2ª instancia	CARLOS ALBERTO ARBELÁEZ JARAMILLO	COLPENSIONES y otros	Confirma fallo de 1º instancia	Abril 08 de 2022
2021-1116-5	Sentencia 2ª instancia	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	Eider Arnobis Vasco Sánchez	Modifica sentencia de 1º instancia	Abril 08 de 2022
2021-1787-5	Sentencia 2ª instancia	actos sexuales abusivos con menor de 14 años	Cruz Antonio Monterrosa Castro	Confirma sentencia de 1º instancia	Abril 08 de 2022

FIJADO, HOY 18 DE ABRIL DE 2022, A LAS 08:00 HORAS

ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, siete (07) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 059

PROCESO : (05697 31 04 001 2022 00015) **2022-0315-1**
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : MARLENY RAMÍREZ RAMÍREZ
ACCIONADO : COLPENSIONES Y NUEVA EPS
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Dra. Malky Katrina Ferro Ahcar Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, contra el fallo del 09 de marzo de 2022, a través de la cual el Juzgado Penal de Circuito de El Santuario (Antioquia), decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por la señora MARLENY RAMÍREZ RAMÍREZ que presuntamente venían siendo vulnerados por las entidades accionadas.

LA DEMANDA

Refirió la actora que se encuentra afiliada al Fondo de Pensiones COLPENSIONES y en salud a la NUEVA EPS, como cotizante.

Indicó que actualmente se encuentra supremamente enferma; en enero de 2021 estuvo hospitalizada con COVID 19, y quedó con problemas de ANSIEDAD, CON OXÍGENO, dice que se siente triste, aburrida y con dolor lumbociático izquierdo, con espondilopatía no especificada, con trastorno mixto de ansiedad y depresión.

Señaló que a causa de la enfermedad ha venido incapacitada desde el

mes de enero de 2021 y aún permanece incapacitada. Que si bien la NUEVA EPS le canceló los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad no sucedió lo mismo con COLPENSIONES ya que solo le canceló del 19/07/2021 al 28/07/2021 (10) días, y del 28/08/2021 al 26/09/2021 treinta (30) días, que desde el 26/09/2021, no le han vuelto a cancelar las incapacidades, y hasta la fecha el fondo de pensiones COLPENSIONES le adeuda las incapacidades de los periodos del 27/09/2021 al 26/10/2021 treinta (30) días, del 27/10/2021 al 25/11/2021 treinta (30) días, del 26/11/2021 al 09/12/2021 catorce (14) días, del 10/12/2021 al 24/12/2021 quince (15) días, del 25/12/2021 al 23/01/2022 treinta (30) días, para un total de 119 días de incapacidad.

Manifestó que fue valorada por medicina laboral y dieron concepto desfavorable; que ha ido a Colpensiones y que al parecer por esta razón no le han seguido pagando y continúa incapacitada, que hasta el 23 de enero de 2022 lleva 363 días de incapacidad, y solo le han sido cancelados los primeros 180 días por parte de la NUEVA EPS. Que COLPENSIONES le ha cancelado solo 40 días para un total de 120 días que le han pagado y le adeuda 119, y es dicha entidad quien debe responder por las incapacidades hasta el día 540.

Afirmó que es la única persona que aporta para el hogar, ya que su compañero no trabaja por enfermo, que en la actualidad está sobreviviendo por la caridad de algunos familiares para su manutención y la de su compañero.

Aseguró que la entidad accionada le está vulnerando el derecho fundamental al mínimo vital y acude a este mecanismo constitucional pretendiendo el amparo del mismo y en consecuencia se ordene a COLPENSIONES le cancele las incapacidades de los periodos del 27/09/2021 al 26/10/2021 treinta (30) días, del 27/10/2021 al 25/11/2021 treinta (30) días, del 26/11/2021 al 09/12/2021 catorce (14) días, del 10/12/2021 al 24/12/2021 quince (15) días, del 25/12/2021 al 23/01/2022

treinta (30) días, para un total de 119 días de incapacidad.

LAS RESPUESTAS

1.- La DRA. MALKY KATRINA FERRO AHCAR, directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones, indicó que verificados los aplicativos de Colpensiones, se evidenció que el día 24/06/2021 bajo el radicado No. 2021-7144043, la NUEVA EPS allegó a esa administradora Concepto de Rehabilitación –CRE- de la señora MARLENY RAMIREZ RAMIREZ con pronóstico FAVORABLE.

Informó que Colpensiones reconoció y pagó a favor de la accionante incapacidad médica desde el día 19/07/2021 al 26/10/2021.

Aseguró que consultado el expediente administrativo de la señora MARLENY RAMIREZ se tiene que los días 24/11/2021, 17/12/2021 y 28/01/2022, solicitó reconocimiento y pago de incapacidades, y la Dirección de Medicina Laboral se encuentra realizando las validaciones correspondientes para emitir pronunciamiento sobre la viabilidad en el reconocimiento y pago de las mismas. Que Colpensiones tiene un término de cuatro (4) meses para atender la solicitud; por lo tanto, las peticiones están en términos de respuesta.

Aclaró que la obligación de pago de incapacidades nace para dicho fondo de pensiones a partir del momento en que es remitido documento CRE por parte de la EPS, siempre y cuando se esté solicitando el reconocimiento de pago de periodos superiores al día 180 y hasta el día 540 por enfermedad de origen común, y el afiliado cuente con pronóstico de recuperación favorable respecto de lo padecido. Lo anterior, en virtud del artículo 142 del Decreto 0129 de 2012.

Afirmó que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para tal

reclamación, pues no se debe procurar que mediante fallo de tutela se ordene a esa administradora reconocer y pagar incapacidades desdibujando así, el principio de subsidiaridad que rige la tutela.

Mencionó que las incapacidades pueden ser de origen laboral o común, las primeras de acuerdo con el Decreto 2943 de 2013 en su art. 1, deberán ser asumidas y pagadas por las Administradoras de Riesgos Laborales con 3 ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico. Que la calificación del origen de la enfermedad o accidente lo hacen las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral, con el fin de establecer el origen de una patología, diferenciando si es de origen profesional (causada por la exposición a un factor de riesgo laboral) o si es de origen común.

Señaló que si la enfermedad o accidente es de origen común las incapacidades serán pagadas los dos (2) primeros días por el empleador, desde el día tres (3) hasta 180 días están a cargo de las entidades Promotoras de Salud (EPS), y el trámite para el reconocimiento está a cargo del empleador conforme al Decreto 780 de 2016 art. 2.1.13.4 que reza:

“Artículo 2.1.13.4 Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.”

Advirtió que una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS”. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa,

la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, se deberá proceder a calificar la pérdida de capacidad del afiliado.

Mencionó que en lo que respecta al pago de incapacidades de origen común que van del día 181 al 540, cuando se radiquen las incapacidades el proceso que medicina laboral adelanta reside en las siguientes actividades:

- Aprobación, autorización y prórroga de las incapacidades mayores a 180 días.
- La calificación del estado de invalidez en primera oportunidad, Pérdida de la Capacidad Laboral (PCL) derivada de accidente o enfermedad de origen común.
- La revisión del estado de invalidez cada 3 años cuando así lo considere.

Aseguró que el trámite de solicitud de pago de incapacidades, debe ser agotado por el afiliado directamente ante la entidad o por un tercero debidamente autorizado por el mismo. En este orden de ideas, si la solicitud es elevada por el empleador, éste también debe contar con la autorización del empleado y diligenciar el formato creado para tal fin por esta Administradora, el cual le será suministrado en cualquiera de los Puntos de Atención al Ciudadano.

Por último, hizo referencia a la improcedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades, y solicita se deniegue la tutela contra COLPENSIONES por cuanto las pretensiones son abiertamente improcedentes, por no cumplir con el requisito de procedibilidad del art. 6 del decreto 2591 de 1991, además porque dicha entidad no ha vulnerado los derechos reclamados por la actora y está actuando conforme a derecho.

2.- La NUEVA EPS, en su respuesta hace referencia a su función como empresa administradora del plan de benéficos de salud dentro del Sistema General de Seguridad Social, y dice que su objeto es garantizar los servicios de salud dentro del PBS con cargo a la UPC; que las entidades administradoras del PBS, no tienen carácter de empresas cesionarias o de unidades de negocio con facultades para negociar los aportes y su forma de pago, ni los servicios a su cargo y la manera de prestación, sino que por el contrario tienen la obligación de cumplir con una parte de la seguridad social, para lo cual se les autoriza descontar el valor correspondiente a la Unidad de Pago por Capitación - UPC- que les corresponda, en los expresos perentorios términos de la ley.

Indicó que en el caso particular indica que la señora MARLENY RAMÍREZ se encuentra afiliada a la NUEVA EPS Régimen contributivo en calidad de cotizante, y con respecto a la pretensión manifiesta que la afiliada presenta 423 días de incapacidad continua al 24 de marzo de 2022, que completó 180 días el 24 de julio de 2021 y que la NUEVA EPS emitió Concepto de Rehabilitación de la afiliada como FAVORABLE, notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES con fecha del 24/06/2021, en cumplimiento al Decreto 019 de 2012 que en su artículo 142 establece:

- “1. La EPS remite el concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones antes del día 150 de incapacidad.
2. La Administradora de Fondo de Pensiones inicia el pago de incapacidad a partir del día 181 de incapacidad, prorrogando el pago por 360 días adicionales a los primeros 180 y al finalizar este último periodo le calificará la pérdida de la capacidad laboral”.

Señaló que, revisada la reseña de afiliación de la usuaria en referencia, no es posible realizar el reconocimiento económico de las incapacidades, teniendo en cuenta que es el Fondo de Pensiones mencionado, quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

Aseguró que una vez la EPS remite el concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones, antes del día 150 de incapacidad; como sucede en el presente caso, la Administradora del Fondo de Pensiones debe iniciar el pago de la incapacidad a partir del día 181, prorrogando el pago por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocida por la NUEVA EPS y al finalizar este último período, le calificará la pérdida de la capacidad laboral.

Por último, solicita se desvincule a la NUEVA EPS de la presente acción de tutela, por no existir vulneración a los derechos fundamentales invocados por la accionante, y se ordene a la AFP que asuma las incapacidades generadas.

EL FALLO IMPUGNADO

La Juez de Primera Instancia citando Ley y jurisprudencia sobre el tema, advirtió, para lo que interesa, que las incapacidades de origen común que superan los 180 días corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentra afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Consideró, para el caso concreto, la señora MARLENY RAMIREZ RAMIREZ, instauró acción de tutela por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana por parte de Colpensiones, al no pagarle las incapacidades prescritas por su médico tratante en los periodos del 27/09/2021 al 26/10/2021 treinta (30) días, del 27/10/2021 al 25/11/2021 treinta (30) días, del 26/11/2021 al 09/12/2021 catorce (14) días, del 10/12/2021 al 24/12/2021 quince (15) días, del 25/12/2021 al 23/01/2022 treinta (30) días, para un total de 119 días.

En concordancia con lo anterior, es el Fondo de Pensiones COLPENSIONES, quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

En el presente asunto, el juzgado encontró que la NUEVA EPS, emitió Concepto de Rehabilitación con pronóstico FAVORABLE a la señora MARLENY RAMIREZ, el cual fue allegado a la EPS Colpensiones el día 24 de junio de 2021, bajo radicado No 2021-7144043.

En efecto la Corte Constitucional ha establecido: *“En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, de acuerdo con la norma citada del Decreto 019 de 2012, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado. Si bien esto último fue objeto de debate en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador con independencia de la decisión contenida en el concepto. Asimismo, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, deberá asumir el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente*

improbable". Sentencia T-523 de 2020.

Ahora bien de los documentos probatorios aportados por la AFP COLPENSIONES, se evidencia que el 29 de septiembre de 2021, le reconoció y pagó la incapacidad correspondiente al periodo comprendido entre el 29/07/2021 al 27/08/2021 30 días; el 25 de noviembre de 2021 reconoció y pago la incapacidad entre el 19/07/2021 y el 28/07/2021 diez (10) días y del 28/08/2021 al 26/09/2021 treinta (30) días, y el 24 de febrero de 2022, reconoció y pago las incapacidades correspondientes a 27/09/2021 y el 26/10/2021 treinta (30) días. No obstante, a la fecha le adeuda las incapacidades del 27/10/2021 al 25/11/2021, treinta (30) días, del 26/11/2021 al 09/12/2021 catorce (14) días, del 10/12/2021 al 24/12/2021 quince (15) días y del 25/12/2021 al 23/01/2022 treinta días.

La AFP Colpensiones manifiesta en la respuesta que los días 24/11/2021, 17/12/2021 y 28/01/2022, la señora MARLENY RAMIREZ, solicitó el reconocimiento y pago de incapacidades; que la Dirección de Medicina Laboral se encuentra realizando las validaciones correspondientes para emitir pronunciamiento sobre la viabilidad en el reconocimiento y pago de las mismas, y que Colpensiones tiene un término de cuatro (4) meses para atender la solicitud, encontrándose dentro de la oportunidad para emitir una respuesta de fondo.

Es claro para el juzgado que COLPENSIONES adoptó una posición pasiva desconocedora del derecho fundamental al mínimo vital de la señora MARLENY RAMIREZ, quien en el escrito de tutela expresó que es la única persona que aporta para el sostenimiento del hogar, que se siente muy mal y no se encuentra en capacidad de estar volteando, que además su compañero tampoco trabaja por enfermo. Por tanto, la razón manifestada por COLPENSIONES para no adelantar el reconocimiento y pago de las incapacidades causadas a la accionante, CORRESPONDIENTES a los periodos adeudados antes referidos,

constituye una barrera administrativa injustificada que afecta de manera sustancial el goce efectivo de los derechos fundamentales de la peticionaria al mínimo vital y a la dignidad humana.

Advierte esa judicatura, que en caso de que COLPENSIONES requiera información adicional o la actualización de aquella con la que ya cuenta, puede solicitarla de manera directa a la EPS o al empleador, evitando así requerir la participación activa de la actora incapacitada, de manera directa o a través de apoderado con autorización autenticada ante notario público, como intermediario entre la EPS y la AFP.

En efecto al Corte Constitucional desde el año 2008, ha resaltado la importancia del deber de comunicación entre las entidades del Sistema y, a pesar de todos los avances en tecnología en la última década, dicha falta de comunicación sigue amenazando la garantía de los derechos de los usuarios, a tal punto que COLPENSIONES sigue exigiendo que los usuarios en estado de incapacidad asistan a sus sedes para entregar información o documentación que fácilmente pudo haber recaudado de otros actores del sistema.

Ello atendiendo que el Sistema General de Seguridad Social es un sistema integral cuyo funcionamiento precisa de la interacción constante de los órganos que lo componen, especialmente en materia del subsidio de incapacidad en el que se ven involucrados dos subsistemas, el SGSS en Salud y el SGSS en pensiones. De esta interrelación depende la materialización de los derechos fundamentales de los afiliados y por este motivo la comunicación no es un mero ideal del Sistema, sino un verdadero deber institucional compartido entre el empleador, las EPS y las AFP.

Lo anterior se traduce en el deber de las EPS de asistir al afiliado remitiendo a la AFP “los documentos correspondientes para que el Fondo de Pensiones respectivo inicie el trámite y se pronuncie sobre la

cancelación o no de la prestación económica reclamada”; Pero a la vez el deber de las AFP de iniciar el trámite correspondiente y emitir de manera pronta y adecuada el resultado de dicho trámite. En efecto, en virtud del carácter integral del SGSS y del deber de comunicación permanente entre los diferentes actores del Sistema, se requiere la participación activa de la AFP en el sentido de adelantar la gestión necesaria que de manera razonable esté a su alcance para poder llevar a cabo el respectivo estudio de la pretensión económica requerida por el afiliado y emitir una respuesta pronta y debidamente justificada. Sentencia T-980 de 2008.

En el presente caso, es de tal magnitud la barrera administrativa impuesta a la peticionaria que, tal y como lo expresó la entidad accionada en la comunicación allegada al proceso referente al pago de las incapacidades solicitadas por la actora los días 24/11/2021, 17/12/2021 y 28/01/2022, y ante la falta del pago del subsidio por incapacidad, la señora MARLENY RAMIREZ RAMIREZ presentó acción de tutela contra Colpensiones con el fin de que se protegiera su derecho fundamental al mínimo vital y como consecuencia, se ordenara a la AFP COLPENSIONES, cancelar las incapacidades adeudadas.

Por lo tanto, se concederá la protección del derecho fundamental a la seguridad social, y al mínimo vital de la accionante. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que COLPENSIONES accedió al pago de los subsidios de incapacidad de los períodos comprendidos del 29/07/2021 al 27/08/2021 treinta (30) días; del 19/07/2021 y el 28/07/2021 diez (10) días, del 28/08/2021 al 26/09/2021 treinta (30) días, y del 27/09/2021 a 26/10/2021 treinta (30) días reclamados por la señora MARLENY RAMIREZ, correspondientes a períodos causados después de haberse superado 180 días de incapacidad continuos (24 de julio de 2021), el juzgado encontró que la entidad accionada no allegó prueba alguna del desembolso o del pago efectivo de las mismas a la señora RAMIREZ RAMIREZ.

Por tanto, se ORDENARÁ al representante legal de la AFP COLPENSIONES que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, proceda a cancelar los subsidios de incapacidad dejados de pagar a la señora MARLENY RAMIREZ RAMIREZ, causados entre el día 180 y el día 540 de incapacidad continuos según la prescripción médica del galeno tratante.

Se DESVINCULARÁ de la presente acción a la NUEVA EPS, toda vez que ya canceló los primeros 180 días de incapacidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. En consecuencia, se exonerará de responsabilidad.

LA IMPUGNACIÓN

1. La Directora (A) de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Indicó que Colpensiones se encuentra comprometida con el acatamiento de las órdenes judiciales, sin embargo, se indica que la Dirección de Medicina Laboral de esa Administradora, mediante Oficio 2022_2751204 – 2022_2501405 del 8 de marzo de 2022, envió a la accionante mediante Guía de la Empresa de Mensajería 472 No. MT697378712CO, donde le indicaba que: *“...Una vez verificados nuestros aplicativos y bases de datos, se observa que su Entidad Promotora de Salud – NUEVA EPS mediante radicado 2021_7144043 el 24 de junio de 2021, remitió Concepto de Rehabilitación - CRE con pronóstico FAVORABLE, para los siguientes diagnósticos: U702-COVID-19. VIRUS NO IDENTIFICADO. – ORIGEN ENFERMEDAD COMUN; i10x- HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA) – ORIGEN ENFERMEDAD COMUN; j459 – ASMA NO ESPECIFICADA – ORIGEN*

ENFERMEDAD COMUN; f413 – OTROS TRASTORNOS DE ANSIEDAD MIXTOS – ORIGEN ENFERMEDAD COMUN.”

Afirmó que en el caso actual sería jurídicamente procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidades desde el día 181 hasta un plazo máximo de 360, que sumados a los primeros 180 que paga la EPS nos da un total de 540, siempre y cuando sus incapacidades sean continuas, con prórroga no mayor a 30 días y el diagnóstico que las genera guarde relación con el establecido en el Concepto de Rehabilitación – CRE.

Aseguró que la afiliada inició solicitud de subsidio por incapacidad bajo los radicados No. 2021_9438637 el 18 de agosto de 2021, No. 2021_10452425 el 09 de septiembre de 2021 y No. 2021_12755829 el 27 de octubre de 2021, Colpensiones una vez valorada la documentación aportada.

Mencionó que, Colpensiones ha realizado el pago del subsidio económico por valor de TRES MILLONES VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS M/CTE, (\$3.028.420) por concepto de 100 días de incapacidad médica temporal de los periodos comprendidos del 19/07/2021 al 28/07/2021; del 29/07/2021 al 27/08/2021; del 28/08/2021 al 26/09/2021 y del 27/09/2021 al 26/10/2021 reconocidos mediante los Oficios DML-I 6117, DML-I 6883 de 2021, los cuales ya fueron abonados a la cuenta destinada por la afiliada para tal fin y las sumas generadas por el reconocimiento del subsidio económico correspondiente a los días de incapacidad ordenados mediante oficio de pago DML - I 1007 de 2022 será abonado a la cuenta bancaria autorizada por usted para tal fin y se verá reflejada en su cuenta dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación del Oficio.

Expresó que a la pretensión de la acción de tutela de la referencia como

se evidencia la incapacidad del 27 de septiembre al 26 de octubre de 2021, ya fue reconocida a por esta Administradora, ahora bien, se evidencia que la afiliada inició nuevas solicitudes de subsidio por incapacidad bajo los radicados No. 2021_14050620 el 24 de noviembre de 2021, No. 2021_15104605 el 17 de diciembre de 2021 y No. 2022_1121766 el 28 de enero de 2022, en consecuencia, se informa que los anteriores trámites se encuentran bajo estudio de las incapacidades, teniendo en cuenta que para aquellos trámites que en la ley no ha establecido un término, COLPENSIONES mediante la Resolución 343 del 31 de julio de 2017, reglamentó el término para atenderlos.

Señaló que Colpensiones es una entidad administradora de dineros del sector público por tanto se encuentra bajo la vigilancia de los entes de Control, por lo que es necesario para el reconocimiento de toda prestación que la misma esté sustentada con el soporte físico idóneo que acredite la existencia del derecho y bajo el cumplimiento de los parámetros que la ley ha establecido para cada situación en concreto.

Apuntó que lo solicitado por la accionante por vía de tutela, desnaturaliza este mecanismo de protección de carácter subsidiario y residual frente a los derechos invocados cuando no han sido sometidos a los procedimientos pertinentes e idóneos para su solución; desconociendo así la norma constitucional, ya que este no es el mecanismo para realizar este tipo de reconocimientos.

Citó que es visible que Colpensiones, ha obrado hasta la fecha de forma responsable y en derecho, sin que exista vulneración alguna a los derechos del ciudadano, por lo que el accionante debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

Por último, solicitó que se REVOQUE el fallo de primera instancia, como

quiera que la tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como tampoco se demostró que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante ya que está actuando conforme a derecho.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en el presente caso invita a determinar si el no pago de las incapacidades laborales reconocidas a la afectada viola sus derechos constitucionales fundamentales, si la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para su protección.

En principio, nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado mecanismos judiciales ordinarios para resolver las controversias que impliquen el reconocimiento de prestaciones sociales, siendo los Jueces de la Justicia Ordinaria los competentes para su trámite y resolución. Por ello, la doctrina constitucional ha sido enfática en señalar que, para estos casos, la acción de tutela no es la vía adecuada para resolver estos asuntos, por su carácter subsidiario.

No obstante, también la doctrina constitucional ha explicado que, en forma excepcional, cuando los medios judiciales ordinarios no se observan eficaces o idóneos para resolver el conflicto, toda vez que hay presencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela se torna procedente.

Así, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que cuando se interpone una acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales, deben estar presentes los siguientes supuestos:

*“(i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable,
(ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad*

humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público”¹.

Las incapacidades constituyen una prestación social que puede generarse por enfermedad común o profesional. Por su carácter económico, en principio cuando se niega su pago, la acción de tutela no sería procedente. Pero se ha concluido que, en la mayoría de los casos, procedería la acción de tutela, porque la jurisprudencia constitucional ha señalado que su no reconocimiento puede conllevar a vulneración de derechos fundamentales como la salud, la vida digna y el mínimo vital, pues en la generalidad de las ocasiones, dicha prestación social sería la única fuente de ingresos del incapacitado.

La Corte ha expresado que:

“De esta manera, el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y se justifica, por cuanto sustituye el salario del trabajador durante el tiempo en el que éste, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio. Por tanto, hay lugar a su protección por vía de tutela, cuando su no reconocimiento y pago, afecta el derecho al mínimo vital, al constituir aquel la única fuente de ingresos para garantizar su subsistencia y la de su familia, y no es posible que dicha protección se logre de manera oportuna, a través de los mecanismos ordinarios de defensa.”²

Ahora, frente a cuál entidad está obligada al pago de las incapacidades a partir del día 180, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional aclara este aspecto de la siguiente forma³:

¹ Ver Sentencia T-195 de 2014

² Ibídem

³ Sentencia T-333 de 2013

4. Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días. Responsabilidad de los empleadores, las EPS y las administradoras de pensiones en su reconocimiento y pago.

4.1. El subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio.

Es esto, justamente, lo que explica la importancia de que las incapacidades sean reconocidas y pagadas de forma expedita. El papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral en la tarea de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familia por razones de salud, explica que la Corte se haya pronunciado, de forma insistente, acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores del SGSSI en el desembolso de la citada prestación económica.

4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de “las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”, y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.

En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.

4.3. La responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, que es lo que se reclama en la acción de tutela, se rige, a su turno, por las pautas previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

La norma, que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal. No obstante, el Decreto 2463 permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que *“otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”*.

Vale agregar, de cara a los argumentos de defensa planteados por la AFP accionada en el presente asunto, que el artículo 23 del Decreto 2463 vincula la posibilidad de postergar el aludido trámite de calificación a *“la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente”*.^[20] La norma contempla, también, que las entidades que incumplan el pago de los subsidios por incapacidad temporal serán sancionadas por la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la ley.

4.4. Interpretando las disposiciones mencionadas, la Corte ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.

El debate planteado en esta oportunidad remite, sin embargo, a un escenario distinto, que se enmarca en el ámbito de los cambios que introdujo el Decreto Ley 19 de 2012, *“por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”* en relación con los procedimientos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales. A continuación, la Sala precisará cuáles fueron esas modificaciones y evaluará su relevancia en la solución del asunto objeto de revisión.

El reconocimiento de las incapacidades laborales, tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012

4.5. El artículo 121 del Decreto Ley Antitrámites les atribuyó a los empleadores la obligación de gestionar directamente, ante las EPS, el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma prohíbe trasladarles a los afiliados dicha carga y advierte que, para efectos laborales, estos deben informarle a su empleador sobre la expedición de la respectiva incapacidad o licencia.

Más adelante, el artículo 142 le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez. Los nuevos párrafos son los siguientes:

*“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, **la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.***

*Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. **Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.***

4.6. Como se observa, el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, **con cargo al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.**

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, **cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.**

Esto, lejos de inaugurar un nuevo régimen de responsabilidades sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en un evento de origen común -en los términos sugeridos por ING Pensiones al responder a la tutela promovida por el señor Bautista- lo que implica es un mayor compromiso de los empleadores y las EPS en la tarea de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas, para que pueda asegurar su sustento y dedicarse a recuperar plenamente las condiciones de salud en virtud de las cuales podía desempeñar su empleo.

4.7. Así, vistas las modificaciones que introdujo el Decreto Ley 19, la Sala encuentra que el esquema de responsabilidades de los actores del SGSSI en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común sigue siendo el mismo, con una salvedad, relativa a que **las EPS asumirán por cuenta propia el pago de las incapacidades laborales superiores a 180 días, cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación.** Las pautas normativas vigentes en la materia son, por lo tanto, las siguientes:

- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, párrafo 1°).
- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).
- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).
- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).

- **Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181.** Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.
- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad. (Negrillas fuera de texto original).

Y en la sentencia T – 020 de 2018, precisó:

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:

- “(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.
- (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.
- (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.
- (iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, **el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.**

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS

haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”.

En efecto, de conformidad con el citado proveído[64], el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 “hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%” (Negrillas fuera de texto original).

Para el presente caso, la Juez de primera instancia advirtió que se encontraba demostrado que la señora MARLENY RAMÍREZ RAMÍREZ presentaba una incapacidad superior a 180 días por enfermedad de origen común.

Lo anterior frente a la afirmación realizada por COLPENSIONES al momento de dar respuesta a la petición elevada por la actora encaminada al pago de dicha incapacidad, en el sentido de que se encuentran en trámites administrativos, a pesar que ya confirmó que ellos deben de cancelar las incapacidades que le han sido expedidas a la señora Ramírez Ramírez.

En tal sentido, advirtió la juez constitucional de primera instancia, que al verificarse la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, al mínimo vital, entre otros, por la omisión de la entidad accionada en pagar las incapacidades producidas a partir del día 181 y al no lograr evidenciar que la AFP COLPENSIONES no ha cancelados la totalidad de las incapacidades expedidas hasta el día 540, consideró que era procedente el amparo constitucional y ordenó al representante legal de la AFP COLPENSIONES que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación

del fallo, proceda a cancelar los subsidios de incapacidad dejados de pagar a la señora MARLENY RAMÍREZ RAMÍREZ, causados entre el día 180 y el día 540 de incapacidad continuos según la prescripción médica del galeno tratante.

La Administradora del Fondo de Pensiones COLPENSIONES, impugnó el fallo, sin embargo, no procedió a cuestionar de fondo los argumentos expuestos por la Juez Constitucional.

Lo anterior por cuanto, en primer lugar, lo alegado por quien representa los intereses de COLPENSIONES en la impugnación, va dirigido a negar la existencia de algún tipo de violación de derechos fundamentales en favor de la señora Ramírez Ramírez, además de que no es procedente reclamar el pago de las incapacidades por medio de la acción de tutela, pero debe advertirse a esta quejosa que sí existe violación al derecho fundamental del mínimo vital, ya que como lo manifestó la misma accionante son esos ingresos son la única entrada que hay en su grupo familiar, debido a que su esposo no trabaja por enfermedad.

Lo anterior para significar que la entidad que impugnó la decisión de primera instancia no atacaron de fondo los argumentos expuestos en el fallo, mismo que se encuentra debidamente fundamentado tanto normativa como jurisprudencialmente, y simplemente indicaron que ya habían dado la orden de cancelar a la accionante la suma de \$908.526 por concepto de la incapacidad comprendida entre el 27/09/2021 y el 26/10/2021; además se le llamó a la actora quien indicó ya haber recibido ese pago pero que después de eso no ha recibido más pagos y miremos que la señora Marleny Ramírez Ramírez aún está incapacitada y la AFP Colpensiones le adeuda desde octubre a la fecha, por lo que esta Corporación procederá a confirmarla, ya que las órdenes efectuadas por la falladora constitucional no desbordan las competencias u obligaciones que tiene la entidad afectada con la decisión.

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 la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

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 PERMISO)

GUERTHY ACEVEDO ROMERO

Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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:

**7dc9412d43b2d63693392cd844f42270f8fd0d8b90ded54fb2ed8
5f7af190197**

Documento generado en 07/04/2022 05:18:52 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento
electrónico en la siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, ocho (08) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 060

PROCESO : 05000-22-04-000-2022-00129 (2022-0378 – 1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : ROSA MARGARITA GONZÁLEZ PÉREZ
ACCIONADO : FISCALÍA DIECIOCHO SECCIONAL DE LA
CEJA, ANTIOQUIA
PROVIDENCIA : FALLO PRIMERA INST.

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por la señora ROSA MARGARITA GONZÁLEZ PÉREZ en contra de la FISCALÍA DIECIOCHO SECCIONAL DE LA CEJA, ANTIOQUIA.

LA DEMANDA

Dijo la accionante que hace tres (3) años, presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, seccional La Ceja por el delito de estafa agravada, a la cual se le asignó el radicado 053766000339201900029 y se lo asignaron a la Fiscalía 18 seccional de dicho municipio.

Manifestó que, ante la total inactividad de la Fiscalía asignada, el 10 de junio de 2021 solicitó, a través de su Defensor de Víctimas, la conversión de la acción penal de pública en privada, a la vez que aportó una entrevista de una persona que conoció directamente los

hechos, acreditando así sumariamente su condición de víctima.

Aseguró que a finales del 2021 acudió personalmente a hablar con el Fiscal 18 Seccional, en compañía de su Defensor de Víctimas, a solicitarle que le diera respuesta a la petición de conversión de la acción penal, para lo cual la ley le da un término de un (1) mes.

Indicó que han pasado tres años desde la denuncia; y nueve meses desde la solicitud de conversión de la acción penal, sin que la Fiscalía haya realizado actuación alguna.

Señaló que la pérdida de su vivienda, el detrimento de su patrimonio, la inactividad de la Fiscalía y la burla de los denunciados, han llevado a un deterioro grave en la salud psicológica y física de su esposo, quien no entiende el desamparo en que el Estado los tiene.

Por último, solicita tutelar el derecho al acceso a la administración de justicia y / o al debido proceso, ordenando a la Fiscalía 18 Seccional de La Ceja, Antioquia, realizar las actuaciones necesarias y pertinentes para garantizar sus derechos como víctima de una Estafa.

LAS RESPUESTAS

1.- La Fiscalía Dieciocho Seccional de La Ceja, Antioquia, indicó que solo hasta la fecha 30 de marzo de 2022, se constató que efectivamente a su correo electrónico personal se había llegado por parte del abogado William Herrera representante legal de la señora

Rosa Margarita González Pérez, dentro de la indagación con radicado SPOA 053766000339201900029, una solicitud con fecha del 10 de junio de 2021.

Informó que a dicha solicitud no se le dio trámite alguno, pues fue solo el 30 de marzo de 2022 que se le notificó por parte del Despacho la acción de tutela interpuesta por la ciudadana y que se procedió a verificar la información señalada dentro de la acción.

Advirtió que ocasionalmente revisa el correo por tratarse de un correo electrónico que suministra solo para temas personales y en el cual permanece con un volumen alto de mensajes, por lo que no entiende en que momento y porque razón fue suministrado dicho correo al abogado representante de la víctima y no el correo institucional, el cual es revisado a diario.

Manifestó que procedería de manera inmediata a dar respuesta a la solicitud elevada por el abogado defensor William Herrera. Por lo que posteriormente allegó el respectivo oficio dando respuesta y la constancia de acuse de recibido por parte del abogado antes mencionado.

LAS PRUEBAS

1.- La Fiscalía Dieciocho Seccional de La Ceja, Antioquia, aportó la copia digital de la carpeta y sus respectivos anexos., además oficio dando respuesta y constancia de recibido por parte del abogado, quien realizó la petición.

CONSIDERACIONES

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”.

Frente 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.

Ahora bien, el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, señala que las peticiones deberán responderse en los 15 días siguientes a su presentación y también prevé que teniendo en cuenta el grado de dificultad o complejidad de la solicitud, la autoridad podrá responder en un término mayor, previa explicación de los motivos y el señalamiento del plazo para responder, el cual no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

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**

¹ Sentencia T-249 de 2001.

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. La primera finalidad esencial del Estado enunciada en el artículo 2º Constitucional es precisamente “servir a la comunidad” lo cual, en circunstancias como las que en esta sentencia se analizan, cobra mayor peso como pauta para la acción de las autoridades.

Sobre el deber de orientación, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional se han pronunciado en múltiples sentencias, generalmente en materia de salud, lo cual no significa que dicho deber no exista en otros ámbitos en los cuales la persona que acude a la autoridad se encuentre en situación de vulnerabilidad, debilidad o indefensión, en donde el deber de información de las entidades va más allá de la simple negativa de lo solicitado, sino que debe extenderse a la obligación de suministrar orientación respecto de las alternativas existentes, para la debida prestación del servicio², pues la persona que no obtiene

² T-1227 de 2000, T-1237 de 2001, T-524 de 2001 y T-166 de 2007, entre otras.

por parte de la administración información oportuna, pertinente, correcta y completa del procedimiento a seguir para hacerse acreedora de una prestación positiva del Estado es colocada en una situación de desventaja no compatible con el marco constitucional.

En el presente caso, que la señora ROSA MARGARITA GONZÁLEZ PÉREZ manifestó que elevó petición el 10 de junio de 2021 ante Fiscalía 18 Seccional de La Ceja, Antioquia, a fin de que se hiciera la conversión de la acción penal de pública en privada y a la fecha de presentación de la acción constitucional, no había obtenido respuesta.

Al respecto, se advierte que, la fiscalía procedió enviar la respuesta emitida el 07 de abril de 2022 al correo electrónico herrerayosorio@gmail.com; electrygasdeloriente@gmail.com; reportado en la petición como en el escrito tutela.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que, en relación con la petición elevada el 10 de junio de 2021, a la misma se le dio una respuesta de fondo.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la petición de amparo ha desaparecido, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir el objeto jurídico sobre el cual proveer. Es decir, la decisión que hubiera podido proferir el juez constitucional, en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto.

En este orden de ideas, en *Sentencia T-352 de 2006*, la *H. Corte Constitucional* reiteró que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.

En ese orden, logra constatarse entonces que, para el presente evento, se está ante la configuración de un supuesto de hecho superado, por cuanto la FISCALÍA DIECIOCHO SECCIONAL DE LA CEJA, ANTIOQUIA, le brindó la respuesta a la solicitud realizada por intermedio del apoderado de víctima de la señora ROSA MARGARITA GONZÁLEZ PÉREZ, petición realizada el 10 de junio de 2021 y con respuesta enviada el 07 de abril de 2022.

Así las cosas, se declarará que estamos en el presente trámite constitucional frente a la configuración de un hecho superado y, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la parte accionante, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la pretensión de tutela formulada por la señora ROSA MARGARITA GONZÁLEZ PÉREZ **pues se está ante un hecho superado.**

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

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:
595b29c0d916a3fcb2c38d1997fcca9736b858acbe7c1dc2b9
ffadcc6b967c3d

Documento generado en 08/04/2022 04:51:07 PM

Descargue el archivo y valide éste documento
electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, ocho (08) de abril de dos mil veintidós (2022)

Radicado CUI 05585 61 00197 2014 80202
Radicado Interno 2021-0936-3
Delito Inasistencia alimentaria
Procesado Alexander de Jesús Uribe Holguín

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través de los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se fija fecha y hora para la celebración de audiencia de lectura, dentro de la actuación de la referencia para el día **VIERNES VEINTIDÓS (22) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL VEINTIDÓS (2022). A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (09:00 A.M.).**

Se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia, quienes podrán manifestar si en lugar de la audiencia de lectura virtual prefieren el envío de la decisión, dándose por notificados por ese medio y corriendo los términos pertinentes desde esa fecha.

CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:
cf60bdc4a6019b2c4ac2963a38643af080d9ee71d75bc2b2b3e4d945567fca90

Documento generado en 08/04/2022 10:57:09 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, ocho (8) de abril de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 30 del 7 de abril de 2022

Proceso	Penal
Instancia	Primera
Procesado	Luis Alberto Duque Urrea
Delito	Peculado Culposo
Radicado	05 034 61 00080 2013 80660 (TSA N.I.: 2019-0658-5)
Decisión	Absuelve

ASUNTO¹

La Sala profiere la sentencia correspondiente luego de culminado el juicio oral y ante el anuncio del sentido de fallo absolutorio en favor de Luis Alberto Duque Urrea.

¹ El formato de la sentencia se ceñirá estrictamente al contenido del artículo 162 del C.P.P. así que se prescindirá de relacionar otros aspectos acostumbrados, pero no previstos en la ley.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral segundo del C.P.P. ley 906 de 2004.

FILIACIÓN DEL PROCESADO

LUIS ALBERTO DUQUE URREA, hijo de y Rosa maría y Antonio José, nacido el 17 de octubre de 1957, natural de Montenegro - Quindío, identificado con cédula de ciudadanía 71 578 506, se desempeñó hasta el año 2021 como Juez Penal del Circuito y actualmente pensionado.

HECHOS²

La Fiscalía General de la Nación los presentó, en esencia, de la siguiente manera:

El Dr. Luis Alberto Duque Urrea en su calidad de Juez Penal del Circuito de Andes- Antioquia por culpa en forma de negligencia -exceso de confianza en las medidas que debía tener para guardar los bienes a su cargo- no cumplió la orden del mismo Juzgado por oficio del 7 de mayo de 1997 de poner a disposición del Consejo nacional de Estupefacientes (CNE) una alhajas cuya extinción de dominio fue ordenada por la Sala Penal del TSA el 7 de octubre de 1996 dentro proceso radicado 4940. Por el contrario, las alhajas se mantuvieron en un cajón de un armario de madera, asegurado con una chapa de baja calidad que abría con cualquier llave. No obstante que la Dirección nacional de Estupefacientes por oficio 2009-0105 solicitó al señor Juez Luis Alberto Duque Urrea el depósito judicial de las joyas. A pesar de que las alhajas se encontraban en el Juzgado varios años antes de que el acusado se posesionara en ese Juzgado, su extravío hubo de producirse durante el tiempo en que él ejerció allí, desde el 17 de octubre de 2006 al 1 de diciembre de 2013, pues él mismo suscribió el

² El acusado renunció a la prescripción de la acción penal en la sesión de audiencia preparatoria del 26 de mayo de 2021.

oficio 122 del 30 de enero de 2009 mediante el cual confirma al CNE la existencia y custodia de las alhajas, además mostró la existencia de las alhajas a la empleada del Juzgado Luz Nérida Rojas Yepes en el año 2011 o 2012. Sin embargo, optó por mantenerlas guardadas en aquel cajón, en vez de tomar medidas alternativas para asegurar los elementos de mejor manera y acatando las instrucciones del CNE en el sentido de ordenar a quien correspondiera realizar el depósito en custodia de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

De esta manera el Juez faltó al deber objetivo de cuidado, incrementando el riesgo de extravío o pérdida. Se omitieron las medidas de seguridad para el cuidado, custodia y conservación de los bienes. La función de custodia material le corresponde de forma exclusiva al Juez, esta función es indelegable.

Las alhajas en mención correspondían a la siguiente cantidad y descripción:

Una gargantilla de oro golfi, dos pulseras una de ellas con dige redondo con una paloma en el centro, un anillo con piedra negra, un anillo con forma de búho, un anillo con una piedra color ladrillo redondo, un anillo con dos piedras verdes le falta la del centro, un anillo con adorno de filigrana, un anillo con piedra roja le falta las otras dos piedras, un anillo con piedra verde pequeño, un anillo con piedra verde cuadrada, una esclava, una cadena delgada con medio rostro, una cadena con dige que tiene piedra verde en el centro, una cadena con un precolombino, una cadena con dos diges: un cristo y un divino niño, una cadena con tres diges, una cadena reventada pequeña y un dige de búho. Estas Joyas tenían un valor de siete millones de pesos (\$7.000.000) según la estimación de la persona a quien se le decomisaron.

Se le acusó por el delito de peculado culposo artículo 400 del C.P. en calidad de autor por faltar al deber objetivo de cuidado al no tomar

las medidas o controles necesarios para evitar la pérdida de las joyas incautadas. Siendo responsable de las alhajas objeto de extinción de dominio no las remitió oportunamente al CNE tal y como lo había ordenado el Tribunal Superior de Antioquia en la decisión ya reseñada. De forma que teniendo unos bienes de particulares bajo su custodia en razón de su cargo o sus funciones ya que fueron objeto de extinción de dominio en proceso por ley 30 de 1986, nunca envió las joyas a la Dirección Nacional de Estupefacientes. Con esto dio lugar a que por negligencia se perdieran esos bienes de propiedad de Luz Emilse Gómez y Luis Hernán Vargas.

Señaló la Fiscalía que el acusado actuó con una culpa consciente de conformidad con el artículo 23 del C.P. ya que el resultado típico es producto a la infracción al deber objetivo de cuidado ya que el agente habiéndolo previsto confió en poder evitarlo. Precisó que la función de custodia de los bienes por parte del Juez emana del numeral 11 del artículo 153 de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

CONSIDERACIONES

Como ya fue anunciado el fallo absolutorio, corresponde explicitar en detalle las premisas que sustenta esa conclusión:

La fiscalía propuso en la acusación que el acusado tuvo la *custodia* de las joyas ya relacionadas y que la falta al deber objetivo de cuidado por negligencia tuvo como consecuencia su pérdida o extravío.

De forma que se debió haber probado en juicio oral, no la custodia que en abstracto tienen los jueces en relación con los bienes por razón de sus funciones, sino que de forma clara esos bienes los recibió el acusado y asumió su *custodia*.

Más en concreto: La fiscalía tenía el deber de probar que al momento en que el Juez tomó la posesión del cargo, o posteriormente, conoció de la existencia de esas joyas, de todas y cada una de ellas, ya que le imputó la pérdida de todas y que fue por su negligencia estando en su *custodia* que no dispuso tomar las medidas necesarias para evitar su extravío o con el mismo fin enviarlas a la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Con más detalle: No solo debió probar que recibió las joyas, sino que conocía que se trataban de bienes objeto de delito y que correspondían a un expediente específico. Ya que se le reprochó como uno de los actos de negligencia no haberlas remitido a la Dirección Nacional de Estupefacientes, era carga de la fiscalía establecer probatoriamente que él conoció del requerimiento de esa autoridad para que lo hiciera.

De tal manera que para reprochar la falta al deber objetivo de cuidado que se produce por la *custodia* en cabeza del Juez, la fiscalía estaba en la necesidad de probar este presupuesto imprescindible del deber que se le atribuye y de la negligencia que habría propiciado la pérdida.³

La fiscalía en la audiencia de acusación prometió probar que el acusado conocía de la existencia de las joyas como elementos de delito y que correspondían a un asunto bajo su *custodia* por medio de

³ CSJ Sala penal 42753 de 2017 “Tratándose de delitos culposos el criterio fundamental de imputación del resultado al agente radica en el fin de protección de la norma de cuidado e implica que en el daño se refleje la realización del riesgo creado a través de la infracción de aquella norma, al tiempo que se han de determinar los riesgos y peligros que el sujeto debió prever según sus circunstancias, si los mismos eran adecuados o no y qué medidas de precaución debió adoptar para no llegar al resultado.

Y en el peculado culposo, como delito de resultado, es necesario que se dé el extravío, pérdida o daño de los bienes que por razón o con ocasión de sus funciones se le hayan confiado al servidor público. Tipo penal que requiere un sujeto activo cualificado (empleado oficial en las voces del anterior ordenamiento sustantivo-hoy servidor público), en tanto que la conducta debe consistir en un actuar culposo o imprudente que ocasiona el extravío, pérdida o daño **de los bienes que están bajo su administración, tenencia o custodia, con la necesaria relación de determinación entre la conducta y el resultado.**” Negrilla no original

dos elementos de juicio: oficio 2009-0105 por medio del que el Consejo Nacional de Estupefacientes solicitó al señor Juez Luis Alberto Duque Urrea el depósito judicial de las joyas; y el oficio 122 del 30 de enero de 2009 mediante el cual Duque Urrea confirma al CNE la existencia y *custodia* de las alhajas.

Estos documentos no fueron solicitados como prueba por la Fiscalía en audiencia preparatoria, llamativa falencia dado que se relacionaron explícitamente como soportes del conocimiento del Juez acerca de la existencia Joyas y de la *custodia* a su cargo.

No obstante, la circunstancia que se dijo en la acusación se probaría con esos oficios, podía haberse establecido con otro medio de conocimiento: algún testigo que diera cuenta de que existió el requerimiento del Consejo Nacional de Estupefacientes y la respuesta por parte del Juez en relación con la existencia y custodia de las Joyas.

No fue así. Ninguna pregunta en el interrogatorio a los testigos de cargo -tampoco a los de descargo- estuvo dirigida a establecer la existencia de los oficios en cuestión.

Si se quisiera ser más laxos sobre la propuesta probatoria de la fiscalía acerca de la forma de probar que el acusado asumió la custodia de las joyas -que la fiscalía misma propuso probar con esos oficios- se tendría que haber demostrado que las joyas preexistían al momento en que el Juez asumió su función en el Penal del Circuito de Andes 17 de octubre de 2006 y además que las conoció y asumió tal responsabilidad de *custodia* en razón de su carácter de elementos de delito correspondientes a un proceso que se adelantó en ese Despacho judicial.

Por el contrario, en contra de la propuesta fáctica inculpativa surgen varias circunstancias que, si bien no descartan totalmente esa hipótesis, sí la dejan abiertamente en entredicho:

La fiscalía probó que las alhajas fueron puestas a disposición del Juzgado y que fueron objeto de extinción de dominio⁴, pero también se pudo establecer que llevaban más de 10 años en el Juzgado al momento en que el Juez tomó posesión del cargo, en un cajón de madera con muy precarias medidas de seguridad.

Esta última circunstancia que por ser aceptada por la fiscalía y presupuesto de la acusación no deja de constituirse en un indicio en favor del acusado. La fiscalía estipuló como un hecho cierto que durante todo el tiempo en que el Juez estuvo en sus funciones, del año 2006 al año 2013, el cajón de madera donde se guardaban los elementos del delito no tenía las medidas apropiadas para garantizar su seguridad. Nada se probó sobre las condiciones en que estuvieron durante los diez años que antecedieron a la posesión que Duque Urrea como Juez. En cambio, a partir de la circunstancia estipulada se aumenta la incertidumbre sobre las condiciones de seguridad bajo las que se resguardaron durante el no poco lapso de diez años que precedieron a la llegada del Juez acusado y las eventualidades que en esas condiciones pudieron llegar a ocurrir en relación con la conservación y existencia misma de los elementos.

Tal circunstancia se hubiese superado si se prueba de una forma fehaciente que, a pesar del paso del tiempo y de las precarias condiciones de seguridad, al momento en que llegó el Juez Duque Urrea todas las joyas cuya pérdida se le atribuye estaban en ese lugar y le fueron entregadas en forma de inventario y relacionadas con un expediente que correspondiera al Juzgado que recibía.

⁴ Pruebas documentales 1,2,3 y 4 de la Fiscalía ingresadas con el testigo de acreditación Sergio Camacho Mendoza.

El Testigo Jairo Tobón fue secretario del Juzgado penal del Circuito de Andes desde el momento en que las joyas fueron puestas a disposición por parte de la fiscalía, esto es, más de diez años antes de que llegara el acusado a desempeñarse como Juez. El secretario lo acompañó en tal calidad en los nueve años en que estuvo el acusado en funciones. En contra interrogatorio el testigo aceptó que al acusado no le fue entregado inventario de elementos de delito. La Fiscalía no interrogó a este testigo, uno de los principales de cargo, sobre cómo ocurrió la asunción de la custodia de los elementos de delito que estaban en el Juzgado al momento de que el acusado se posesionó en su despacho. Tampoco se indagó si el Juez en su momento y ante la no entrega por parte de su antecesor o del secretario del inventario de expedientes y elementos, realizó algún acto con ese objeto. Ninguna prueba se aportó en juicio oral sobre este específico punto. El reproche fáctico por la falta al deber objetivo de cuidado no se fundamentó en esta última circunstancia. De haber sido así también se requería establecer la preexistencia de las joyas y el elemental o mínimo conocimiento de quien debía asumir su custodia.

Por el contrario, se constató en juicio oral que transcurrieron más de diez años, y por lo menos cinco Jueces, desde que las joyas fueron puestas a disposición del Juzgado, hasta la posesión del acusado.

Además de que no se probó que el acusado haya recibido o realizado un inventario que incluyera las joyas en cuestión, sí se pudo establecer que varios de los jueces que ejercieron en el Penal del Circuito de Andes desde al año 1996 hasta el año 2006, no conocieron de las joyas en cuestión, pues ninguno recibió inventario de los elementos de delito. El propio secretario aceptó que a pesar de los constantes cambios de Juez no se hacía inventario de elementos del delito. Señaló que al único que enteró de esas alhajas fue al Juez Carlos Enrique Restrepo Zapata. Esto a pesar de que Tobón manifestó que le entregaba las llaves de la

gaveta a cada Juez que llegaba al Despacho. Sobre el punto declararon los Jueces: Jorge Olano Asuad y Roberto Ayora. El primero informó que no recordaba que le fuera puesto en conocimiento algún elemento de delito ni puntualmente alhajas. El segundo informó que no le fue entregado inventario de elementos de delito

La única persona que afirmó las joyas sí estaban en el cajón al momento de llegar el Juez Duque Urrea fue precisamente el secretario Jairo Tobón, quien también informó que actuó como Juez en varias ocasiones. No se le interrogó a este testigo, que por su condición de secretario en un Juzgado en el que se realizaron varios cambios de Juez tenía una posición privilegiada de conocimiento, por qué razón no se hizo entrega formal de inventario a cada uno de los Jueces que actuaron durante los diez años en que las joyas presuntamente estuvieron en el Juzgado antes de la posesión de Duque Urrea. El testigo afirmó que el acusado conocía de la existencia de las joyas, sobre la razón de ese conocimiento expresó: "obviamente", pero la fiscalía no lo llevó a explicar esa expresión.

El mismo testigo no informó, tal vez porque tampoco fue interrogado al respecto, por qué razón no le fue entregado al Juez acusado inventario de elementos de delito, a cargo del Juzgado, correspondientes a los procesos que allí reposaban. Resultaba apenas obvio que si el secretario llevaba allí más de diez años, conociendo de la existencia de las Joyas y de las precarias condiciones en que se guardaban, informara al Juez de tales circunstancias y de la necesidad de dar cumplimiento a lo ordenado.

Tampoco fue interrogado el testigo acerca de la razón por la que, habiendo estado encargado como Juez, no dispuso él mismo del requerimiento de depósito o de brindar mayor seguridad a esos valiosos elementos del delito. A pesar de que el testigo Tobón dijo que le puso de presente las joyas y entregó las llaves del cajón al Juez cuando llegó

al Juzgado de Andes, sobre las circunstancias de esa supuesta entrega no se profundizó por parte de la fiscalía y lo que sí se aceptó por el testigo fue que no se le entregó inventario de elementos de delito. Tampoco se le indagó puntualmente por la forma en que le informó, si fue que lo hizo, de la existencia de las joyas, de su pertenencia a un proceso y de la orden que existía de ponerlas en depósito a favor de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Sobre la persona que conservaba las llaves del cajón donde se encontraban los elementos de delito, a pesar de que el testigo Jairo Tobón asegura que se las entregó al Juez Duque Urrea, la testigo Luz Nérida Rojas señaló explícitamente que los elementos del delito eran guardados por el secretario quien siempre tenía las llaves de esa gaveta.

De forma que acerca del conocimiento del Juez sobre la existencia de las mencionadas joyas que se extraviaron se ofreció el testimonio de Jairo Tobón, que como se mostró, no brinda la claridad necesaria para establecer en concreto su entrega en custodia en calidad de elementos de delito y la narración de la testigo Luz Nérida Rojas.

Informó esta testigo, citadora del Juzgado Penal del Circuito de Andes, que en una oportunidad en que se quedó trabajando más allá del horario laboral pudo observar al acusado cuando después de solicitarle las llaves al secretario se acercó al cajón donde se guardaban los elementos del delito y sacó de allí una bolsa negra. Dijo que el Juez le expresó que cambiaría de lugar esa bolsa y que ella logró ver unas alhajas que no podría describir, tal vez "una cadenita", más adelante puntualizó que vio un dize sin cadena, una cadena delgadita y un anillo. Informó que "realmente no era mucho".

Con esta mera referencia de la testigo no es posible reemplazar la ausente prueba sobre la preexistencia de las más de veinte alhajas

puntualmente descritas, y si se es más estricto, no se puede saber si las dos alhajas que dijo haber observado la testigo hacían parte de las que fueron objeto de la acusación. Aún si se le concede credibilidad a su relato este no supe la ausencia de prueba sobre la custodia en cabeza del Juez y preexistencia de todas y cada una de las joyas, presupuestos ineludibles de la infracción al deber objetivo de cuidado que imputó la fiscalía.

Véase que los restantes testigos que laboraron en el Juzgado no conocieron de las joyas durante el tiempo que ejercieron allí. Esta circunstancia se verifica en el interrogatorio cruzado de Marta Lucia Ríos y Didier Betancur.

Otra circunstancia fue objeto de mención por varios de los testigos, Didier Betancur, Patricia Durango, Luis Alberto Flórez, Henry Alonso Gutiérrez: la relación personal y laboral entre el testigo Jairo Tobón y el acusado se fue deteriorando por constantes reclamos del Juez ante lo que al parecer se trataba de actividades extra laborales del secretario Tobón y por las que este era buscado por particulares en la oficina judicial. Los reclamos del Juez por tales actividades fueron constantes y el deterioro de su relación fue en aumento según lo que se desprende de esos testimonios.

Esa circunstancia si bien no llega al nivel de conocimiento para asegurar que ella fue el motivo de la denuncia en contra del Juez, sí se suma a la serie de eventos ya detallados que ponen en entredicho la versión del testigo acerca de la responsabilidad del Juez en el delito que le fue imputado. Resáltese que esta versión es la principal ofrecida por la fiscalía para soportar su teoría del caso.

Ante la ausencia de prueba acerca de la entrega material de las joyas al acusado, el debate probatorio apuntó a constatar que el día en que el Juez dejaba el Juzgado, el 25 de noviembre de 2013, el secretario le

requirió sobre la necesidad de hacer un inventario y constatar que las joyas no se encontraban en el cajón en el que supuestamente llevaban más de 17 años. No hay lugar a duda que ese día sí se suscitó una discusión alrededor de los elementos de delito que tenían ese lugar como depósito, mas a partir de esa discusión entre el Juez y el secretario no se puede inferir de forma fidedigna que en esa o en anterior oportunidad el Juez conociera que los objetos que generaron la controversia fueron puestos en su conocimiento como elementos de delito, objeto de extinción de dominio dentro del expediente 4940 y con orden del propio juzgado para ser remitidos a custodia de la Dirección nacional de Estupefacientes, según lo que prometió probar la fiscalía infructuosamente. Incluso si se tomaran como ciertas las presuntas expresiones del Juez -acerca de que él podía pagar veinte veces en valor de esas joyas o que se podían mandar fundir y entregarse en beneficencia- en forma de indicio de manifestaciones posteriores al delito, según lo referido por el testigo Jairo Tobón, este indicio se presenta insuficiente para asegurar que en verdad el Juez tuvo en custodia las alhajas relacionadas por la fiscalía como extraviadas.

La fiscalía en el alegato final pretende que se tenga como prueba de que las joyas sí estuvieron en custodia del Juez, un dicho de referencia de la testigo Luz Emilsen Gómez, dueña de las alhajas hasta antes de su extinción de dominio. Ella informó que un tercero le dijo que venía de parte del Juez para pagarle el valor de las alhajas, con el fin de solucionar el asunto. La fiscalía acepta que desconocía tal afirmación como objeto del testimonio, pero que con ella se constata que el Juez sí tenía la custodia de los elementos de delito a cargo. Con ello en verdad solo se logra corroborar el carácter referencial de esa manifestación y la inidoneidad de ese improvisado elemento para probar el requisito normativo de custodia.

El Ministerio Público apoyó la solicitud de condena, enfiló sus argumentos en resaltar la infracción al deber objetivo de cuidado en que habría incurrido el procesado. Las juiciosas reflexiones que expuso en este sentido la representante de la procuraduría presuponían la efectiva custodia de los elementos de delito, aspecto que, como se expuso, no fue debidamente probado. De allí que se concentrara especialmente en el hecho de que el Juez no firmó inventario al momento de salir trasladado, luego del momento de la discusión surgida por el extravío de las alhajas el 25 de noviembre de 2013.

En resumen: El delito de peculado culposo es un tipo penal altamente normativizado, demanda la demostración de conceptos que implican no solo una base fáctica clara, sino, especialmente una relación de índole jurídica entre los bienes perdidos o extraviados y el servidor público. La relación puntual a establecer consistía en este evento en la *custodia*. No es posible abordar la infracción al deber objetivo de cuidado previsto en la parte general del C.P. sin agotar previamente el cumplimiento de ese elemento normativo del tipo.

La fiscalía propuso la presunta infracción al deber objetivo de cuidado, que se habría producido por la actitud negligente del Juez acusado, sin detenerse en que para abordar tales categorías debe preceder la demostración de la *custodia* en cabeza del sujeto activo calificado de quien se pretende imputar la infracción.

Dado que los elementos de juicio llevados al debate son altamente equívocos en relación con la demostración de que las joyas definidas en la acusación fueron entregadas en custodia al Juez, la decisión no podrá ser otra que la de absolver por duda probatoria en relación a la verificación de este elemento del tipo penal del artículo 400 del C.P.

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

RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER a LUIS ALBERTO DUQUE URREA por el delito de Peculado Culposo con base en los hechos objeto de la acusación.

Contra esta decisión procede el recurso de apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación:

4991273f004632c1bd772f530cc03623c2e4036dfe8cd435ba9de579265334a6

Documento generado en 08/04/2022 01:11:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Radicado No. 05 361 60 00337 2021 00082 N.I. 2022-0081
Procesado: José Alfredo Chavarría Zuleta
Delito: Acto Sexual Abusivo
Decisión: Confirma sentencia condenatoria

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

Radicado No. 05 361 60 00337 2021 00082

N.I. 2022-0081

Procesado: José Alfredo Chavarría Zuleta

Delito: Acto Sexual Abusivo

Decisión: Confirma sentencia condenatoria

Aprobado mediante acta virtual No. 50 de abril 8 del 2022

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

Medellín, abril ocho del dos mil veintidós.

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del pasado 10 de diciembre del 2021, emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango.

2. HECHOS

Fueron narrados así en la sentencia de primera instancia:

“Plasmados en la acusación derivan de denuncia recibida por la comisaria de familia de Ituango, donde se relata que el 25 de febrero de 2021 la señora Miriam Rocío Higueta, madre de la menor víctima dejó a su hija al cuidado de la señora Fernanda Berrio, agrega que el señor José Alfredo Chavarría Zuleta ingreso a la vivienda, y encontrándose la menor sentada en la sala de la casa, este le toco en repetidas ocasiones los senos hasta que la niña de levanto del mueble, afirma la denunciante que la señora Fernanda Berrio no se dio cuenta de lo sucedido por se encontraba afuera de la casa en la acera, cuando ella ingreso José Alfredo Chavarría se fue”.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Inicia con una relación de los hechos jurídicamente relevantes, para luego narrar los pormenores del proceso y referirse a la prueba aportada en el juicio para llegar a la conclusión que con las pruebas aportadas por la Fiscalía General de la Nación aparece debidamente acreditada la autoría y participación del acusado en los hechos endilgados.

Resaltó como el dicho de la menor ofendida S. D. P. H., aparece cabalmente corroborado con lo afirmado por su progenitora MIRYAM ROCIO HIGUITA MORALES, y la cuidadora de la menor DERLY FERNANDA ESPINOSA BERRIO, y por lo advertido por la psicóloga de la Comisaría de Ituango ZULEMA CALLE CARDNA, como rastro en la psiquis y comportamiento de la menor de la afrenta sexual de la que fue víctima, de parte de una persona que ella conocía de tiempo atrás y que por lo mismo tenía fácil acceso a su lugar de vivienda.

Indicó entonces que condena a José Alfredo Chavarría Zuleta como autor y responsable del delito de acto sexual abusivo agravado, e impuso en consecuencia una pena de 144 meses de prisión. Conforme a lo dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia señaló que la pena impuesta debía cumplirse de forma intramural.

4. MOTIVOS DE LA APELACION

La defensa del procesado solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria de primera instancia inicialmente hace una reiterada exposición sobre la prueba de referencia, la necesaria para condenar y los criterios de valoración de la prueba para considerar que en la sentencia materia de impugnación no se observaron dichas reglas, y considera que toda la prueba aportada por la Fiscalía es parcializada pues se limitó a traer familiares y allegados

de la ofendida, se desistió de pruebas esenciales, y se trajo una valoración psicológica que nada aporta, lo que sumado a las inconsistencias del dicho de la supuesta víctima impiden el proferimiento de una sentencia condenatoria.

Finamente enrutas las premisas de inconformidad con la sentencia en las siguientes consideraciones:

1. La versión depuesta por la menor de edad SDPH ante la comisaria de familia y el juzgado carece de credibilidad, coherencia y certeza tal y como se demostró al derrumbar la estructura del delito acusado generando duda de la responsabilidad del acusado.

2. La prueba pericial psicóloga de la Comisaria de Familia aportada carece de toda credibilidad, fundamento científico, experiencia para la práctica, no tuvo profundidad, no se realizó bajo ningún protocolo científico como lo ordena la norma para este tipo de peritos, no hay conclusiones No se debió valorar siquiera está por vacía e inepta.

3. La Fiscalía renuncio a tres testimonios como los de la psicóloga del CTI KELLY TATIANA RAMIREZ QUINTERO, el de la comisaria de familia de Ituango PAOLA ANDREA MARIN y el testimonio del investigador de la policía judicial DIEGO GIRALDO y con ello renuncio a ingresar todos y cada uno de los documentos y elementos probatorios anunciados en la preparatoria y con ello se perdió su valor dentro del mismo.

4. Las pruebas deben debatirse en juicio oral y concentrado y no por fuera de el de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y a los artículos 372, 377,378 y 379 de la ley 906 de 2004.

5. No se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas por la defensa en desarrollo del juicio, que demuestran la imposibilidad de que el procesado ejecutara actos de la magnitud y gravedad de los que se le están acusando. Se sobredimensionó lo ocurrido, no hay daño a

la menor, el único hecho relevante es un supuesto tocamiento cuando se despide y la toma por la cintura lo que no tiene relevancia penal alguna.

Consideró entonces que no se superó la duda razonable en manera contundente y definitiva por lo que solicitó la absolución para su representado.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Procede la Sala a ocuparse de los planteamientos de la defensa con los que busca se revoque la sentencia condenatoria emitida en contra de JOSE ALFREDO CHAVARRIA ZULETA.

Lo primero que debe advertir la Sala es que no se aprecia irregularidad alguna en que la Fiscalía desistiera de alguna de las pruebas que había como lo fue el testimonio la psicóloga del CTI KELLY TATIANA RAMIREZ QUINTERO, el de la Comisaria de familia de Ituango PAOLA ANDREA MARIN y el del testimonio del investigador de la policía judicial DIEGO GIRALDO, pues cada parte dentro del proceso puede probar libremente la teoría de su caso con los elementos de prueba que cuente, y dentro de su estrategia esta el poder desistir de alguna de las pruebas solicitadas, si la defensa, consideraba que están eran indispensables para su teoría del caso, debió pedir las en la preparatoria, pero como no lo hizo no puede ahora quejarse de que por su no ingreso se vieron afectadas sus posibilidades de defensa.

Tampoco aprecia la Sala cuales fueron las pruebas no debatidas en el juicio que se tuvieron en cuenta para la emisión de la sentencia de primera instancia, la parte recurrente no las

menciona, ni tampoco aparece en el texto de la sentencia la más mínima referencia elemento material probatorio o evidencia ajeno a los que se debatieron en el juicio oral y público.

Ahora bien, señala la defensa que el dicho de la niña ofendida, no es digno de crédito esta lleno de contradicciones e incoherencias, al repasar declaración rendida por la menor S. D. P.H en el juicio no aprecia la Sala contradicciones o incoherencias, por el contrario ella con un relato propio de su edad, menciona el evento que padeció, el cual no solo se presentó una sino varias, veces, siempre que queda a solas con el acusado, y quien aprovechaba cuando se despedía para tocarle los senos, lo que le causaba molestia e incomodidad cada vez que se repetía, ahora bien indica el defensor que esta versión se contradice con la de la entrevista previa sin embargo no se aprecia que el señor defensor hubiera hecho uso de dichas entrevistas para impugnar la credibilidad de la menor, o de alguna forma hubiera hecho uso de las mismas, simplemente como se resalta ya ahora en la etapa de la apelación, sin explicar donde esta la contradicción indica que no hay coherencia entre lo narrado en la entrevista y lo vertido en el juicio.

Ahora bien, esta versión de la menor, no aparece aislada, pues aunque efectivamente la progenitora MIRYAM ROCIO HIGUITA MORALES, y la cuidadora de la menor DERLY FERNANDA ESPINOSA BERRIO, sin bien es cierto no presenciaron los hechos, corroboran las visitas del acusado a la casa de la menor, dado que era persona ampliamente conocida, pues es “cuñado de una hermana de la señora “HIGUITA MORALES”, además DERLY, narra que ella se ausentó, un momento fuera de la casa y cuando regresó se percató que JOSE ALFREDO se había ido y luego encontró a la niña llorando en su cama y precisamente la menor relata que después de ocurrido dicho incidente ella se sintió maluca, y luego se fue a llorar a su cama.

Ahora bien, es cierto que la psicóloga ZULEMA CALLE CARDONA, no realizó una valoración psicológica propiamente dicha como lo denuncia el recurrente , sino como ella mismo lo admite en su declaración dentro del proceso de restablecimiento de derechos de la niña que se adelantó en la Comisaria ella realizó una entrevista privada, y en desarrollo de la misma oyó de ella comentar eventos de abuso sexual, igualmente que esto le causó a la niña temor, tristeza y llanto, aspectos que considera son reacciones comunes a este tipo de situaciones, por lo que aunque se reitera aunque efectivamente aquí no existió una valoración psicológica, lo cierto es que esta profesional de la salud, evidenció en la menor reacciones que son propias de un evento de abuso sexual, lo que hace entonces mas probable el dicho de la menor ofendida.

En cuanto a que los deponentes FLOR MARIA HIGUITA MORALES, tía de la menor ofendida, MARIA IRMA MORALES MESA, abuela de la menor, NUBIA ESTELA HIGUITA también tía d ella menor, Y ELIECER DE JEUSS HIGUITA, concurren a declarar ii den fe que el acusado es hombre probó, respetuoso y que nunca supieron que se viera envuelto en eventos de abuso sexual, no implica de manera alguna que los hechos de la acusación no se presentaran, bien sabio es que los delitos sexuales, no se cometen a ojos vista de familiares amigos y conocidos, por lo tanto nada prueba que estas personas tengan en muy buena estima y como ciudadano honorable al aquí acusado.

Aquí resulta imperioso resaltar como lo ha venido señalando la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia como se puede llegar al estándar probatorio mínimo para condenar en este tipo de ilicitudes al indicar :” *De esa manera, como también lo ha señalado la Delegada, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado ciertas pautas*

para llegar al grado de conocimiento de certeza, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son: a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último. b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones¹.

En el presente asunto el dicho de la menor resulta completo y preciso sobre el abuso del que fue víctima, en efecto ella estuvo a solas con el procesado como lo corrobora su cuidadora para esa época DERLY ESPINOSA BERRIO, y como lo constató su madre y la psicóloga de la Comisaría de Familia esto afectó a la menor, sin que aparezca motivo alguno para considerar que la joven mienta o guiada por algún fin indebido presente una falsa acusación.

No encuentra entonces la Sala que la sentencia de primera instancia, se funde en inconsistencias, incoherencias, o falta de precisión en el dicho de la ofendida, como lo manifiesta el recurrente, debiendo aquí resaltarse que porque solo fuera tocada la menor en los senos, y no existieran otros comportamientos de abuso, no por esto la conducta resulta inocua, o constitutiva de una posible injuria por vía de hechos, pues tal y como describe la menor los hechos, este no se produjeron buscando injuriarla o agraviarla, por el contrario el procesado buscó a ejecutarlos cuando estaban solo, nadie se percataba indudablemente buscando satisfacer su libido sexual pues al despedirse no solo la tomo por la cintura sino que además como narra la menor tocó sus senos sin que de lo narrado por la menor se pueda entender que fue un acto accidental como lo insinuó la defensa desde sus alegatos

¹ Sentencia del 7 de Septiembre del 2005. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANES.

de cierre en desarrollo del juicio y lo reitera en la apelación, de otra parte ya la jurisprudencia a precisado que este tipo de tocamientos ejecutados en menores de edad de manera alguna constituyen comportamientos de injuria por vía de hecho. Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa:²,

“A propósito, la Sala ratifica el criterio expuesto a partir de la sentencia de 5 de noviembre del 2008, radicación 30.305, en el sentido de que cuando se hace objeto a un menor de edad de tocamientos en sus partes íntimas, besos en la boca o actos similares, ese tipo de comportamientos no atraen el calificativo de injurias de hecho, porque es claro que con ellos se persigue afectar la integridad sexual del perjudicado, quien por sus mismas condiciones de inmadurez dada la edad, no está en condiciones de comprender la naturaleza y trascendencia de los mismos. No se trata entonces de conductas que denoten un trato afectuoso hacia el menor, sino de acciones evidentemente lujuriosas, dirigidas según se dijo a satisfacer el instinto sexual del victimario, luego en atención al estado de especial vulnerabilidad en que se hallan los menores, y considerada además la incapacidad para disponer libremente de su sexualidad, deben ser objeto de una especial”

En este orden de ideas la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, debido advertirse que, aunque la menor referenció que los hechos se presentaron varias veces, no se imputó un concurso de conductas punibles, lo que impide que ahora de manera oficiosa la Sala proceda a modificar la pena por ese eventual concurso, pues no solo se desconocería la congruencia con la intuición y la acusación, sino que además se daría al traste con el principio de la *no reformatio in pejus*.

² Sentencia del 16 de Mayo del 2012 M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO radicado 34661

6. DE LA CAUSAL DE AGRAVACION.

Si bien no es cierto no fue motivo de apelación la Sala aprecia en relación a la causal de agravación con la que se tipificó la conducta lo siguiente:

El delito de abuso sexual, se agravó conforme el numeral segundo del artículo 211 del Código Penal, esto es que *“El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.”*

Ni en la acusación, ni en los alegatos de apertura o cierre la Fiscalía expuso porque se configuraba la causal de agravación. Revisando lo vertido en el proceso se tiene que la señora MIRIAM ROCIO HIGUITA MORALES, señala que el acusado es cuñado de una hermana de ella, igualmente que por esa razón el procesado ingresaba sin problema a su casa de habitación.

De este solo hecho, o de la afirmación que hace la cuidadora de la menor DERLY FERNANDA ESPINOSA BERRIO, que indicó que no consideró extraña la presencia del procesado por ser conocido, no encuentra la Sala que necesariamente por esto se configure la causal en mención, pues si bien es cierto esa cercanía con la familia de la víctima le permitió el ingreso fácil al hogar de la niña S. D. P.H, no aparece que tal condición implicara que la menor depositó su confianza en él, o que este tuviera una especial autoridad sobre la menor, lo que la causal en comento busca sancionar en palabras de la doctrina son esas *“ relaciones de autoridad, amistad, familiaridad o propias del entorno social que hacen que la víctima confié en su agresor”*³, y aquí como se viene diciendo no aparece demostrado que por ese parentesco lejano de afinidad que se tenía, la menor confiara en el procesado, en ese orden de ideas, encuentra la Sala que la sentencia de primera instancia, si se debe modificar, en

³ ALBERTO PEREZ SAN JUAN .Apuntes sobre violencia y abuso sexual. REVISTA NUEVO DERECHO. Ediciones universitarias . Bogotá 2022 pagina 123.

el sentido de señalar que la conducta efectivamente probada y por la que se debe condenar lo es la de abuso sexual abusivo sin agravante alguno.

En consecuencia, debe proceder a modificarse la pena impuesta así:

El punible de acto sexual abusivo tiene como límites punitivos de 9 a 13, por lo tanto, el corto mínimo va hasta los 10 años los cuartos medios hasta 12 años y el cuarto máximo hasta 13 años. No se imputaron causales de mayor o menor punibilidad por lo que debemos ubicarnos en el cuarto mínimo y dentro de dicho cuarto, encuentra la Sala siguiendo los mismos criterios del fallador de primera instancia fijar la pena en 9 años de prisión.

Por el mismo término de la pena privativa de la libertad se impone la pena accesoria contemplada en el artículo 52 del Código Penal.

Visto el monto de la pena impuesta no hay razón alguna para entrar a modificar la determinación que sobre la libertad se tomo en la sentencia de primera instancia.

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: MODIFICAR la sentencia materia de impugnación emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango del pasado 10 de diciembre del año inmediatamente anterior, en la que se condenó a JOSE ALFREDO CHAVARRIA ZULETA, señalando que el delito por el que se le condena es el de acto sexual, y la pena que debe descontar es de 9 años de

prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

TERCERO: Contra lo aquí resuelto procede el recurso extraordinario de casación que debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia.

CUARTO: Reconocer personería jurídica al abogado HERNAN EUGENIO YASIN MARIN como nuevo defensor del procesado designado por la defensoría pública.

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

Radicado No. 05 361 60 00337 2021 00082 N.I. 2022-0081
Procesado: José Alfredo Chavarría Zuleta
Delito: Acto Sexual Abusivo
Decisión: Confirma sentencia condenatoria

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:

a201a57ca0856a81de0d1e95cb17b3d62f5cf2e570ca0b54006657f51fd6d0e1

Documento generado en 08/04/2022 12:38:02 PM

**Descargue el archivo y valide éste 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: 056153104001202200015

NI: 2022-0312-6

Accionante: DRA. MARÍA NATALI ARBELÁEZ RESTREPO EN REPRESENTACIÓN DE CARLOS ALBERTO ARBELÁEZ JARAMILLO

Accionada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Decisión: Confirma

Aprobado Acta No.:50 de abril 8 del 2020

Sala No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, abril ocho del año dos mil veintidós

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en providencia del pasado 8 de marzo de la presente anualidad, declaro la improcedencia del amparo Constitucional invocado por la abogada María Natali Arbeláez Restrepo quien actúa como apoderada judicial del señor Carlos Alberto Arbeláez Jaramillo, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la apoderada del señor Arbeláez Jaramillo, interpuso recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

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

“El señor Arbeláez Jaramillo, cuenta con más de 15 años de servicio cotizados a la Administradora de pensiones del régimen de Prima Media, INSITITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, ahora COLPENSIONES al 1o. de abril de 1994, siendo por tanto beneficiado con el régimen de transición pensional, establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de lo expuesto en el Acto Legislativo 01 del año 2005.

El día 09 de mayo de 2014, solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la prestación económica de la pensión de vejez, observando los requisitos y requerimientos propios del trámite administrativo, enunciados en la ley 33 de 1985.

Que le fue notificado el día 10 de noviembre de 2014, por COLPENSIONES decisión que le niega el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por no acreditar el requisito de semanas cotizadas al contar, según la entidad, con 595 semanas en toda su historia Laboral.

Indica que en atención a lo anterior y encontrándose dentro del término legal, el día 24 de noviembre del año 2014, presentó solicitud de actualización de historia laboral, acompañada del recurso de Reposición en subsidio con el de apelación en aras de lograr la modificación de la Resolución GNR 388577 del 6 de noviembre de 2014, obteniendo como respuesta la actualización de la historia laboral determinando un total de 1.372,71 semanas.

Que Colpensiones, decide recurso de Reposición, bajo Resolución 113565 del 22 de abril de 2015, notificada el 28 de abril de 2015, confirmando en todas sus partes la Resolución GNR 388577 del 6 de noviembre de 2014, negando la prestación económica de la pensión de vejez a favor de CARLOS ALBERTO ARBELÁEZ JARAMILLO, bajo el presupuesto de que “al primero de abril de 1994 el afiliado acreditaba 732 semanas cotizadas”. Por lo tanto, a consideración del Fondo de Pensiones COLPENSIONES, no era aplicable la ley 33 de 1985.

Posteriormente COLPENSIONES, en Resolución 113565 del 22 de abril de 2015 señala: “Con el fin de preservarle los derechos pensionales al asegurado, se procede a hacer el estudio de la prestación a la luz de la ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003... se establece que cuenta con las semanas de cotización solicitadas para el reconocimiento, pero no cumple con el requisito de edad mínima (62 años) ...”.

Que luego mediante, resolución VPB 57710 del 21 de agosto de 2015, notificada el día 10 de septiembre de 2015, COLPENSIONES resuelve recurso de apelación en el sentido de confirmar en su totalidad lo expuesto en la Resolución N° 388577 del 06 de noviembre de 2014, señalando además: “Se le hace saber al interesado que podrá continuar en el sistema para completar los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión de vejez (Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003.

Indica el accionante que encontrándose en desacuerdo con lo argumentado por la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES, el 01 de septiembre del año 2015, se radicó inicialmente demanda ante el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO, el 15 de febrero del año 2017, transcurridos un (1) año y cinco (5) meses después de radicación de la demanda, el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO se declaró incompetente para conocer el asunto, trasladando el proceso a los JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, ya estando en el JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, bajo radicado 2017-095, y el día 22 de marzo de 2017, emite auto mediante el cual declara falta de competencia en razón a la cuantía, trasladando el expediente ante el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, en donde se encuentra desde el 24 de abril de 2017, DESPACHO 005, cuyo Magistrado Ponente es el Dr. John Jairo Álzate López, bajo radicado 2017-01237.

Indica que el día 09 de diciembre del año 2019, se allegó memorial ante el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, solicitando impulso procesal, solicitud que fue resuelta de manera negativa mediante auto del 21 de enero de 2020, argumentando congestión en el despacho, debiendo respetar el orden de llegada para proferir sentencia.

Continúa su relato manifestando que el señor CARLOS ALBERTO ARBELAEZ, ya cuenta con 62 años de edad), y presentaron nuevamente la solicitud de reconocimiento de pensión observando los requisitos y requerimientos propios del trámite administrativo, ya que contaba con 1.382 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, y 62 años de edad, superando los requisitos establecidos en el artículo 9 de la ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

De conformidad con lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, mediante Resolución SUB180603 del 03 de agosto de 2021, aplicando el concepto del 05 de mayo de 2015 BZ 2015_3939181 proferido por la Oficina Asesora de Asuntos Legales antes Gerencia Nacional de Doctrina, de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, señala que, por encontrarse en trámite proceso ante el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA tendiente al reconocimiento de la prestación económica de la pensión de vejez, decide “Declara la pérdida de competencia para resolver la solicitud del señor ARBELAEZ JARAMILLO CARLOS ALBERTO.

Manifiesta que presentó recurso de apelación, frente a la Resolución SUB180603 del 03 de agosto de 2021 y que el día 11 de octubre de 2021 COLPENSIONES expidió la Resolución DPE8877, mediante la cual confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución en referencia.

Posteriormente el día 15 de octubre del año 2021, se presenta memorial ante el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, DESPACHO 005, solicitando: “...informar el turno en el que se encuentra el proceso con radicado 2017 – 01237-00 para emitir el fallo y la fecha tentativa de su proyección, así como prestar celeridad procesal, en virtud a la situación actual del demandante”

El día 16 de noviembre de 2021, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, DESPACHO 005 dio trámite a la anterior solicitud, señalando que actualmente el despacho se encuentra proyectando los fallos dentro de los procesos que ingresaron a despacho para fallo en primera instancia el año 2017, respetando el turno en el que ingresaron. El proceso 05001 23 33 000 2017 01237 00 tiene el turno No. 277, antes de este existen 106 procesos de primera instancia pendientes para fallo. Que, en segunda instancia, se están fallando los procesos que ingresaron para fallo en el mes de junio de 2016, existen antes que el proceso en relación 568 expedientes pendientes para emitir sentencia. Además de lo anterior, téngase en cuenta las tutelas y demás acciones constitucionales que tienen prioridad para fallo”. Continúa diciendo, que día 17 de noviembre de 2021, a través de apoderada judicial, el señor CARLOS ALBERTO ARBELÁEZ JARAMILLO.

radicó acción de tutela, solicitando: “PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, que dentro del término que el

despacho establezca, RESUELVA DE FONDO la solicitud de prestación económica de la pensión de vejez elevada el día 06 de abril de 2021, bajo radicado 2021_3879983 por el Señor CARLOS ALBERTO ARBELÁEZ JARAMILLO, identificado con cédula de ciudadanía N° 70.285.706, sin ser recibido el argumento de pérdida de competencia declarado por el Fondo de Pensiones". Que La anterior acción de tutela fue conocida por el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION A, C.P Gabriel Valbuena Hernández, bajo radicado 11001-03-15-000-2021-09448-00.

Que dicha acción de tutela fue fallada del 20 de enero de 2022, notificado el 04 de febrero del año 2022, el Consejo de Estado deniega la acción de tutela por improcedente, argumentando "que la respuesta dada por Colpensiones a la petición de 6 de abril de 2021 sí fue de fondo".

Finalmente nos reitera el accionante, que El Señor CARLOS ALBERTO ARBELÁEZ JARAMILLO cuenta con 62 años de edad, desempleado desde el año 2006 y con dificultad para competir en el mercado laboral, y de esta manera se continúa la afectación a sus derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES, DIGNIDAD HUMANA, DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, y DERECHO AL MINIMO VITAL Y MÓVIL.

En consideración a lo relatado anteriormente, solicita que se ordene a la entidad accionada que dentro del término que el despacho establezca, en los términos de la ley 797 de 2003, por cumplir todos los requisitos de ley, reconozca y pague de manera transitoria la prestación económica de la pensión de vejez elevada a favor el Señor CARLOS ALBERTO ARBELÁEZ JARAMILLO, identificado con cédula de ciudadanía N° 70.285.706, hasta tanto se emita decisión definitiva (debidamente ejecutoriada), en proceso que se adelanta ante el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA."

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el 23 de febrero del corriente año, se ordenó la notificación de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

Por su parte **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, mediante escrito suscrito por la Directora de Acciones Constitucionales de dicha entidad, manifestó que validando la información del caso, mediante resolución GNR N° 388577 del 6 de noviembre de 2014 negó la pensión vejez solicitada por el accionante por no cumplir con los requisitos de ley, resolviendo recurso de reposición y apelación por medio de resolución GNR 113565 y VPB N 57710 del 22 de abril de 2015 y del 21 de agosto de 2015, respectivamente, por medio de las cuales confirmó la decisión.

Así pues, por medio de resolución N° 180603 del 3 de agosto de 2021 declaró la pérdida de la competencia para resolver la solicitud del accionante por que se encontraba en curso un proceso ordinario, una vez notificada presentó recurso de apelación y por medio de resolución DPE 8877 del 11 de octubre de 2021, confirmó la decisión. Agotando así la vía gubernativa.

Asevera que no existe petición pendiente por resolver a nombre del accionante, pregonando que esa administradora ha actuado de manera responsable sin vulnerar derechos fundamentales al actor.

Resalta el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, considerando que debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales pertinentes, a fin de reclamar lo pretendido en el presente trámite constitucional. Por lo que solicita se declare la improcedencia de la presente acción de tutela.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

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

Señaló que reclama el accionante la protección a sus derechos fundamentales que en su sentir han sido vulnerados por parte de COLPENSIONES al no realizar el pago de la pensión conforme a los términos de la ley 797 de 2003, para la cual cumple con los requisitos de ley. Insta para la entidad demandada efectúe el pago de manera transitoria hasta tanto se emita una decisión definitiva dentro del proceso que se adelanta en el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Así pues, para determinar la procedencia de la acción constitucional el juez debe realizar un examen de los siguientes parámetros, 1) una afectación inminente del derecho, 2) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable, 3) la gravedad del perjuicio, 4) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.

Considerando que no se observa un riesgo o amenaza del derecho fundamental alegado, pues lo pretendido puede resolverse por la vía ordinaria, de no ser así se desnaturalizaría el mecanismo y se estaría pasando por encima de las demás personas que se encuentran en iguales o peores condiciones.

En conclusión, declaró la improcedencia de la acción de tutela, por tanto, la controversia que plantea el demandante debe resolverse por medio del juez ordinario, ante la jurisdicción administrativa.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, la apoderada judicial del señor Carlos Alberto Arbeláez Jaramillo, impugnó la misma, y para sustentar el recurso comenzó cuestionando el fallo de primera instancia, resaltando que la mesada pensional sustituye el salario, y que consiste en la fuente de sustento de la persona que no se encuentra en condiciones para laboral.

Demanda que por medio de la resolución SUB180603 del 3 de agosto de 2021 negó realizar el estudio y trámite de la prestación económica de la pensión de vejez justificando la negativa en la vigencia del proceso judicial, el cual es ajeno a la legislación y constituye hechos nuevos como la edad cumplida.

Tal como lo manifestó Colpensiones al expedir las resoluciones 113565 del 22 de abril de 2015 y VPB 57710 de 21 de agosto de 2015, las cuales establecen que cuenta con las semanas de cotización solicitadas, pero no cumplen con el requisito de edad mínima, indicando para ese momento que puede continuar en el sistema para completar los requisitos de ley. Así las cosas, el pasado 5 de abril de 2021 al cumplir los 62 años de edad y 1300 semanas, el señor Carlos Alberto elevó solicitud de reconocimiento de la prestación económica, es decir, ante un nuevo hecho. Superando los requisitos exigidos en el artículo 9 de la ley 797 de 2003 modificado por el artículo 33 de la ley 100 de 1993.

Colpensiones le niega el derecho por encontrarse en curso un proceso ante el Tribunal Administrativo de Antioquia para el reconocimiento de la pensión de vejez, declarando la pérdida de competencia para resolver la solicitud elevada. Por tanto, se abstuvo de estudiar la solicitud de reconocimiento de la prestación económica, omitiendo pronunciarse frente a ese hecho. Por tanto, el perjuicio irremediable se ocasiona en el desconocimiento de ese derecho fundamental, durante el trámite administrativo adelantado por Colpensiones.

Asevera que posterior a la radicación de la demanda en el Tribunal Administrativo de Antioquia, se presentó un hecho nuevo y es que cumplió 62 años, lo que permite un nuevo estudio para el reconocimiento de la prestación económica de la pensión de vejez a la luz de la ley 797 de 2003.

Demanda que Colpensiones omite pronunciarse respecto a la petición, ante la renuencia de establecer el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación económica, frustra la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria, al no existir acto administrativo que niegue el reconocimiento de la prestación económica de la pensión de vejez, no existe

argumento fáctico y jurídico para acudir ante la jurisdicción competente. Además, este nuevo hecho, no se ventiló en la demanda interpuesta.

Resalta que si bien existe un proceso contencioso que busca el reconocimiento de la prestación pensional este no es idóneo para la protección de los derechos del accionante, por tanto, han transcurrido más de 6 años desde la radicación sin que exista a la fecha pronunciamiento de fondo. Itera que con la presente acción constitucional no busca desconocer las características de la acción de tutela, pues solo pretende la protección transitoria de los derechos fundamentales de su representado mientras se define su derecho pensional en la justicia contenciosa.

Por tanto, el señor Carlos Alberto se encuentra en una situación de debilidad manifiesta por tratarse de una persona de la tercera edad, que depende de la caridad de su familia para su sustento, consistiendo en que es un sujeto de especial protección constitucional. Cuyo mínimo vital depende de la mesada pensional.

Finalmente solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se ordene a Colpensiones reconocer y pagar de manera transitoria la prestación económica de la pensión de vejez en favor del señor Carlos Alberto Arbeláez hasta tanto se emita una decisión definitiva en el proceso que se adelanta ante el Tribunal Administrativo de Antioquia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicita la abogada María Natali Arbeláez Restrepo, quien funge como apoderada judicial del señor Carlos Alberto Arbeláez Jaramillo, se ordene a Colpensiones reconozca y pague de manera transitoria la pensión de vejez a su prohijado, hasta tanto culmine el proceso ordinario ante el Tribunal Administrativo de Antioquia.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a esta Sala determinar si es posible a través de este mecanismo de acción de amparo ordenar el reconocimiento y pago de manera transitoria de prestaciones pensionales, o en su defecto, como lo considera el juez *a quo* es improcedente lo pretendido pues el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo para reclamar su derecho pensional.

1. Del Caso en Concreto

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

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

En el caso bajo estudio se tiene que el señor Carlos Alberto Arbeláez Jaramillo, quien considera cumplir con los requisitos de tiempo y edad, petitionó para que Colpensiones procediera al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de manera transitoria, mientras tanto el Tribunal Administrativo de Antioquia emite la determinación que en derecho corresponda.

Por su parte Colpensiones, resalta el carácter subsidiario de la acción de tutela para reclamar prestaciones pensionales, además su negativa se basa por encontrarse en curso un proceso ante el Tribunal Administrativo de Antioquia para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Así las cosas, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional.

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, se debe de cumplir con los siguientes requisitos: (I) legitimación en la causa por activa; (II) trascendencia iusfundamental del asunto; (III) subsidiariedad; e (IV) inmediatez.

Conforme a 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.

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

No obstante, la propia norma Constitucional reconoce que la tutela puede operar como mecanismo transitorio de protección si, a pesar de existir otros medios judiciales de defensa, éstos no tienen la suficiente eficiencia para precaver el daño. En otros términos, el perjuicio irremediable es factor determinante en la procedibilidad de la acción, de acuerdo con lo dispuesto en las normas constitucionales, así como en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

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

En síntesis, es evidente que al señor Carlos Alberto Arbeláez le fue negada por medio de resolución la pensión de vejez, no obstante, en la actualidad se encuentra en trámite una demanda para el reconocimiento y pago de los derechos pensionales, además de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que en el presente caso no se observa la urgente e inminente necesidad de salvaguardar los derechos del señor Arbeláez Jaramillo, pues del escrito de tutela y sus anexos no se demostró tal particularidad, o que sea necesaria la intervención del juez constitucional para evitar un perjuicio irremediable.

En consecuencia y ante la ausencia de vulneración de derechos fundamentales, ya que la acción de tutela no puede suplir el trámite pensional, pues las entidades demandadas deben valorar cada caso concreto y emitir el

respectivo concepto según la normatividad aplicable. Además, debe indicarse que en caso de otorgarse la misma en sede de tutela, se estaría usurpando la competencia del Juez natural, que es el escenario propio donde se debe discutir la controversia suscitada con la entidad accionada.

En consecuencia, se itera, no se avizora vulneración latente a las prerrogativas constitucionales reclamadas, pues del examen anterior no se advierte ni en los argumentos que expone el actor en el escrito de tutela se configure algún defecto que haga evidente la vulneración de derechos fundamentales y que en esa medida sea necesaria la intervención del Juez de tutela para conjurar tal situación, ni de manera transitoria tal como lo pretende la abogada.

En ese orden de ideas, esta Sala CONFIRMA el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) el pasado 8 de marzo de 2022.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia proferida el pasado 8 de marzo de 2022, por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), donde figura como accionante el señor Carlos Alberto Arbeláez Jaramillo, quien actúa por medio de apoderada judicial; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado 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:

4449e43feece2b9eae51ca7296179cc64ecc5280428af9c9b0b230d1295b31a0

Documento generado en 08/04/2022 03:31:56 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, ocho (8) de abril de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 28 del 31 de marzo de 2022

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05 031 31 89 001 201900121 N.I. T.S.A. 2021-1116-5
Decisión	Confirma y modifica

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi (Ant.).

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P. ley 906 de 2004.

HECHOS

La primera instancia los expuso así:

“Sucedieron el 18 de agosto de 2013 en la vereda Naranjitos de este municipio¹, en horas de la noche cuando en medio de una riña el acusado Eider Arnobis Vasco Sánchez, junto con 2 de sus hermanos, cegó la vida de Omar Alexis Isaza Londoño y causó heridas que pusieron en peligro la vida del primo del primero(sic)², John Ediver Montoya Isaza, con arma blanca cortopunzante y cortocontundente (sic)³.”

LA SENTENCIA

El 25 de junio de 2021, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, la señora Juez Promiscuo del Circuito de Amalfi -Antioquia profirió fallo condenatorio en contra de Eider Arnobis Vasco Sánchez como autor de los delitos de homicidio agravado y homicidio simple en modalidad de tentativa artículos 27, 103 y 104 numeral 7 del C.P. En consecuencia, impuso pena de doscientos diecisiete (217) meses de prisión y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo lapso. Igualmente se negó la suspensión de la pena y la prisión domiciliaria.

¹ Municipio de Amalfi- Antioquia.

² Se debe entender que el primero es Omar Alexis Isaza Londoño.

³ Se entiende según lo probado que la Juez hace referencia a dos armas”

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, la defensa presentó y sustentó oportunamente recurso de apelación, con la pretensión de obtener la absolució n del acusado. En el profuso y confuso escrito de impugnación se logran identificar las siguientes razones de inconformidad con la sentencia:

- 1- Que en el transcurso del testimonio en juicio oral de Sara Isabel Loaliza Saldarriaga “se le vio leyendo notas sobre los que iba a decir”. Advierte que la fiscalía le entregó copia de entrevista que rindió antes del juicio oral, sin autorización del Juez y a espaldas de las partes. Señala de mendaz a la testigo dado que no recordaba los hechos ni la persona culpable de las lesiones a Ediver Montoya y la muerte de Omar Alexis Isaza. Además, dice que la testigo daba las repuestas conectada a un teléfono, tanto así que la Juez le llamó la atención. Puntualiza que no recordaba los nombres de las personas con quienes acudió al festival, pero alguien por teléfono se los recordó. Señala que cuando la Juez se percató de que la testigo leía un documento para contestar las preguntas decidió fijar nueva fecha para continuar con el juicio oral, con lo que se habría afectado los principios de concentración e inmediación, por lo que se debe anular la prueba de conformidad con el artículo 29 constitucional: “toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho”. Reprocha que a pesar de todas estas circunstancias la Juez haya valorado la prueba en la sentencia.

Sobre el contenido de este testimonio señala los siguientes aspectos que en su concepto crean duda en favor del procesado:

En la primera ocasión dijo que no recordaba bien lo sucedido y en la segunda sesión señaló que Jhon recibió una puñalada de Jhonny, mientras que en la primera sesión afirmó que fue Arnobis el que lo atacó.

Luego de destacar algunos apartes de la declaración afirma que la testigo fue "totalmente confusa de los hechos (sic), no parece haber estado en el lugar, no recuerda los móviles, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar, no da cuenta de una situación precisa".

Puntualmente refiere que la testigo no define quién tenía machete y quién la puñalada, a más de que dijo que muchas personas portaban machetes.

Apunta que si Jhon Ediver en juicio dijo que lo ocurrido transcurrió en 30 ó 40 segundos no es posible que en tan poco lapso haya ocurrido todo lo que narró la testigo en cuanto a que él fue a pedir prestado un machete, se lo hayan negado y luego lo atacaran.

Señala que esta testigo no dio cuenta de que Arnobis atacara a alguna persona con un machete. Resalta que la testigo manifestó que no recordaba bien lo que sucedió y que no conocía a los hermanos Vasco.

- 2- Sobre el testimonio de Leydi Viana Quiroz Quintana advierte que esta persona no dio cuenta de haber visto quién hirió a Jhon Ediver, a quien llamaban "Luciano" y que solo refirió, en contra de la verdad que pudo observar a Jhony cuando le clavó la puñalada a Omar. Dice que la testigo no pudo haber observado lo ocurrido puesto que solo duró entre 30 y 40 segundos. Asegura que esta testigo y las otras de la fiscalía no pudieron haber

observado lo ocurrido por cuanto esta persona manifestó que había mucha gente y a ellas no las dejaron pasar a la carretera, lugar donde ocurrió el ataque. Señala que con lo expuesto por esta testigo se puede entrever que los testigos de la fiscalía fueron aleccionados para que rindieran sus versiones en juicio oral.

- 3- Acerca del testimonio de Yolanda Quiroz Quintana resalta que ella hizo una narración de lo ocurrido que no fue detallada y ante preguntas de la fiscal para que se detuviera en ciertos aspectos reiteró que su narración inicial fue todo lo que recordaba. Señala que la testigo no dio cuenta de la participación del acusado en las lesiones en contra de Ediver o de su primo Jhonny. Señala que no es creíble la versión de la testigo de que Jhonny estaba bailando encima de una mesa en estado de embriaguez. Estima que la testigo contó que vio a Arnobis “boleando machete” pero no dijo cómo ni en contra de quién. Acepta que luego la testigo señaló que Arnobis atacó con machete a los primos, pero respondió “pues sí”. Advierte que esa respuesta es dubitativa y que esa duda debe resolverse a favor del acusado. Asegura que cuando fue interrogada sobre la herida con la navaja dio a entender que ella no vio nada y que lo que supo fue porque se lo contaron. Alega que en estas condiciones se trata de una prueba de referencia. Asegura que la testigo no alcanzó a ver qué personas atacaron a los primos pues ella dijo que a ellos los arrinconaron contra “la barranca” y que había mucha gente. Señala que si la testigo dijo eso no entiende cómo pudo ver a Jhonny, Guillermo y Arnobis, como lo afirmó en esa misma declaración. Alega que con una pregunta sugestiva la fiscal logró que esta testigo señalara que quien atacó con armas blancas a las víctimas fueron Arnobis y Jhon. Luego resalta que el reconocimiento de Arnobis en la audiencia por parte de esta testigo fue inducido pues se escuchó una voz que dijo el nombre del acusado y luego de ello fácilmente la testigo lo reconoció.

Alega que a pesar de ese señalamiento la testigo dijo que ella no podía decir si el acusado atacó con machete a la persona que resultó muerta. Señala que en el contrainterrogatorio la testigo se ratificó en que ella no pudo ver directamente la agresión.

- 4- Alega que las lesiones producidas en el cuerpo de Jhon Ediver Montoya no revistieron gravedad por lo que no pusieron en peligro su vida de acuerdo con lo conceptuado por el médico que lo atendió el primer día en el Hospital de Amalfi. Señala que el mismo concepto dio el Dr. Holguín Orozco. Señala que, en contra de estos, la médico Lizcano Vanegas, sin haber observado la historia clínica dijo que el paciente podía haber muerto sino hubiera recibido atención médica.
- 5- Acerca del testimonio de Jhon Ediver Montoya señala que a pesar de que señaló que el acusado le agredió con un machete, su relato no es creíble porque no dijo con exactitud en que lugar del cuerpo le fue asestado una lesión con el mismo machete a su primo. Señala que si el testigo no tiene clara esa circunstancia fue porque no la observó y alguien se la contó. Resalta que el propio testigo dijo que no vio directamente cuando Arnobis hirió a su primo en el brazo izquierdo. De tal forma que todo apunto a que el acusado no participó en la muerte de Omar Alexis.
- 6- De la testigo de la defensa Edilma de Jesús Buriticá, subraya que no es familiar del acusado. Hace un resumen de su declaración y subraya que estaba en la misma mesa con Jhonny Vasco y dijo no haber visto quién hirió a Jhon Edvier.
- 7- Sobre la testigo de la defensa María Elena Ibarra también destaca que no es de la familia del acusado. Hace un resumen de lo que estima fue la declaración de la testigo. Señala que la

analizar su contenido se infiere que no quiso favorecer a nadie, dijo lo que sabía y no se contradijo en el interrogatorio cruzado.

CONSIDERACIONES

La Sala abordará las inconformidades de la defensa, limitándose a los aspectos que fueron objeto de la impugnación. Se resalta que la apelación, a pesar de lo extensa, es ciertamente poco rigurosa y se dedica en gran parte a realizar resúmenes o citas de los testigos, de forma desordenada y/o repetitiva. Los reproches a la sentencia, a más de tangenciales, plantean en pocos eventos errores en la apreciación de las pruebas. En otros apartes los reproches son inasibles. Se hacen reproches generales “ a los testigos de la fiscalía” o “ una de las testigos de la fiscalía”. En estas condiciones se resolverán aquellas inconformidades que se logran extraer del escrito de apelación y que de alguna forma se oponen a los fundamentos de la condena. Se resolverán las objeciones de la siguiente manera:

- 1- El apelante inicia sus objeciones a la sentencia concentrándose en el testimonio de Sara Isabel Loaiza Saldarriaga, de la que reseña habría consultado una declaración anterior suya facilitada por la fiscalía y que alguna de sus respuestas habría sido facilitada por teléfono.

La Juez señaló en la sentencia que en verdad la fiscalía le envió una declaración anterior de forma inadecuada, pero que no percibió que tal circunstancia afectara su relato. La defensa insiste en que con ello sí se afectó la legalidad de la prueba.

En estricto sentido la acción reprochada va en contravía del principio de oralidad de la prueba y del control que se impone a

la utilización de declaraciones anteriores por razón de ese principio. Además tal eventualidad puede poner en duda la espontaneidad del relato.

Sin embargo, si se retirara de la evaluación probatoria el relato de esta testigo, la conclusión probatoria no variaría. La defensa fracciona y resalta esta irregularidad y la presenta como el primer punto en cuestión. De esa prioridad del reproche se esperaría un análisis de trascendencia en relación con el resto de las pruebas controvertidas en juicio oral. Tal tarea no fue abordada por el apelante y obvia que la relación de esa prueba por parte de la Juez fue de corroboración de la narración que en similar sentido vertieron en juicio oral, una de las víctimas del ataque, Jhon Ediver Montoya Isaza y las dos menores que le acompañaban esa noche en la misma mesa. De forma que si en gracia de discusión se acepta que el relato de Sara Loaiza se afectó por la circunstancia resaltada, lo cierto es que no debilita la solidez de la prueba de cargo que fue evaluada de forma pormenorizada por la Juez *A quo*. Este juicio de la Sala se respaldará al responder los restantes reproches de la apelación.

- 2- La defensa propone una evaluación fragmentada y especulativa de los testigos de cargo Lady Viana Quiroz Quintana, Yolanda Quiroz Quintana y Jhon Ediver Montoya.

Es fragmentada porque toma algunas frases sueltas de los testimonios para resaltarlas y crear una escena parcial de lo que pudieron observar -o de lo que no lograron percibir- para concluir de forma abiertamente especulativa que los testigos fueron aleccionados por la fiscalía de como debían declarar en juicio oral, sin atacar de forma clara los fundamentos probatorios expuestos en la sentencia de primera instancia.

Deja de lado el apelante circunstancias evidentes que sugieren la total espontaneidad de los relatos:

Se trata de tres personas, que no tenían problema o enemistad con el acusado o con las otras personas que señalaron en juicio oral. Lo dijeron expresamente. Incluso las dos mujeres manifestaron que no los conocían antes de ese día y por el contrario, se quedaron departiendo esa madrugada con los atacantes luego de que los primos Omar Alexis y Jhon Ediver heridos se fueron de lugar.

Como es apenas obvio, en un lugar en que los asistentes bailaban e ingerían licor y en un espacio semi-abierto como el descrito por los testigos, la narración de cada uno de ellos no puede colmar cada detalle de lo ocurrido. Cada uno se limitó a expresar lo que pudo percibir y recordar, dado que los testimonios se rindieron aproximadamente 7 años después de ocurridos los hechos. A pesar de estas circunstancias espaciales y temporales Lady Viana Quiroz Quintana⁴, Yolanda Quiroz Quintana⁵ y Jhon Ediver Montoya⁶ brindaron un relato consistente en lo principal. Debe resaltarse que este último testigo tuvo un lugar privilegiado para señalar al acusado, dado que fue víctima directa de su ataque. Se refirió de forma expresa a que recibió de Arnobis una lesión con un machete, relato consistente con los hallazgos médico legales. Dejó en claro que él y su primo no estaban armados y en cambio Jhony y Arnobis sí, el primero con una navaja y el segundo se proveyó de un machete.

Debe resaltarse que Yolanda y Jhon Ediver dejaron en claro que Arnobis fue la única persona que atacó con machete a Omar

⁴ Juicio oral sesión del 26-02-2020 02:00 en adelante

⁵ Juicio oral sesión del 17-06-2020 registro 16:04 en adelante

⁶ Sesión de juicio oral registro 15: 12 en adelante

Alexis y con esa misma arma le causó la lesión al testigo sobreviviente.

Claro está que el relato de cada testigo no es fiel copia de lo dicho por los otros⁷. Lady Viana no observó cuando el acusado asestó las heridas con el machete a sus dos acompañantes, pero sí lo vio con el arma en sus manos en medio de la trifulca. También observó a Omar Alexis cuando fue atacado en la zona pectoral con navaja con Jhonny, en relato igual de consistente con los hallazgos médicos.

Por su parte, tanto Yolanda Quiroz como la víctima dieron cuenta no solo de que Arnobis se procuró un machete para atacarlos, sino que en realidad lo utilizó en contra de la humanidad de Omar Alexis y la del propio Jhon Ediver.

En lo que sí coinciden los tres testigos es en las principales circunstancias temporo-espaciales y modales que derivaron en la muerte de Omar y las lesiones en el cuerpo de Jhon Ediver: su llegada al lugar a departir e ingerir licor en horas de la noche, la manifestación de Jhon Ediver de que fue herido por Jhonny, la inmediata reacción de Omar para reclamar por la herida, la respuesta de Jhonny con un arma blanca, la aparición del machete proporcionado por un tercero al acusado y su inmediata utilización.

La defensa también pasa por alto que en el cuerpo de Omar Alexis fueron encontradas plurales heridas con arma corto

⁷ “En punto de la credibilidad que se ha de conferir a un testimonio cuando el sujeto que lo rinde incurre en contradicciones consigo mismo o con otros medios de prueba, la Sala ha sido enfática en señalar que ante inconsistencias irrelevantes o marginales entre varios relatos y coincidencia plena en lo principal, no es posible magnificar aquéllas para restarle crédito al dicho del deponente sino que por el contrario, es posible conceder mérito persuasorio a la prueba” Véase CSJ SP Proceso 33558 del 7 de julio de 2010 M.P. Augusto J. Ibáñez Gúzman, y Proceso 25503 del 27 de julio de 2006, M.P. Marina Pulido de Barón.

contundente – que en el contexto de lo ocurrido- se corresponden con heridas asestadas con machete, precisamente el arma que portaba el acusado, con el que hirió a Jhon Ediver y que fue utilizado en contra de quien resultó muerto.

Se concentra entonces la defensa en circunstancias parciales o fragmentadas que pretende relieves sin detenerse en una apreciación conjunta de la prueba como lo ordenan los artículos 380 y 404 del C.P.P.

La testigo Yolanda Quiroz luego de expresar lo que vio por sí misma también hizo referencia a algunos comentarios de la gente que estaba en el lugar. En el testimonio se percibe con facilidad cuando ella hace referencia a una u otra circunstancia, solo que al final en el contrainterrogatorio la defensa intenta confundir a la testigo sobre estos dos escenarios -lo percibido y lo que oyó- en realidad sin lograr desvirtuar su real evocación de lo que pudo recordar, lo principal, de la noche por la que fue interrogada.

Es cierto que el reconocimiento de esta testigo al acusado, cuando se le pidió que lo señalara en la audiencia, no debe ser tenido en cuenta como elemento de incriminación. Pero no por la forma en que se hizo, sino principalmente porque quien lo propició fue la Juez y no la parte a quien le corresponde.

No obstante, la individualización del acusado no tiene lugar a equívocos tanto así que no fue cuestionada de fondo por la defensa en la apelación. El propio lesionado, Jhon Ediver, lo señaló en juicio oral como la persona que le agredió con machete y a partir de este señalamiento surge con claridad que

la persona a quien Yolanda Quiroz mencionó con el nombre de Arnobis no es otro que el acusado.

La defensa resalta circunstancias intrascendentes para cuestionar la credibilidad de la testigo Yolanda Quiroz, quien por el contrario se caracterizó por su claridad y buena capacidad de evocación a pesar del paso del tiempo. Alega la defensa que la testigo dijo que estaba bailando con Omar encima de la mesa. Señala el apelante que eso no es posible porque estaban ingiriendo licor. La objeción se cae de su peso. No se entiende si el defensor quiso proponer que el relato de la testigo viola alguna regla de la ciencia o de la experiencia. Nada de ello resulta obvio y por el contrario parece una escena común en personas que se encuentran en un lugar de baile. Además, la testigo manifestó que ella sí ingirió licor, pero en poca cantidad puesto que al momento de lo ocurrido apenas contaba con entre 12 o 13 años de edad. Nada en el relato, en relación con el baile o el lugar donde transcurría, tiene la capacidad de relativizar de forma relevante la credibilidad de la testigo.

El apelante reprocha una pregunta sugestiva de la fiscal a la testigo Yolanda Quiroz sobre la actuación de Jhonny, Arnobis y Guillermo cuando emprendieron el ataque. Advierte que la fiscal logró que la testigo los señalara del ataque con armas blancas mencionando sus nombres. La defensa olvida dos circunstancias: que debió objetar la pregunta en su momento y que ,en realidad, la pregunta no fue sugestiva puesto que la testigo en su relato, previamente, ya habían mencionado a estas tres personas realizando tal acción.

La defensa acepta que la testigo señaló que Arnobis atacó con machete a los primos, pero respondió “pues sí”. Advierte que esa respuesta es dubitativa y que esa duda debe resolverse a favor

del acusado. Este reproche es inexacto. La Sala escuchó esa respuesta y la expresión, *pues*, que fue tomada como equívoca por la propia interrogadora, en realidad no lo fue. En el contexto del relato se trató, por el contrario, de una afirmación de la testigo en su particular forma de expresarse, circunstancia que la defensa intenta sacar de ese contexto para crear duda con una expresión que en realidad no lleva a tal estado.

La defensa se pronuncia de forma tangencial y especulativa sobre el testimonio de Jhon Ediver Montoya. La prevención del apelante para abordar lo expuesto por el testigo se explica por el alto grado de credibilidad que en realidad tiene su relato en relación con la incriminación que hace al acusado. Es tangencial por cuanto se concentra en el momento de la agresión del acusado con el machete para sugerir que la víctima no vio lo ocurrido. En realidad, lo que devela el testimonio es un señalamiento directo en contra de quien se armó de un machete para agredir de forma clara y directa a su víctima. La zona anatómica exacta en que se le propinó la agresión con machete a Jhon Ediver no es lo más relevante de su relato. Lo esencial es que la víctima pudo verlo armado y arremetiendo en su contra. La herida que lo fue con arma corto contundente no hace más que corroborar el relato de la persona agredida. El lugar exacto de la herida se extrae con facilidad de los hallazgos médicos que refirieron herida en hombro izquierdo con arma corto contundente. De esta forma es que la propuesta de la defensa de que el afectado no observó quién lo atacó no pasa de una simple especulación sin respaldo fáctico y de espaldas a lo realmente probado.

Es en este contexto que los testimonios de la defensa resultan precarios y obviamente interesados en la absolución del acusado. La defensa resalta la presunta imparcialidad de las

testigos María Elena Ibarra⁸ y Edilma de Jesús Buriticá⁹. Sobre la segunda reconoce que no supo quién hirió a Jhon Ediver, sin que se establezca porque tal desconocimiento debe prevalecer sobre las pruebas de cargo, en especial de la propia víctima quien señaló directamente al agresor. En relación con María Elena Ibarra es claro que quiso hacer aparecer en la escena otras posibles armas sin que se refiera en concreto por qué tal circunstancia resta contundencia a las declaraciones de cargo que fueron claras en señalar no solo quién y cómo obtuvo el acusado el arma corto contundente que se sirvió para atacar a las víctimas. La defensa aspira a que con estas dos testigos se desvirtúe los circunstanciados relatos de los testigos de cargo sin develar cómo se desestructuran las razones que ofreció la Juez para privilegiar el relato de la víctima y de sus dos acompañantes. Tal falencia argumentativa de la defensa releva a la Sala para adentrarse en mayores consideraciones sobre este aspecto.

- 3- A la defensa le asiste razón en señalar la debilidad de la acusación en punto de la demostración de que las lesiones personales sufridas por Jhon Ediver Montoya permitan tipificar el delito de homicidio en modalidad de tentativa.

A tal conclusión llegó la Sala por dos razones:

- (i) La relación de los hechos jurídicamente relevantes del escrito de acusación, cuya formulación en audiencia fue exacta a lo contenido en ese escrito, deja ver total imprecisión tanto fáctica como jurídica. La fiscalía se limitó a reseñar el artículo 27 del C.P.. Sin embargo no explicitó cuál fue la circunstancia ajena a la voluntad del agente

⁸ Sesión de juicio oral de 9-12-2020

⁹ Sesión de juicio oral 14 -01-2021

que impidió la consumación del delito. De forma genérica, pero no relacionando esta circunstancia con los requisitos legales de la tentativa, señaló: "Jhon Ediver Montoya Izasa, quien se va del lugar en protección de su vida". De tal narración no se desprende con claridad mínima si el ataque cesó por esa salida o cuál fue la circunstancia ajena a la voluntad de los agresores que impidió la consumación del homicidio.

- (ii) Con lo probado en relación con las lesiones que se produjeron como consecuencia directa del ataque que recibió Jhon Ediver con armas corto punzantes y corto contundentes, no se puede afirmar que se pusiere en peligro la vida de esta persona. El Perito médico legal Geovo Meneses dejó en claro que las lesiones produjeron incapacidad definitiva de 45 días y no pusieron el riesgo la vida del paciente. La Médico katuska Lizcano, quien prestó la primera atención médica aparte de describir las heridas se limitó a expresar que la pérdida de sangre le podría afectar la vida al lesionado, en caso de no haber sido atendido. Por su parte, Jessica Cabezas fue la médico general que señaló que las heridas iniciales sí pusieron en riesgo su vida. No obstante, nada se dilucidó sobre una circunstancia evidente en la narración de varios testigos de cargos: que Jhon Ediver no acudió al médico sino muchas horas después de ocurridas la heridas y que según la médica que lo atendió la gravedad se debió a la pérdida de sangre. Se desconoce entonces si la gravedad de las heridas, relacionada por las médicos Cabezas y Lizcano, fue consecuencia de su propia ocurrencia o de la pérdida de sangre por la falta de atención oportuna. Nada se estableció con suficiencia y lo cierto es que los conceptos médicos son contradictorios en ese punto.

En estas condiciones jurídicas y fácticas no era posible condenar por el delito de homicidio en modalidad de tentativa propuesto por la Fiscalía. No obstante, con la misma relación fáctica y en aplicación de la congruencia flexible y dada la evidente y ya analizada responsabilidad penal del acusado en relación con el ataque a la integridad personal de Jhon Ediver, se le condenará por el delito de lesiones personales dolosas previstas en el artículo 112 inciso segundo del código Penal atendiendo a que la incapacidad definitiva se estableció el 45 días.

Tasación de la pena

De tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia¹⁰ ha determinado que, en materia de la definición de la sanción a imponer, es deber de los funcionarios judiciales estudiar de oficio que la pena se corresponda con los criterios legales y que estos, en especial cuando implican la intervención más estricta en el derecho a la libertad, deben haber sido debidamente motivados.

Sobre tales presupuestos encuentra la Sala que la sentencia impuso la agravante prevista en el artículo 104 numeral 7 del Código Penal en el delito en que fue víctima Omar Alexis Isaza Londoño. En la acusación la fiscalía no concretó los presupuestos jurídicos ni fácticos de la agravante. La agravante del numeral 7 hace relación a varios supuestos de hecho: aprovechar o poner en situación de indefensión o inferioridad. La fiscalía no definió por cuál de estas variables acusó al señor Eider Arnobis Vasco solo refirió que por indefensión e inferioridad de forma genérica. A pesar de ello la Juez decidió agravar la

¹⁰ CSJ Penal 24 junio de 2015 SP8057-2015 Radicación N° 40.382. M.P. Bustos Martínez

conducta. La Juez replicó el error de indeterminación fáctica y jurídica en que incurrió la fiscalía. De cualquier forma, no podía sustituir en tan trascendente asunto a la fiscalía, corrigiendo un error que nació en la acusación.

De tal manera que se habrá de determinar la pena a imponer eliminando la circunstancia de agravación y tasando la pena por el delito de lesiones personales ya referido.

El delito de Homicidio simple tiene prevista pena de prisión de 208 a 450 meses de prisión.

En cumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 61 del C.P. se dividirá el ámbito punitivo de movilidad en cuartos así:

Primer Cuarto: 208 meses a 268 meses y 15 días

Cuartos medios: 268 meses y 16 días a 389 meses y 15 días

Último Cuarto: 389 meses y 16 días a 450 meses

De conformidad con el inciso segundo del artículo 61 y dado que la fiscalía no dedujo en su acusación circunstancias de mayor punibilidad debe moverse el fallador colegiado dentro del primer cuarto.

En cuanto a un posible incremento al tenor del contenido del inciso tercero de la misma disposición, no se considerará y por el contrario la pena será de 200 meses. La razón. una equivocación de la Juez en la primera instancia hizo que lo que calificó como delito de homicidio agravado consumado se le rebajara la pena como si fuese una tentativa de homicidio. Por ese error se impuso la pena de doscientos meses de prisión por este delito. Tal eventualidad no podrá ser modificada en segunda instancia bajo el principio de no reforma en peor.

La pena por el delito de lesiones personales, según el inciso segundo del artículo 112 del C.P., oscila entre 16 y 54 meses de prisión. Dado que por este mismo delito la primera instancia fijó la pena en el límite inferior del cuarto mínimo se respetará ese criterio y se impondrá 16 meses de prisión.

Por el concurso de conductas punibles al tenor del artículo 31 del C.P. se partirá de la pena de 200 meses por el delito de homicidio y en la misma proporción que fijó la primera instancia se aumentará en una tercera parte por el delito de lesiones personales lo que se traduce en cinco meses y 10 días. La pena que cumplirá en definitiva el condenado será de doscientos cinco (205) meses y diez (10) días de prisión. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

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

Resueltas así cada una de las inconformidades de la defensa, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen ya referidos en cuanto a la responsabilidad penal del sentenciado, **excepto** en la

determinación de la pena que se **modificará** a doscientos cinco meses (205) meses y diez (10) días de prisión y lo será por los delitos de homicidio simple en concurso con el delito de lesiones personales dolosas. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por el mismo periodo.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación:

8c5d793d74bdc6c091d1e403b33c99d0d848c847e38db66072e6d1068c94a03f

Documento generado en 31/03/2022 07:48:13 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, ocho (8) de abril dos mil veintidós

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 28 del 31 de marzo de 2022

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria - utilización de declaraciones previas - testimonio adjunto - prueba de referencia - alienación parental
Radicado	05-030-60-01304-2019-80021 (N.I. TSA 2021-1787-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá - Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P., Ley 906 de 2004.

HECHOS

En el año 2019, cuando la niña E.M.V. tenía 4 años de edad, fue tocada libidinosamente en cinco ocasiones en su vagina y zona anal por parte de su padre, CRUZ ANTONIO MONTERROSA CASTRO, conductas que se llevaron a cabo en su hogar, ubicado en Amagá - Antioquia, aprovechando las ausencias de la madre por motivos laborales. El sujeto le decía a la niña que no revelara lo sucedido pues de hacerlo no le daría dinero.

Por otra parte, aproximadamente durante los años 2018 y 2019, en el mismo lugar, la menor M.L.V., de 8 años de edad, hijastra del procesado, fue sometida por este en varias oportunidades a tocamientos lujuriosos, consistentes en palpaciones de la vagina y nalga con las manos, boca y pene, en ocasiones, desnudos o semidesnudos, el hombre expulsó líquido seminal de su pene. MONTERROSA CASTRO se valía de la ausencia de la progenitora, quien se encontraba en la iglesia, y de que los demás hijos veían televisión en otro lugar de la casa, para llevar a la niña hasta la habitación matrimonial, en donde realizaba los abusos. A cambio de no revelar los hechos, CRUZ ANTONIO le daba dinero a la víctima.

LA SENTENCIA

El 22 de octubre del año 2021, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de CRUZ ANTONIO MONTERROSA CASTRO al declararlo responsable como autor del concurso homogéneo sucesivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, previsto en los artículos 209 y 211-5 del C.P., en consecuencia le impuso la pena de ciento noventa y dos (192) meses de prisión, igualmente le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Aunque la fiscalía acusó por un concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en el caso de M.L.V., finalmente el Juez condenó por el concurso homogéneo sucesivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, toda vez que, conforme a la valoración médica efectuada a la menor, no se probó suficientemente el delito aducido por la fiscalía, sin embargo, ello no impidió degradar la conducta a una menos gravosa pues se respetó la hipótesis fáctica de la acusación y el derecho de defensa.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, la defensa presentó y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la sentencia y la consecuente absolución de su representado. Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

La fiscalía propuso una deficiente premisa fáctica de la acusación, y no se alcanzó el conocimiento necesario para condenar. No probó los hechos por los que acusó, de modo que lo procedente era absolver, no la degradación de la conducta, cómo hizo el Juez.

M.V.L. evidenció tener animadversión hacía su padrastro, y estar sometida a una indebida sugestión por parte de la madre, de ahí que el síndrome de alienación parental explique el señalamiento. En el contrainterrogatorio la niña aceptó haber mentido. Además, su testimonio y versiones previas fueron inconsistentes.

Por su parte, E.M.V. informó que los comportamientos de su padre no fueron libidinosos y que obedecieron a juegos inocentes, pero malinterpretados por la progenitora.

La médica Angie Dayana Burbano Bedoya manifestó que su valoración presentaba falencias, incluso aceptó que se consignó información que no era verdadera.

No hubo intervención de los sujetos procesales no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación circunscribiéndose a los asuntos que fueron objeto de impugnación en desarrollo del principio de limitación de la segunda instancia, y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada.

A fin de sustentar debidamente tal anuncio, y antes de iniciar el análisis de fondo, cabe una precisión respecto a las circunstancias fácticas que componen el presente asunto: la fiscalía a partir de una superflua conexión acusó por hechos que son totalmente diferentes así compartan el mismo acusado, exista un vínculo de familiaridad entre las dos víctimas, y de estas con aquel. Sin embargo, las conductas se investigaron y juzgaron bajo una única cuerda procesal, lo cual vincula a la Sala.

Lo anterior es determinante porque para el análisis probatoria es relevante separar, los hechos cometidos por CRUZ ANTONIO MONTERROSA CASTRO contra E.M.V., y diferenciar los realizados por el mismo sujeto en contra de M.L.V..

Así que se dará claridad a los dos casos analizándolos de manera independiente, circunscribiéndose a lo que sea pertinente para cada uno, pero teniendo en cuenta que, como comparten problemas jurídicos, estos se irán desarrollando de manera progresiva, a fin de dar claridad general sobre tales objetos de debate transversales, para que llegado su momento, la valoración se circunscriba a lo que sea pertinente para cada evento.

La ligereza con la que se asumió la conexidad evidenció falencias en el manejo del concepto de hechos jurídicamente relevantes, tema aludido por la defensa en su apelación, por tal motivo, se analizará en primer medida tal aspecto, el cual, junto al estándar de prueba necesario para condenar, resultan determinantes para la solución final del proceso. En esa misma línea, previo a abordar la valoración probatoria, es importante dar claridad sobre la debida utilización de las declaraciones anteriores al juicio.

1. Sobre el estándar de prueba necesario para condenar y los hechos jurídicamente relevantes

La Ley 906 de 2004 actualizó conceptualmente el estándar probatorio para proferir sentencia condenatoria contenido en la Ley 600 de 2000, en punto de la cualidad que deben alcanzar los elementos de juicio para afirmar la responsabilidad penal.

A tono con recientes desarrollos teóricos sobre los límites de la epistemología en el ámbito judicial¹, que afirman que la racionalidad propia de la prueba judicial es la inductiva y que niegan la infalibilidad o certeza incluso en el ámbito de las pruebas científicas, el artículo 381 del C.P.P. estableció como estándar probatorio para efectos de determinar el compromiso penal del procesado, *el conocimiento más allá de toda duda razonable*, conocimiento que ha de estar fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

En efecto, para evaluar la veracidad de una hipótesis ha de verificarse si las pruebas disponibles *la hacen probable* o la confirman en términos inductivos, si aquella *no ha sido refutada*, además, si la hipótesis es la mejor, esto es, *más probable que cualquier otra hipótesis* sobre los mismos hechos.

¹ Gascón Abellán, Marina. Cuestiones probatorias. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado N° 61. 2012.

De modo que la fijación del estándar probatorio de conocimiento más allá de toda duda por medio de la Ley 906 de 2004, no constituye una flexibilización del criterio legal para la determinación de la responsabilidad penal, sino una actualización de los términos en que se ha de entender cumplida tal labor argumentativa.

Ahora bien, la hipótesis acusatoria viene determinada por la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, y estos constituyen el punto de referencia para establecer el grado de suficiencia de las pruebas que definen el conocimiento necesario para condenar, de modo que el resultado final de ese proceso racional depende de una adecuada fijación de la premisa fáctica del caso.²

En la sentencia 44599 de 2017, la Sala Penal CSJ, preocupada por la informalidad o poca atención de los operadores judiciales en punto de la fijación de los hechos en el trámite penal, quiso resaltar la trascendencia del asunto, concretando, a la vez, lo que debe entenderse por hecho jurídicamente relevante:

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

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

² Sobre el tema de los hechos jurídicamente relevantes, véase, CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, y radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, ambas M.P. Patricia Salazar Cuellar.

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

Una adecuada tipificación de la conducta requiere la mayor precisión posible, en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Más explícitamente, la relevancia jurídica del hecho tiene como presupuesto una mínima fijación de cuándo ocurrió, cómo ocurrió y dónde ocurrió. Obviamente, quién lo cometió y quién fue víctima.

Ya en este nivel, al Juez le corresponde determinar si las pruebas practicadas le permiten concluir la responsabilidad del acusado a través de un juicio comparativo de suficiencia. El estándar de prueba es el umbral que debe alcanzar la fiscalía, por medio de las pruebas debatidas, para lograr una sentencia condenatoria.

En ese orden, la premisa fáctica de la sentencia no es otra cosa que los hechos que el Juez acepta como probados luego del finalizado el debate oral.³

La necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes cumplan con los requisitos de claridad y precisión resulta protuberante para la final aplicación del artículo 448 del C.P.P. que contiene el principio de congruencia, según el cual el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Además, sirven para asegurar las garantías mínimas del procesado, y la correcta delimitación del tema de prueba.

Descendiendo al asunto que nos concita, se observa que aun cuando la fiscalía incurrió en imprecisiones al fijar los hechos jurídicamente relevantes

³ Sobre el tema, véase radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

en la acusación, pues los expuso junto con el contenido de algunos medios de prueba que posteriormente presentaría en juicio,⁴ y con hechos indicadores⁵ que pueden servir para inferir los hechos jurídicamente relevantes,⁶ tales yerros no afectaron sustancialmente el proceso.

Eso sí, se debe llamar la atención a la fiscalía, pues la falta de rigor sobre aspectos como estos, eventualmente puede llevar a una defectuosa labor probatoria y acusatoria,⁷ en el mismo sentido se debe advertir al Juez de primera instancia, quien en su sentencia transcribió la acusación.

Ahora bien, conforme lo desarrollado hasta el momento, la Sala debe precisar que en el acápite “hechos” de la presente providencia se consignaron los hechos jurídicamente relevantes que efectivamente fueron probados durante el juicio oral, y que no desbordan el marco fáctico delimitado en la acusación, esto, dada la naturaleza dinámica del proceso penal.

2. El uso de declaraciones anteriores al juicio oral

Las declaraciones anteriores al juicio oral se utilizan comúnmente para facilitar el interrogatorio cruzado de los testigos, ello mediante la impugnación de credibilidad o el refrescamiento de memoria. Se debe

⁴ Como los testimonios de las víctimas.

⁵ Sobre la diferenciación de tales conceptos, véase CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

⁶ Como, por ejemplo, los ofrecimientos económicos a cambio de guardar silencio y tolerar los abusos.

⁷ “Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia.

Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera)”. CSJ SP, radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

tener claro que, en principio, las declaraciones anteriores al juicio oral no son pruebas.⁸

Excepcionalmente se pueden incorporar como pruebas las declaraciones anteriores, siempre que se cumplan ciertos requisitos legales y jurisprudenciales. Las excepciones a las que se alude son la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio, también llamadas testimonio adjunto.

Diferenciar estos conceptos es determinante para una adecuada valoración probatoria, pues la naturaleza de cada uno impide la confusión de sus efectos. Además, para su uso e incorporación se deben seguir procedimientos estrictos que los diferencian.

- **Sobre la prueba de referencia**

Para lo que interesa a este caso, sobre la noción de la prueba de referencia, el artículo 437 del C.P.P. dispone que esta clase de prueba es toda aquella declaración realizada fuera del juicio oral y que es *“utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate”*. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁹ se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

*“De la redacción del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 se colige que son elementos estructurales de la prueba de referencia: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada **para***

⁸ Sobre la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral, véase entre otras SP CSJ, radicados 44950 del 25 de enero de 2017, 43656 del 30 de enero de 2017, 43916 del 31 de agosto de 2016, y la reciente 52045 del 20 de mayo de 2020.

⁹ CSJ SP radicado 44056 del 28 de octubre de 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

probar o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue, sin duda, que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello posible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio.”.

En reciente pronunciamiento, sobre los requisitos para la debida incorporación de prueba de referencia, la misma Corporación precisó:

“Por otro lado, la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada haya solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última), y tal pretensión debe satisfacer una carga argumentativa precisa:

«En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. (...)»¹⁰.¹¹

En ese orden, es evidente que debe existir pronunciamiento expreso del Juez sobre la solicitud de prueba de referencia, y su respectiva incorporación en juicio oral, sin que pueda hacerse oficiosamente.

¹⁰ CSJ SP, 25 de enero de 2017, radicado 44950.

¹¹ CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

Además, es necesario tenerse presente que conforme el literal e del artículo 438 de la ley 906 de 2004, y a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,¹² es posible la incorporación de declaraciones previas a modo de prueba de referencia en los casos adelantados por delitos sexuales contra menores de edad, aun cuando estas víctimas comparecen a juicio, pero teniendo en cuenta que:

“En ese entendido, lo esencial, a este efecto, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido»¹³ o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada.”¹⁴

- **Del testimonio adjunto**

El testimonio adjunto o declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio, se ha desarrollado para aquellos eventos en que el testigo modifica o se retracta de las declaraciones que ofreció antes del juicio. La parte interesada puede lograr que se valoren sus diferentes versiones. Esta figura no puede confundirse con la prueba de referencia, la impugnación de credibilidad ni con el refrescamiento de memoria.

Según ha decantado la jurisprudencia, para la debida utilización del testimonio adjunto se debe evidenciar la retractación o incompatibilidad de las manifestaciones; y aprovechando la disponibilidad del testigo, interrogarlo sobre el particular (aspecto que marca la diferencia con la prueba de referencia); además, incorporar la declaración anterior a través de su lectura durante su testimonio.¹⁵

¹² Entre otras, CSJ SP, Radicado 43916 del 31 de agosto de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, y radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya..

¹³ CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

¹⁴ CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

¹⁵ *Ibidem*.

Siguiendo ese procedimiento se garantiza a la contraparte el derecho de confrontación y el principio de inmediación, conforme el artículo 16 de la Ley 906 de 2004. Adicional a los requisitos acabados de exponer, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó:

“A lo anterior debe agregarse que la incorporación de una manifestación antecedente como testimonio adjunto requiere, además del cumplimiento de las anteriores exigencias, que la parte que la pretende exteriorice una solicitud en ese sentido (desde luego, en el juicio oral, pues la condición necesaria es que el testigo se retracte en esa diligencia al rendir testimonio) y que, frente a tal postulación, se profiera una decisión favorable del Juez de conocimiento.

La aducción de esas manifestaciones anteriores no puede obrar automáticamente y de oficio, sin un pedido expreso de la parte interesada. En primer lugar, porque ello comportaría una suerte de actividad probatoria oficiosa, inequívocamente vedada en el ordenamiento procesal aplicable a este asunto; mal podría el funcionario valorar como testimonio adjunto (esto es, como una verdadera prueba) una declaración previa cuya incorporación en tal calidad no fue solicitada oportunamente, pues con ello estaría arrogándose una iniciativa de la que está desprovisto¹⁶.

De otro lado, porque así resultaría sorprendida la parte contraria, para la cual, entonces, resultaría pretermitida la posibilidad de oponerse a tal incorporación y de controvertir los fundamentos de la misma, con ostensible violación del debido proceso probatorio.”¹⁷

Bajo los anteriores presupuestos será analizada la valoración probatoria efectuada por el A quo de cara a las objeciones de la recurrente.

¹⁶ Al respecto, CSJ SP, 7 feb. 2018, rad. 43651

¹⁷ SP CSJ radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

3. El caso de M.L.V.

Se debe destacar que la controversia planteada en la alzada se centra en el valor probatorio otorgado al testimonio M.L.V., y en la presunta falta de corroboración de sus versiones a partir de los demás medios de conocimiento. Por tal motivo, abordaremos primero la relevancia del testimonio de esta víctima y luego nos ocuparemos de los restantes medios de conocimiento.

- **El testimonio de M.L.V.**

La menor M.L.V.¹⁸ informó que su padrastro, CRUZ ANTONIO MONTERROSA CASTRO, la tocó en múltiples oportunidades en su vagina y su nalga con las manos, boca y el pene, a veces el sujeto se desnudaba y la obligaba a que le tocara su miembro viril, y en muchas ocasiones el hombre expulsaba un líquido de su pene. Las conductas se llevaban a cabo en la cama del procesado, cuando la madre se encontraba en la iglesia, y los hermanitos de M. eran enviados a la sala a ver televisión, por eso estos no percibieron lo sucedido.

Destaca la testigo que los abusos se presentaron desde que estaba el grado de tercero, que se encontraba repitiendo para la época del juicio, y que el sujeto le daba cinco mil pesos cada vez que la tocaba. También sostuvo que no reveló el comportamiento del acusado a su madre sino a otras personas, después de que su hermana hablara de ello en la escuela.

Adicionalmente, M.L.V. informó que CRUZ ANTONIO era una persona violenta, que agredía a su madre y golpeaba los objetos de la casa. La niña respondió “sí”, cuando se le preguntó si había mentido por los maltratos a su progenitora, pero luego expuso que lo relatado sobre los abusos era cierto y que no faltó a la verdad.

¹⁸ Juicio oral del 29 de noviembre de 2019, archivo “35AudioJucioOral”, récord 02:32:57 a 03:22:09.

El testimonio es claro, MONTERROSA CASTRO sistemáticamente logró llevar a M.L.V. hasta su cama sin ser percibido por nadie, allí la tocó lascivamente en múltiples oportunidades.

La única inconsistencia de esta versión, es que la niña aseguró haber mentido, pero, posteriormente, en desarrollo del interrogatorio cruzado, aclaró que no fue así, que no mintió y que dijo la verdad. Pese a esta particularidad, la defensa no objetó las preguntas realizadas a la menor para que se explicara, y tampoco utilizó el re-contrainterrogatorio para afianzar el conato de aceptación de una supuesta manifestación falaz.

En ese orden, contrario a lo pretendido por el recurrente, tal prueba se advierte sólida y no se observan inconsistencias relevantes o elementos que le resten credibilidad.

No encuentra la Sala elementos para asegurar que el comportamiento violento del procesado llevara a la niña a mentir sobre el abuso. Sobre ese punto no se adentró suficientemente con la testigo, por lo que es especulativo el planteamiento que en tal sentido propone la apelante.

Nótese que la revelación del abuso se dio a terceros, y por cuestionamientos directos a la víctima, sin que se advierta en tal situación algún tipo de injerencia indebida de la madre de las niñas. Incluso M.L.V. asegura que no le contó a su madre, y que nadie más vio los abusos, de los que habló sólo cuando su hermana dio cuenta de ellos en la escuela. Además, hasta ese momento convivían con MONTERROSA CASTRO en la misma casa. Así que no se advierten elementos suficientes para asegurar que la niña haya sido indebidamente sugestionada por su madre para señalar falazmente al acusado.

Esto es importante porque la defensa pretende plantear la estructuración del denominado síndrome de alienación parental para soportar su hipótesis de una acusación temeraria.

A propósito, más allá de la aceptación científica de tal situación como un síndrome, a lo que se alude en los eventos en los que se propone, es a una indebida sugestión de los menores. Por ello se debe advertir que la llamada alienación parental se presenta cuando después de una separación entre compañeros sentimentales, uno de ellos intenta utilizar a sus hijos para acusar temerariamente al otro miembro de la relación de pareja.

Por lo tanto, resulta totalmente descontextualizado utilizar tal figura a fin de valorar la probable manipulación del M.L.V., toda vez que no se acreditó un proceso de separación entre el acusado y la madre de la niña, y tampoco se evidenció una clara animadversión de esta última en contra de su compañero sentimental.

La estrategia de la apelante también es objetar la prueba aduciendo que la menor no fue consistente con sus versiones anteriores, para ello cita apartes de unas entrevistas practicadas en las que asegura hubo inconsistencias que dan cuenta de la incoherencia de la testigo.

Tal argumento no será aceptado ya que durante el testimonio de M.L.V. no se utilizaron sus declaraciones previas. No se impugnó la credibilidad ni refrescó memoria, y tampoco se hizo uso del testimonio adjunto. Al respecto, es importante señalar que las declaraciones anteriores no pueden ser utilizadas para tal fin indiscriminadamente, ya que es necesario que la versión previa que se pretenda utilizar para el efecto haya sido otorgada por la testigo, en este caso la niña, y se le de lectura durante su interrogatorio en el estrado judicial, lo que no sucedió.¹⁹

¹⁹ Véase SP CSJ radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 934-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

En este punto, resulta necesario destacar que como la menor estuvo totalmente disponible en durante su interrogatorio cruzado, no estamos ante un evento de disponibilidad relativa que habilitara la posibilidad de incorporar su declaraciones anteriores a modo de prueba de referencia.

Además, aunque en audiencia preparatoria la fiscalía expuso la posibilidad de incorporar prueba de referencia, expresamente dijo que ello se daría en el evento de no contar con los testimonios de las víctimas, condición que no se presentó. En consecuencia, no medió solicitud de parte, ni pronunciamiento del Juez al respecto, por lo que es imposible la incorporación de información de tal naturaleza.

Se reitera, la jurisprudencia ha establecido que es posible la incorporación de las versiones previas de menores de edad víctimas de delitos sexuales, a modo de prueba de referencia, aun cuando estas acuden a juicio, pero por la misma vía se han desarrollado las exigencias para que este tipo de actuaciones se puedan dar, sin que en este caso se haya cumplido con dichos presupuestos.²⁰

Entonces, no puede la Sala actuar valorar el contenido de las versiones previas ofrecidas por la niña en las entrevistas, anamnesis o a otro testigo. Así que se debe dar aplicación estricta al artículo 402 del C.P.P., según el cual, los testigos sólo deben declarar sobre los hechos que les consten de forma directa, y por lo tanto, es imposible que con los demás testimonios practicados se incorpore información referencial, por lo que, si así se hizo, esta debe ser excluida de valoración.

Bajo estos parámetros se deben analizar los testimonios de Erika Valencia Morales, Adela María Gallego Moreno, y Yarley Rodríguez Rivas, pues la apelante propuso evaluar inconsistencias de las versiones que la menor les entregó a ellas.

²⁰ Sobre el tema de prueba de referencia, véase entre otras, SP CSJ radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 934-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

El planteamiento de la recurrente debe ser descartado, la razón es simple: no es posible evaluar información referencial indebidamente incorporada en juicio. Además, como la defensa no propone otras objeciones a dichos testimonios o a la interpretación otorgada por el Juez, resulta innecesario e impertinente de cara a lo que es objeto de apelación, adentrarse en lo dicho por tales testigos.

- **Sobre la valoración médica**

La fiscalía presentó el testimonio de la médica Angie Dayana Burbano Bedoya,²¹ quien valoró a la niña el 12 y 13 de abril de 2019. Como datos relevantes manifestó que halló eritema y edema en la vulva, así como una secreción blanquecina que, junto al edema, le impidieron verificar la condición del himen. Expuso que aun cuando los hallazgos podrían coincidir con la anamnesis, no estaba en condiciones de confirmar nada.

Explicó que el informe lo realizó el 25 de los referidos mes y año pues los días que examinó a la menor tuvo problemas con el sistema, además, advierte que algunas anotaciones que se presentaron en el documento, como un supuesto desgarró del himen, obedece a falencias del formato y no a la realidad de lo percibido al auscultar a la niña.

Con fundamento en este testimonio el Juez descartó el delito de acceso carnal materia de la acusación, y degradó la conducta a actos sexuales, lo que claramente benefició al acusado. Sin embargo, la defensa ataca esta prueba aduciendo que no puede ser considerada como una pericia, debido a las falencias de las que la propia médica dio cuenta.

Para la Sala la calidad pericial de la prueba no es relevante porque los hallazgos realmente no son concluyentes sobre la ocurrencia de los delitos,

²¹ Juicio oral del 29 de noviembre de 2019, archivo “35AudioJucioOral”, récord 00:14:15 a 01:32:40.

sin embargo, esta situación es común en este tipo de injustos, pues no siempre un acto sexual genera lesiones verificables. De ahí que, el único resultado de descartar este medio de conocimiento es no poder condenar al acusado por un delito más grave, situación que resulta contraproducente para los intereses de la parte apelante.

Sobre la calificación jurídica a la que acudió el Juez para condenar, en razón de la degradación realizada, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia²² ha aceptado la posibilidad de que el Juez de Conocimiento, al dictar sentencia, se aparte de la petición punitiva de la fiscalía y de las pretensiones de la defensa, siempre que se respete la congruencia fáctica, así como el derecho de defensa, y además, que no se afecte las condiciones del procesado.

Conforme a estas pautas, el Juez estaba habilitado para condenar por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, aun cuando la fiscalía pidió condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

A propósito, se debe resaltar que se mantuvo el marco fáctico fijado en la acusación, de modo que la modificación efectuada a la premisa jurídica, reconociendo un delito menos grave, redundó en beneficio del procesado toda vez que ello implicó una sanción menos drástica.

Nótese que la apelante no argumenta que la primera instancia al degradar la conducta desconociera alguno de los presupuestos jurisprudenciales necesarios para proceder de tal forma, en su lugar, manifiesta que debió absolver porque no se demostraron los hechos jurídicamente relevantes, lo que, como acaba de explicarse, no es cierto.

Para resolver totalmente este punto, se destaca el texto del artículo 209 del C.P., el cual describe que los actos sexuales con menor de catorce años son

²² Sobre el tema, véase entre otras, SP CSJ, radicados 43837 del 25 de mayo de 2016, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; 47234 del 24 de octubre de 2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier; y 58660 del 7 de julio de 2021, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

aquellos “*actos sexuales diversos del acceso carnal*”, de tal redacción se desprende que el acceso carnal es una categoría especial de acto sexual.

Así que la hipótesis fáctica expuesta en la acusación tipifica en el delito por el cual se condenó, y aunque la fiscalía propuso en su tesis hechos que podrían dar pie para pensar en un acceso carnal, incluso así calificó la conducta, finalmente no se declaró la responsabilidad penal por ese delito.

En estas condiciones, ante la comprobación de los tocamientos abusivos, esta instancia no analizará la posible existencia del delito de acceso carnal dado que ello abriría la posibilidad de agravar la pena impuesta MONTERROSA CASTRO, en contra de la regla de no reforma en peor, en tanto la defensa es apelante único.

- **Conclusiones del caso de M.L.V.**

Contrario a lo propuesto por la apelante, la niña ofreció un testimonio claro y contundente sobre los tocamientos libidinosos de los cuales fue víctima en más de una oportunidad por parte del procesado, por lo que es acertada la adecuación típica del concurso de conductas por las cuales se le condenó en primera instancia, ya que esta respeta el marco fáctico delimitado en la acusación. De ahí la decisión de confirmar la condena.

4. El caso de E.M.V.

La apelación en este evento se centra en que no se demostró el contenido lujurioso de los compartimientos del acusado en contra de su hija E.M.V., que incluso la niña aseguró que se trató de juegos que no tuvieron la trascendencia para afectar su integridad sexual. Así que la objeción se funda en el testimonio de la niña, por lo que a ella nos referiremos.

- **El testimonio de E.M.V.**

En juicio E.M.V.²³ informó tener 5 años de edad, y que su padre, CRUZ ANTONIO MONTERROSA CASTRO, en cinco oportunidades, la tocó en su vagina y nalga, por encima de la ropa, en el cuarto de aquel, aprovechando que la madre se encontraba trabajando y que los hermanos estaban en otro cuarto. Destaca que los tocamientos no fueron percibidos por nadie más, que se dieron por encima de la ropa, que el procesado le dijo que no contara sobre ellos a su madre o no le daría dinero, y que finalmente reveló el abuso en su escuela.

El testimonio de la víctima es contundente. Sin embargo, la defensa pretende que se contrasten versiones previas de la menor con lo dicho en juicio, a pesar de que durante el interrogatorio cruzado de E.M.V. no se utilizó sus declaraciones anteriores. Además se advierte que no hubo solicitud ni decretó de prueba de referencia que permita la valoración de lo dicho por la niña antes del debate público.

En ese orden, analizado con detenimiento el registro del juicio oral, se puede asegurar que la menor no manifestó que los tocamientos efectuados por CRUZ ANTONIO hayan sido en un contexto de juego, o en el sano y común discurrir de la relación padre e hija.

Por el contrario, la forma como relata la niña los hechos, da cuenta de un actuar delictivo por parte del procesado, no de otra manera se explica que haya buscando la clandestinidad de su cuarto para proceder a palpar las zonas íntimas de E.M.V., que le prohibiera contar lo sucedido a la madre, e incluso, quiso lograr el silencio de su hija ofreciéndole dinero.

²³ Juicio oral del 29 de noviembre de 2019, archivo “35AudioJucioOral”, récord 02:15:50 a 02:37:20.

- **Sobre la valoración médica y las demás pruebas practicadas**

En este punto, debe señalarse que la médica Angie Dayana Burbano Bedoya²⁴ expuso que valoró a la niña el 12 de abril de 2019. No halló lesiones o evidencias del abuso, lo que no afecta el sentido condenatorio de la decisión si se tiene en cuenta que los hechos relatos por la víctima se limitaron a tocamientos por encima de la ropa, que pudieron efectuarse sin producir lesiones perceptibles en la posterior valoración médica. En ese orden, se advierte consistencia entre el relato de la niña y las conclusiones de la galena.

Adicionalmente, la apelante no propone una interpretación diferente de las pruebas practicadas, así que las objeciones planteadas resultan insuficientes para atacar la condena.

Entonces, como acertadamente refirió el Juez, la valoración conjunta de los medios de conocimiento permiten asegurar que se alcanzó el estándar de prueba necesario para condenar, conforme al artículo 381 del C.P.P., es decir, más allá de duda razonable. Respondidas así todas las inconformidades planteadas por el apelante, se confirmará la sentencia de primera Instancia.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo 2 del acuerdo PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Sin necesidad de otras consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²⁴ Juicio oral del 29 de noviembre de 2019, archivo "35AudioJucioOral", récord 00:14:15 a 01:32:40.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto fue materia de apelación.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación:

4af6f618216dd9043a9033a0184cbd94d91df0a02adbd6cedb21ab14a9c09b

11

Documento generado en 31/03/2022 07:48:44 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente

URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>