

## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



### TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

#### ESTADO ELECTRÓNICO 115

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2022-0816-6	AUTO LEY 906	ACCESO CARNAL ABUSIVO	RAFAEL ANTONIO DAVID HIGUITA	confirma auto de 1 instancia	Julio 05 de 2022
2022-0759-1	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	DIEGO HUMBERTO OSPINA GARCÍA	Declara nulidad	Julio 05 de 2022
2022-0783-1	auto ley 906	HOMICIDIO Y OTRO	DARIO DE JESUS ALVAREZ RUIZ	confirma auto de 1 instancia	Julio 05 de 2022
2019-1518-1	Sentencia 2ª instancia	EXTORSION	DIANA PATRICIA MOROS URIBE	Confirma sentencia de 1ª instancia	Julio 05 de 2022
2020-0878-3	AUTO LEY 906	CONCUSION	PEDRO ELKIN CANO ARENAS	Fija fecha de publicidad de providencia	Julio 05 de 2022
2021-0924-3	AUTO LEY 906	HURTO AGRAVADO	JHON FREDY ORTIZ ÚSUGA	Fija fecha de publicidad de providencia	Julio 05 de 2022
2022-0829-3	AUTO LEY 906	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	FELIPE DEL VALLE BALBÍN	Fija fecha de publicidad de providencia	Julio 05 de 2022
2022-0822-6	Tutela 1ª instancia	JAIME DE JESÚS LÓPEZ FUENTES	FISCALÍA 41 ESPECIALIZADA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO	Niega por improcedente	Julio 05 de 2022
2022-0787-6	Consulta a desacato	JORGE ANDRÉS GARZÓN OSPINA	OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE MARINILLA	confirma sanción impuesta	Julio 05 de 2022

2022-0735-6	Tutela 2º instancia	FERNANDO DE JESÚS BARRERA MARÍN	SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.	Confirma fallo de 1º instancia	Julio 05 de 2022
-------------	---------------------	---------------------------------	---------------------------------------	--------------------------------	------------------

**FIJADO, HOY 06 DE JULIO DE 2022, A LAS 08:00 HORAS**

**ALEXIS TOBON NARANJO  
SECRETARIO**

**DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS**

**ALEXIS TOBON NARANJO  
SECRETARIO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Proceso No:** 051386100238201780032

**NI:** 2022-0816-6

**Imputado:** RAFAEL ANTONIO DAVID HIGUITA

**Delito:** Acceso carnal abusivo

**Motivo:** Apelación de auto

**Decisión:** CONFIRMA

**Aprobado Acta Número:** 92 de junio 23 del 2022

**Sala No:** 6

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

Medellín, junio veintitrés de dos mil veintidós.

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Resolver el recurso de apelación que interpone la Fiscalía contra determinación del pasado 7 de junio del año en curso en la que se abstuvo de recibir la declaración de la señora LIDIA MILENA MORENO HIGUITA, como testigo de la Fiscalía. Actuación que arriba a esta Corporación el pasado 16 de junio del año en curso.

**II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES**

El pasado 7 de junio del año en curso en desarrollo de la audiencia de juicio oral debía declarar la señora LIDIA MORENO HUGUITA, como testigo de la Fiscalía, esta manifestó que se acogía a la garantía establecida en el artículo 33 de la Constitución Nacional, y no declararían, toda vez que para la época de los hechos ella era la compañera permanente del procesado, y además con este procreo una hija que tiene seis años de edad, hermana de la ofendida en estas diligencias.

Ante tal manifestación la Juez que presidía la audiencia señaló que corría traslado de lo manifestado por la testigo a los sujetos procesales, la Fiscalía indicó que la testigo debía declarar y debía ser compelida por el despacho a tal fin, pues ya no era la compañera permanente del procesado como ella misma la reconocía, a su vez la defensa y el abogado de víctimas, indicaron que la garantía constitucional debía observarse pues para la época de los hechos la declarante era la compañera permanente del procesado, agregando el defensor, que dicho vínculo se mantiene aunque ya no convivan pues procrearon una hija de 6 años de edad.

### **III. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

La Juez de primera instancia indicó que la garantía Constitucional prevista en el artículo 33 busca proteger el derecho de no declarar contra los miembros de la familia, y visto que para la época de los hechos procesado y declarante eran compañeros permanentes debía aceptarse la excusa que presentaba la testigo, de otra parte, como se indicó al anunciar la prueba, esta dama no es testigo presencial de los hechos por ende no se oirá a esta declarante.

### **IV. RECURSO**

La representación de la Fiscalía reclama se reciba el testimonio de la señora LIDIA MORENO HUGUITA pues ella en la actualidad ya no tiene la calidad de compañera permanente del procesado, por ende no puede ampararse en el artículo 33 de la Constitución Política, y por ende debe declarar, sin que importe que sea o no testigo directo de los hechos, pues con su declaración, pues ella es llamada es como testigo de corroboración, y de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Constitución Política deben prevalecer los derechos de los niños niñas y adolescentes y aquí la víctima es menor de edad, no se puede

pasar por alto que es un abusos sexual cometido por quien fue compañero permanente de la testigo, pero ya no conviven como lo admite la testigo por lo mismo debe declarar.

La defensa y a la representación de víctimas, señala que la garantía Constitucional del artículo 33 debe prevalecer y la testigo no puede ser obligada a declarar.

## **V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El asunto que concita la atención de la Sala es el determinar si la determinación de aceptar que la señora LIDIA MILENA MORENO HIGUITA debe mantenerse.

Lo primero que debe advertirse es que dicha determinación que analizó la procedencia o no de dar aplicación al artículo 33 de la Carta Política, no es un simple orden sobre cómo debe desarrollarse la práctica de una prueba sino en efecto una determinación de fondo pues en últimas priva a la Fiscalía de la posibilidad de presentar una prueba que fue decretada desde la audiencia preparatoria, por ende si resultaba procedente admitir recurso de apelación contra dicha determinación y en consecuencia la Sala procederá a pronunciarse de fondo sobre la apelación interpuesta.

Nos ocuparemos entonces de si dicha determinación se encuentra ajustada a la ley.

Indiscutible es que el artículo 33 de la Constitución Nacional estableció una garantía a todo ciudadano que debe declarar en un proceso penal, que lo exonera del deber que tiene todo ciudadano de hacerlo si se encuentra inmerso en alguna de las previsiones que el canon constitucional trae, al respeto Corte Constitucional <sup>1</sup>hace las siguientes consideraciones:

---

<sup>1</sup> Sentencia T-117 del 2013.

*“El artículo 33º de la Constitución Política dispone: “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.” De igual manera, el artículo 8º literales a, b y c de la Ley 906 de 2004<sup>2</sup> consagra dicha garantía en la modalidad de “principios rectores y garantías procesales”.*

*En consecuencia, este derecho de raigambre Constitucional consagra ciertas excepciones para determinadas personas en cuanto a la obligación de declarar en un proceso penal fundadas en: (i) la protección a la familia; (ii) el derecho a no auto incriminarse; y la (iii) la protección de las actividades profesionales.*

*Sobre este punto la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la garantía constitucional consagrada en el artículo 33 Superior constituye una prebenda procesal del imputado que implica para quien va rendir el testimonio que el funcionario judicial haga la advertencia de la garantía instituida a favor del procesado pero sobre todo que no se obligue a declarar en consideración a los lazos familiares, actividades profesionales y al derecho de no auto incriminarse. Así lo sostuvo esta Corporación en sentencia del 12 de junio de 2006<sup>3</sup>, reiterada luego el 24 de marzo de 2010<sup>4</sup>:*

*“a) El artículo 33 de la Constitución Política dispone:*

*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (destaca la Sala).*

*b) Por mandato del artículo 228 de la Constitución Política, el derecho sustancial prevalece sobre las formas.*

---

<sup>2</sup> En la actuación penal, una vez adquirido la condición de imputado este, tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: (i) no ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. (ii) no auto incriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. “El testimonio penal y sus errores”. Orlando Alfonso Rodríguez, Temis, página 41.

<sup>3</sup> Radicado 17.261.

<sup>4</sup> Radicado 32.730.

*c) Desde los anteriores puntos de vista, lo realmente importante no es que se cumpla con el requisito de enterar al declarante sobre la facultad que tiene de abstenerse de incriminar al pariente. Lo verdaderamente trascendente es que el testigo “no sea obligado a declarar” en contra de aquél, tal como lo dispone el artículo 33 de la Carta y lo reiteran los artículos 28 y 267 del Código de Procedimiento Penal”*

*Bajo esta perspectiva, el deber que imponen la Constitución y la Ley, que debe ser cumplido por el funcionario judicial al momento de recepcionar el testimonio es el de no obligar, constreñir, forzar, presionar u obligar al testigo a declarar en contra de las personas contenidas en el artículo 33 Superior. Por consiguiente, lo trascendente es que durante el acto judicial no sea transgredido el derecho fundamental, vale decir, que se respete la garantía.”*

En el presente caso la señora LIDIA MILENA MORENO HIGUITA quien fue llamada a declarar como testigo de la Fiscalía indica que se acoge a la garantía establecida en el artículo 33 de la Constitución, toda vez que el procesado RAFAEL ANTONIO DAVID HUGIUTA para la época de los hechos era su compañero permanente y además según se informó posteriormente en el debate que se dio en el juicio frene a su manifestación de no declarar por tal razón, procreo con esta persona una hija que ahora cuenta con 6 años y que es las hermana materna de la menor ofendida. La Juez de instancia, indicó que la garantía establecida en el artículo 33 de la Constitución debía respetarse y esta dama no podía ser compelida a declarar, pues al momento de los hechos ella era la compañera permanente del procesado, sin embargo, la Fiscalía interpela que tal condición en la actualidad no permanece pues la misma declarante confirma que ya no convive con el procesado, por ende, no puede exonerársele de declarar.

La Sala debe precisar que el contenido del artículo 33 de la Constitución Política que es del siguiente tenor “*nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo*

*de afinidad o primero civil.”, tal garantía es reiterada en el artículo 8 literal a de la Ley 906 del 2004 de idéntica manera para la persona que está siendo procesada “No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;” y para todo aquel que tiene que declarar en un proceso como se establece en el artículo 385 de la Ley 906 del 2004 donde se indica: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.”*

Igualmente se debe precisar que el a Ley 54 de 1990 “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, establece en su artículo 1 que:

*“(…) para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.”*

Indiscutible es entonces que si se tiene la calidad de compañero permanente de quien está siendo juzgado no se tiene el deber de declarar en su contra, sin embargo lo que aquí se discute es cuál es el momento en que se debe tener tal calidad, esto es al de declarar o al momento de la ocurrencia del hecho sobre el que se declara, visto que la testigo que debe rendir su testimonio en esta actuación indica que ya no es compañera permanente del procesado, y aunque evidente es que la norma no hace mención a tal aspecto, la Sala entiende que tal garantía debe cobijar a la testigo así a la hora del juicio ya no mantenga dicho vínculo con el procesado pues no convive con él, pues lo que la misma busca proteger no es otra cosa que a la familia como lo ha expuesto la Corte Constitucional, en cita hecha en párrafos anteriores, y evidente es que la declarante conformó una familia con el aquí



procesado pues también se puso en evidencia que ella procreo una hija con esta persona, que es una de las hermanas maternas de la menor presunta víctima.

Ahora bien, es cierto como lo afirma el señor representante de la Fiscalía General de la Nación, que hay una prevalencia del interés superior de los niños niñas y adolescentes tal y como se desprende del mandato del artículo 44 de la Constitución Nacional, sin embargo porque esto sea así no implica que se deba soslayar que aquí la garantía que se busca no reconocer, a su vez está protegiendo el interés superior de otro menor, la hermana de la presunta víctima, para que su madre no declare contra su padre, lo que implica que necesariamente se debe proteger en doble vía tanto el derecho a no declarar como la protección de los interés superiores de estas dos menores.

La Corte Constitucional en sede de tutela T 321 del 2017, se ocupó de un asunto penal en el que al llegar al Juicio la abuela de la presunta víctima de un delito sexual se niega a declarar señalando que se acoge a la garantía institucional del artículo 33 visto que el procesado es su yerno, y la Fiscalía considera que visto el alcance de la sentencia C- 848 de 2014, sobre la inaplicación del artículo 33 de la Constitución en el deber de denunciar delitos de abuso sexual en los que sean víctimas menores de edad e hizo las siguientes precisiones que resultan pertinentes para el presente caso así:

*“.1. El artículo 33 de la Constitución consagra el principio de no autoincriminación al establecer que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado que dicho precepto superior reconoce dos garantías claramente diferenciables, a saber:*

*(i) La garantía de no autoincriminación que es un componente esencial del derecho de defensa, en tanto protege a la persona cuya responsabilidad jurídica se intenta determinar de la posibilidad de ser obligado o coaccionado para declarar contra sí mismo; y*

*(ii) La garantía de no incriminación del cónyuge, compañero permanente y parientes cercanos que persigue salvaguardar el vínculo entre el autor o cómplice del hecho punible y sus familiares<sup>5</sup>.*

*4.2. En relación con la garantía de no incriminación de los parientes próximos, este Tribunal ha explicado que tiene como fundamento la protección de los lazos de amor, afecto y solidaridad, y en general, el respeto a la autonomía y la unidad de la institución de la familia<sup>6</sup>. En concreto, la Corte ha expresado que dicha prerrogativa blinda la institución familiar como tal, en la medida en que “el establecimiento de un deber de declarar en contra del cónyuge, compañero o pariente que ha cometido o participado en un hecho punible, generaría un clima de desconfianza entre los miembros de la familia, por el peligro latente de que los asuntos que se conocen en la intimidad sean sometidos al escrutinio público, todo lo cual terminaría por debilitar los vínculos entre ellos y por desestabilizar la familia”<sup>7</sup>.*

*4.3. En torno al alcance de la garantía de no incriminación de familiares próximos, este Tribunal ha manifestado que:*

*(i) Se concreta en prohibición absoluta a las autoridades públicas de forzar declaraciones, ya sea por vías directas o por medios indirectos, de las personas en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil<sup>8</sup>.*

*(ii) Resulta inconstitucional establecer sanciones u otras consecuencias adversas para quien se abstiene de declarar en contra de una persona que se encuentre dentro de los grados de parentesco mencionados, pues estas pueden constituirse como formas de presión para obtener una declaración<sup>9</sup>.*

*(iii) Comprende cualquier tipo de declaración, como la denuncia, la rendición de testimonios o las manifestaciones juramentadas ante notario o ante funcionario judicial<sup>10</sup>.*

---

<sup>5</sup> Cfr. Sentencia C-848 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

<sup>6</sup> Cfr. Sentencias C-1287 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-029 de 2009 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

<sup>7</sup> Sentencia C-848 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

<sup>8</sup> Al respecto, en la Sentencia C-024 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se explicó que “la intención del Constituyente estaba encaminada a la proscripción e invalidación de todo procedimiento que produzca la confesión forzada o no voluntaria de quien declara ante las autoridades. Una de las consecuencias de esta prohibición es que ninguna autoridad puede exigir a persona alguna que preste declaración, contra sí o contra alguno de sus parientes en los grados que indica la norma”.

<sup>9</sup> Cfr. Sentencia C-776 de 2001 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

<sup>10</sup> Sentencia C-848 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

4.4. Ahora bien, es pertinente resaltar que en relación con el deber derivado de los artículos 44, 95.2 y 95.7 de la Carta Política, consistente en la obligación de declarar y denunciar las conductas punibles cuando el sujeto pasivo del delito sea un menor de edad y se afecte su vida, integridad personal, libertad física o libertad y formación sexual<sup>11</sup>, la Corte ha advertido que aunque no es constitucional negar la existencia de dicho deber en cabeza del familiar del victimario, su incumplimiento no tiene una consecuencia jurídica en el ordenamiento legal y “tampoco podría tenerla en virtud de la garantía de no incriminación”<sup>12</sup>.

4.5. Sobre el particular, en la Sentencia C-848 de 2014<sup>13</sup> se indicó que existe una diferencia constitucionalmente relevante entre afirmar la existencia de un deber no sancionable de denunciar los delitos graves en contra de menores, y negar la responsabilidad de las personas frente a las formas más graves de violencia contra los niños, puesto que:

*“En el primer caso, aunque en virtud de la garantía de no autoincriminación se limitan los efectos jurídicos de la transgresión al deber de denuncia, se reafirma el compromiso de la familia, la sociedad y el Estado con los menores de edad, y el consecuente deber de impedir que se silencie el delito contra estos sujetos de especial protección. En el segundo caso, por el contrario, se transmitiría el mensaje de que el propio ordenamiento jurídico admite y avala una postura omisiva frente a los actos de agresión contra los menores de edad. Esta última alternativa resulta incompatible con la preceptiva constitucional, y en particular, con el artículo 44 de la Carta Política que impone la obligación de toda persona de proteger a los niños contra toda forma de violencia, y la de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos para garantizar el pleno goce de sus derechos, así como su interés superior”. (Subrayado fuera del texto original).*

4.6. Al respecto, la Sala advierte que en el ordenamiento nacional existen múltiples enunciados que postulan un deber, pero no adscriben una consecuencia jurídica ante su incumplimiento, lo cual no resulta extraño en la complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos que ha llevado a admitir estas modalidades de preceptos. Así, por ejemplo:

*(i) El artículo 49 de la Constitución consagra el deber de las personas de “procurar el*

---

<sup>11</sup> Cfr. Sentencia C-853 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

<sup>12</sup> Sentencia C-848 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez). En esta providencia se indicó que “para esta Corporación es constitucionalmente inadmisibile que en un contexto marcado por la violencia y el maltrato infantil, en el que la prolongación de este fenómeno está determinada, al menos parcialmente, por el silencio, la tolerancia y la impunidad, se pretenda atribuir a la garantía de no incriminación un alcance que excede su propia finalidad y racionalidad interna, y su propio diseño normativo, para sobre esta base, exceptuar el deber constitucionalidad de denunciar los delitos contra niños”.

<sup>13</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*cuidado integral de su salud”, pero el ordenamiento legal no contempla ninguna sanción por su infracción, pues ello implicaría afectar la autonomía personal y las libertades de los ciudadanos. En ese sentido, como se explicó en la Sentencia C-221 de 1994<sup>14</sup> dicho deber es “un mero deseo del Constituyente, llamado a producir efectos psicológicos que se juzgan plausibles”, pero no es generador de responsabilidad jurídica alguna.*

*(ii) El artículo 67 de la Ley 906 de 2004 consagra el deber general de denuncia, no obstante, lo cual, únicamente de manera excepcional se sanciona su infracción. En efecto, según el Código Penal el incumplimiento de tal obligación solo configura un delito cuando: (a) se tiene conocimiento de la utilización de menores para el proxenetismo en razón del oficio, cargo o actividad y se omite informar a las autoridades administrativas o judiciales sobre el hecho (Art. 312B); (b) el servidor público tiene conocimiento de un hecho punible que deba ser investigado de oficio y no lo informa a la respectiva autoridad (Art. 417); y (c) una persona tiene conocimiento de la comisión del delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, testaferrito, lavado de activos o proxenetismo con menores de 12 años, y no lo informa de manera inmediata a la autoridad (Art. 441).*

*(iii) El voto, aunque tiene la condición de un deber jurídico, al ser también un derecho subjetivo con una dimensión positiva y una dimensión negativa que habilita a abstenerse de ejercer las prerrogativas contenidas en él, no tiene adscrito, y no puede tenerlo, un efecto jurídico determinado por su infracción. Es por esta razón que en la Sentencia C-224 de 2004<sup>15</sup>, la Corte declaró la exequibilidad de los preceptos legales que fijaron una serie de incentivos por el cumplimiento de los deberes asociados al voto, en el entendido de que se trataba de una forma indirecta de sanción, inadmisibles con la condición sui generis de este deber jurídico.*

*4.7. En síntesis, la garantía de no incriminación se concreta en la prohibición absoluta a las autoridades públicas de forzar declaraciones, ya sea por vías directas o por medios indirectos, de las personas en contra de su cónyuge, compañero permanente o familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, incluso ante la existencia de un deber de denunciar las conductas punibles cuando el sujeto pasivo del delito sea un menor de edad y se afecte su vida, integridad personal, libertad física o libertad y formación sexual, pues es inconstitucional establecer sanciones u otras consecuencias adversas para quien se abstiene de declarar en contra de personas dentro de los grados de parentesco mencionados.*

---

<sup>14</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>15</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Así las cosas, indiscutible es que no puede obligarse a la testigo a declarar, anqué exista un deber de denunciar los delitos de abuso sexual en los que sea víctima un menor de edad, si el testigo se ampara en la garantía establecida en el artículo 33 de la Carta Política, situación que puede aplicarse válidamente para el presente caso también, así sea evidente como lo reconoce la declarante, que ya no convive con el procesado, y por lo tanto su relación de compañeros permanente hubiere cesado para el momento del juicio, pues aún mantiene un vínculo visio que prosearon una hija en común, y esta debe como se viene diciendo también protegida en su familia, cuyas relaciones indiscutiblemente se verán afectadas con la declaración de su madre en este juicio, debiendo además resaltarse que porque la señora LIDIA MILENA MORENO HIGUITA no declare, no se puede concluir que la Fiscalía pierda la posibilidad de probar su pretensión probatoria, independientemente de que la referida dama sea testigo directo de los hechos, o solo se buscara que concurriera al juicio para corroborar algunos aspectos del dicho de la menor ofendida, pues lo cierto es que en la audiencia preparatoria<sup>16</sup> se decretaron diversos medios de prueba para el Ente instructor entre los que están la declaración del médico legista, dos psicólogas, una comisaría de familia, la del señor HERNAN ANTONIO HIGUITA GRACIANO, entre otros tal y precisamente tal aspecto también es resaltado por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela transcrita en párrafos anteriores cuando indica que porque se reconozca dicha garantía no implica que se cercene la posibilidad de que la Fiscalía pueda probar sus pretensiones al indicarse lo siguiente:

*“Por lo demás, la Corte llama la atención de que los testimonios de los familiares del procesado no son las únicas pruebas decretadas en el proceso penal, pues en la audiencia preparatoria se dispuso también la declaración de los profesionales de la salud y psicólogos que atendieron a la presunta víctima menor de edad y realizaron los exámenes de rigor, de los patrulleros de la Policía que atendieron el llamado por el supuesto hecho punible y realizaron la captura del procesado, así como de los funcionarios judiciales que entrevistaron a la niña y a sus familiares. Igualmente,*

---

<sup>16</sup> Registro de audio del día 24 de abril del 2020.

*cabe resaltar que se autorizó el uso de documentos como los informes clínicos realizados y las entrevistas efectuadas con el fin de refrescar la memoria de los testigos durante el juicio<sup>17</sup>.*

*5.14. En ese sentido, para la Sala las decisiones adoptadas en el juicio oral en el sentido de aceptar las excusas de los parientes del acusado para no declarar en su contra, no pueden entenderse como una forma de negar el acceso a la justicia de la presunta víctima, pues la autoridad judicial deberá valorar las demás pruebas que se practiquen en la audiencia y adoptar la decisión que en derecho corresponda. Adicionalmente, este Tribunal advierte que al encontrarse todavía en trámite el proceso, contra el análisis de los elementos probatorios que efectuará el juez de primer grado en la respectiva sentencia, las partes podrán interponer en su debida oportunidad el recurso ordinario de apelación<sup>18</sup> y, eventualmente, también el recurso extraordinario de casación<sup>19</sup> y la acción de revisión<sup>20</sup>, con el propósito de cuestionar los aspectos que consideren contrarios a sus intereses.*

No implica entonces que el reconocer a la señora MORENO HIGUITA el derecho a no declarar en el juicio, desconozca la posibilidad que tiene la Fiscalía de probar sus pretensiones, o una vulneración indebida al interés superior de la niña presunta víctima en estas diligencias por ende la providencia materia de impugnación debe ser confirmada.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Confirmar la determinación materia de impugnación que dispuso reconocer a la señora LIDIA MILENA MORENO HIGUITA, el derecho a no declara.

---

<sup>17</sup> Como consta en el acta de la audiencia preparatoria visible en los folios 21 a 22 del cuaderno principal.

<sup>18</sup> Cfr. Artículos 176 a 179 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>19</sup> Cfr. Artículos 180 a 191 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>20</sup> Cfr. Artículos 192 a 198 del Código de Procedimiento Penal.

**SEGUNDO:** Contra esta determinación no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**  
Magistrado

**Edilberto Antonio Arenas Correa**  
Magistrado

**Nancy Ávila de Miranda**  
Magistrada

**Alexis Tobón Naranjo**  
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **a55b942fe80df7e4f6272a27ca4488c6a917eec810d27193ea9c0a30dfce61b9**

Documento generado en 23/06/2022 04:15:54 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, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 122

<b>RADICADO</b>	: 05 591 60 00343 2020 00027 (2022 0759)
<b>DELITO</b>	TRÁFICO ESTUPEFACIENTES
<b>ACUSADOS</b>	DIEGO HUMBERTO OSPINA GARCÍA NILTON ANTONIO MONSALVE MONTOYA LEIDY DAYAN GONZÁLEZ SALAZAR
<b>PROVIDENCIA</b>	: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

---

La Sala conoce del presente asunto por recurso de apelación interpuesto por el señor representante del Ministerio Público en contra de la sentencia proferida el 6 de junio de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia), mediante la cual condenó a los señores DIEGO HUMBERTO OSPINA GARCÍA, NILTON ANTONIO MONSALVE MONTOYA y LEIDY DAYAN GONZÁLEZ SALAZAR por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

### **ANTECEDENTES**

Se dice en las diligencias que los hechos ocurrieron el día 3 de junio de 2020 en el kilómetro 94 + 800, vía El Santuario Caño Alegre, sector Río Claro, momentos en los que DIEGO HUMBERTO OSPINA GARCIA, NILTON ANTONIO MONSALVE MONTOYA y LEIDY DAYAN GONZALEZ SALAZAR se desplazaban en el vehículo de placas FKC497, y en requisa realizada por servidores de la Policía Nacional, se halló en el baúl del mismo, dentro de dos llantas, sustancias estupefaciente, que luego de practicada la prueba preliminar de

laboratorio, se logró establecer que se trata de marihuana con un peso neto de 4926 gramos y cocaína con un peso neto de 998 gramos.

Por tal motivo fueron capturados y se les formuló imputación como coautores materiales del ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes de que trata el artículo 376 inciso 3º del C. Penal, en la modalidad de “transportar”, cargos que no aceptaron en su momento. Las audiencias preliminares se celebraron el 4 de junio de 2020, ante el Juez Promiscuo Municipal de Puerto Triunfo (Antioquia).

Entre las partes se celebró un preacuerdo por el cual los implicados aceptaron los cargos por el ilícito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, verbo rector transportar, en calidad de coautores, a cambio la Fiscalía para efectos de la pena ubicaría la conducta en calidad de cómplices.

### **LA DECISIÓN IMPUGNADA**

Con respecto a lo que es objeto de apelación, el A quo manifestó que con los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía se encuentra acreditada la materialidad de la conducta punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, bajo el verbo rector transportar, así mismo la coautoría y responsabilidad penal de los procesados. En consecuencia, aprobó el preacuerdo e impuso la pena acordada de 60 meses de prisión y multa de 62 SMLMV.

### **LA IMPUGNACIÓN**

1. El señor Representante del Ministerio Público, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó inmediatamente el recurso de apelación.

Sostiene:

1. La primera inconformidad es respecto a la legalidad del preacuerdo, porque se otorgó una rebaja de pena desproporcionada, esto es, no se tuvo en cuenta que la captura obró en situación de flagrancia y que ya se había presentado la acusación.

2. El segundo punto de disenso está referido a la responsabilidad penal.

Considera que en los hechos jurídicamente relevantes expresados en la imputación y en la acusación no se señalaron los elementos que permitieran afirmar la coautoría ya sea propia o impropia. No se habló de un acuerdo común, división de trabajo, importancia del aporte, identidad del delito y sujeción al plan establecido. No se definió la naturaleza en la participación de los tres involucrados, su aporte al designado criminal y no se tuvo en cuenta que el conductor al momento de la aprehensión reconoció su responsabilidad. No se dijo si las otras dos personas que lo acompañaban conocían que transportaban sustancia estupefaciente.

Hace ver que a pesar de tratarse de una sentencia fruto de un preacuerdo, ésta debe sustentarse en elementos materiales probatorios que lleven a un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad. No existen elementos respecto a González Salazar y Ospina García que permitan inferir que actuaron siquiera bajo la modalidad de coautoría impropia. No hay elementos que permitan afirmar que conocían la existencia del alcaloide en la presentación y forma como era transportado.

Solicita revocar la sentencia condenatoria frente a estas dos personas.

3. Otro punto de disenso se concreta en la materialidad de la conducta, pues el artículo 376 del Código Penal consagra un elemento normativo del tipo, esto es, que se obre sin permiso de la autoridad competente. Por tanto, considera que debía probarse que las personas capturadas carecían del permiso. Se invirtió la carga de la prueba, pues es un tema que debió demostrar la Fiscalía con certificación de alguna entidad encargada del tema de estupefacientes.

Considera que no hay delito para emitir sentencia condenatoria.

2. La señora Fiscal como sujeto no recurrente, solicita se mantenga la decisión de primera instancia en el sentido de aprobar el preacuerdo.

Considera que el preacuerdo no es ilegal, porque se aplicó una modalidad permitida en la ley, esto es, degradar la forma en que fue imputada la conducta. Los límites mencionados por el recurrente sólo se aplican a los preacuerdos simples.

Sostiene que interpretar lo contrario daría al traste con las facultades que tiene la Fiscalía en materia de negociación. De todas formas, no hay arbitrariedad porque existe un límite que está determinado con el grado de participación de cómplices otorgada y conforme a lo consagrado en el artículo 30 del Código Penal. La pena de 60 meses acordada se encuentra dentro de esos límites.

En cuanto a la determinación de los hechos jurídicamente relevantes y el ingrediente normativo, no comparte las apreciaciones del señor Representante del Ministerio Público, porque los elementos materiales

probatorios sí permitieron establecer el conocimiento de los procesados en la conducta que desarrollaban y la modalidad utilizada. Las circunstancias de tiempo y modo, la forma como venía acomodado el elemento estupefaciente y las manifestaciones por parte de los capturados son suficientes para ello. Ellos manifestaron que no tenían autorización para el transporte de la sustancia. No se requiere ninguna certificación de alguna entidad sobre la ausencia de permiso, pues las manifestaciones al momento de la captura y la forma como fue incautada la sustancia permiten establecer que no tenían autorización.

3. El señor defensor no hizo pronunciamiento.

### **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar por un lado si el preacuerdo celebrado entre las partes podía aprobarse o no, esto es, si reúne las exigencias legales para su validez. Por otra parte, si la sentencia debe revocarse ante la falta de elementos materiales probatorios que permitan demostrarla ocurrencia de la conducta punible, su tipicidad, y la responsabilidad de los acusados.

La Sala se ocupará en primer lugar del primer punto de disenso del recurrente, porque implica en caso de prosperar, la nulidad de lo actuado desde el momento en que se presentó el preacuerdo a consideración de la judicatura, lo que impide que la Corporación se entre en el análisis de las otras dos inquietudes del Representante del Ministerio Público, toda vez que su estudio exige evaluar los elementos probatorios presentados por la Fiscalía y la aceptación de cargos

emitida por los procesados, la cual por razones de la nulidad sería inexistente.

Y de una vez dirá la Sala que le asiste razón al señor Representante del Ministerio Público, porque el preacuerdo en las condiciones que fue presentado no puede ser aprobado por vulnerar el principio de legalidad. La rebaja de pena otorgada resulta a todas luces desproporcionada y muy por debajo de los límites legales, sin ninguna justificación.

Para los suscritos Magistrados, siempre ha sido claro que tanto la aceptación de cargos como los preacuerdos puestos a conocimiento de la judicatura, deben ser objeto de control judicial, pues la actividad de la Fiscalía no es discrecional y en ningún momento el orden jurídico colombiano permite que el Ente Acusador obre con completa arbitrariedad.

Así, frente a los preacuerdos, puede entenderse fácilmente que, bajo un mínimo de prueba, las partes cedan algo en sus pretensiones y acuerden la aceptación de cargos por un lado y las rebajas de pena u otras alternativas dirigidas a ese mismo fin, por el otro.

Si bien la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en algunos momentos ha expresado que el Juez no puede hacer control material de los preacuerdos, hoy día la situación ha cambiado frente a los nuevos pronunciamientos, tanto de la Honorable Corte Constitucional<sup>1</sup> como de la Honorable Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>.

Estas posiciones jurisprudenciales permiten ratificar la tesis que siempre ha venido pregonando esta Sala en el sentido de señalar que, para

---

<sup>1</sup> Sentencia SU 479 DE 2019.

<sup>2</sup> Dedición del 24 de junio de 2020. Rad. 52227, M.P. Dra Patricia Salazar Cuellar.

efectos de aprobación de los preacuerdos, el Juez debe verificar que la calificación jurídica corresponda razonablemente a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y que exista un mínimo de prueba que los soporte. Eso sí, precisando que no se trata de elementos de conocimiento semejantes a las pruebas que se obtienen en el juicio oral del trámite ordinario, esto es, bajo los principios de inmediación, publicidad, concentración y contradicción. En realidad, los elementos probatorios solo alcanzan a ser evidencias sumarias, porque no han pasado por el proceso de contradicción y de ellos no puede esperarse más que una hipótesis probable de ocurrencia.

Si bien el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal establece modalidades del preacuerdo y en el numeral 2º se dice que la aceptación de cargos puede hacerse a cambio de que la Fiscalía “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, esta disposición fue declarada exequible condicionalmente por la Honorable Corte Constitucional “en el entendido de que el fiscal, en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y de que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”<sup>3</sup>.

Por tanto, esa modalidad de preacuerdo no puede desconocer la imputación fáctica y solo, conforme con la jurisprudencia, se utiliza para efectos exclusivos de determinar el monto de la rebaja a otorgar.

La Corte<sup>4</sup> se refirió a dicha modalidad, que consiste en la posibilidad de valerse de normas penales no aplicables a los hechos imputados, con el único propósito de establecer la rebaja de pena.

---

<sup>3</sup> Sentencia C-1260/2005

<sup>4</sup> Rad. 52227. CSJ. Decisión del 24 de Junio de 2020. M.P. Dra Patricia Salazar Cuéllar.

Indicó la Corporación que:

Segundo. Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) **las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde**, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde **solo se orienta a establecer el monto de la pena**, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.(Subraya fuera de texto).

En decisión del 11 dic. 2018, Rad. 52311, la Alta Corporación precisó lo siguiente:

*Cuando las partes proponen estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, al juez le corresponde verificar si están dados los presupuestos para emitir una **sentencia condenatoria**, lo que incluye aspectos como los siguientes: (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos; (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente información; etcétera. (Se subrayó)*

Igualmente, en la decisión inicialmente citada (radicado 52227) la Honorable Corte señaló:



#### **6.2.2.2.2. El cambio de la calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena**

Esta modalidad de acuerdo es la que suele generar mayores dificultades en la práctica, tanto por la trasgresión del principio de legalidad –*en el sentido de la correspondencia entre las premisas fáctica y jurídica*– como por su utilización para conceder rebajas punitivas desbordadas.

Ello sucedió, por ejemplo, en los dos casos analizados por la Corte Constitucional en la sentencia SU479 de 2019, donde, sin ninguna base fáctica, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56 del Código Penal (*marginalidad, ignorancia o pobreza extremas*), lo que dio lugar a que la pena prevista para el porte ilegal de armas de fuego se disminuyera en un 83%, así como a una rebaja igualmente considerable en un caso de abuso sexual donde aparece como víctima una mujer con discapacidad mental.

En estos casos el debate gira en torno a dos ideas centrales: (i) si la Fiscalía puede optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos incluidos en la imputación o la acusación; y (ii) si en el ámbito de los preacuerdos y a través del cambio de calificación sin ninguna base fáctica la Fiscalía puede conceder cualquier tipo de beneficio al procesado.

Lo anterior, sin perder de vista otros aspectos relevantes, entre ellos: (i) la forma como, bajo esas condiciones, podría garantizarse la igualdad de trato y la seguridad jurídica, pues una discrecionalidad desmedida implica que cada funcionario pueda optar por la solución que considere más conveniente, sin más sujeción que su propio criterio frente a cada caso; (ii) la posibilidad de que, por esa vía, se eludan las prohibiciones legales de conceder beneficios frente a algunos delitos; y (iii) ese tipo de acuerdos suelen generar debates sobre la procedencia de los subrogados penales, lo que se acentúa cuando la calificación jurídica real tiene aparejadas prohibiciones legales, que eventualmente dejarían de operar a raíz de los cambios realizados en virtud del acuerdo.

(...)

##### **6.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo**

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene

como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (*como en el evento analizado en el numeral anterior*). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (*que no corresponden a los hechos aceptados*), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.

(...)

#### **6.2.2.2.3. Los límites al monto de los beneficios otorgados en virtud de un acuerdo consistente en el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica**

Frente a los cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a la rebaja de pena, no solo existe el debate sobre la falta de correspondencia entre los hechos y las normas elegidas.

Sin perjuicio de lo expuesto sobre el particular en los numerales anteriores, **también** debe establecerse si, bajo esa modalidad, la Fiscalía puede conceder beneficios sin ningún límite.

Según se ha venido indicando, en la SU479 la Corte Constitucional analizó dos casos que guardan similitud con el asunto sometido a conocimiento de la Sala, pues en todos ellos el cambio de la calificación jurídica dio lugar a una rebaja punitiva superlativa, equivalente a más del 80% de la pena establecida legalmente para los hechos objeto de investigación y juzgamiento.

La Corte Constitucional resaltó que (i) el cambio de calificación jurídica, cuando no tiene base fáctica, no puede ser utilizada para conceder beneficios desproporcionados; (ii) los acuerdos deben ajustarse al marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y (iii) en cada caso, los fiscales deben considerar las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación.

En tal sentido, la Corte Constitucional hizo hincapié en que la actuación de los fiscales está regida por el concepto de discrecionalidad reglada, conforme al cual deben armonizarse el necesario margen de maniobrabilidad para la solución temprana de los casos y la sujeción a la Constitución Política, la ley y las directrices trazadas por la Fiscalía General de la Nación.

(...)

Lo anterior confirma, además, que aunque los jueces no controlan materialmente la imputación y la acusación (*en el momento de la actuación en que ocurren estas actuaciones*), tienen amplias facultades para constatar los presupuestos fácticos y jurídicos de las decisiones que las partes les solicitan, precisamente porque las mismas son expresión del ejercicio jurisdiccional, tal y como se explicó en el numeral 6.2.2.1.

(...)

Lo anterior, que se ha expuesto a título meramente enunciativo, le permite a la Sala abordar lo concerniente a los límites que tienen los fiscales para conceder beneficios en virtud de los acuerdos que celebren con el procesado, puntualmente cuando ello se hace a través del cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, con la única finalidad de disminuir la pena, sin perjuicio de la incidencia que ello puede tener en los subrogados y otros aspectos penalmente relevantes.

Al respecto, la Sala encuentra que la Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de los beneficios que pueden otorgársele a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad.

Sin embargo, todos ellos están sometidos a límites, incluso cuando el procesado no solo contribuye a la pronta solución de su caso, sino además cuando colabora “**eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada**” (causal 5ª de principio de oportunidad), como también cuando “*sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes...*” (causal 6ª).

(...)

En esa misma línea, la Sala advierte que el allanamiento unilateral a cargos, así como otras modalidades de acuerdo que no impliquen el cambio de calificación jurídica, tienen límites puntuales en el ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, si el allanamiento a cargos ocurre en la formulación de imputación, comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena. Si el procesado toma esa decisión en el juicio oral, la rebaja será de una sexta parte. En estas normas subyace un parámetro objetivo para establecer el monto de la rebaja punitiva, según el cual la misma debe ser mayor cuando la decisión del procesado de optar por la terminación anticipada de la actuación entraña menos desgaste para el Estado.

Bajo la misma lógica, el artículo 352 establece límites para los acuerdos ocurridos con posterioridad a la acusación, mientras que el artículo 351 prohíbe la concesión de beneficios plurales.

(...)

En todo caso, no puede perderse de vista que los beneficios más amplios, en el ámbito de la colaboración con la administración de justicia, están reservados para quienes prestan este tipo de colaboraciones. Así, podrá tenerse una mirada sistemática del ordenamiento jurídico, que permita comprender los límites de las concesiones en sede de preacuerdos.

(...)

En este orden de ideas, a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es **negativa**.

Lo contrario implicaría aceptar que todas las formas de concesión de beneficios, menos esa, están sometidas a controles compatibles con el concepto de discrecionalidad reglada. Igualmente, aceptar una discrecionalidad ilimitada en ese ámbito implicaría entender, por ejemplo, que los beneficios para quien colabora eficazmente para desarticular una banda de delincuencia organizada están sujetos a la estricta reglamentación atrás enunciada, mientras que los otorgados a una persona para la “*solución*” de su caso operan sin ningún límite ni control, lo que trasgrede la más elemental idea de proporcionalidad, sin perjuicio de la afectación de la igualdad, la seguridad jurídica y, en general, la sujeción a la Constitución Política y la ley.

En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la

administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes

Como puede verse nuestro orden jurídico no permite que el Fiscal al momento de otorgar rebajas de pena vía preacuerdos tenga total discrecionalidad. Tal facultad está sometida a límites, siendo el primero de ellos el consagrado en la ley procesal penal que establece unas rebajas conforme con la etapa en la que se presente el preacuerdo, siendo diferente también, cuando se trata de captura en flagrancia.

Ahora, conforme con la jurisprudencia podría aceptarse rebajas mayores, pero bajo los parámetros señalados por el Alto Tribunal.

En el presente caso, en el preacuerdo simplemente se otorga una rebaja superior a la establecida legalmente, teniendo en cuenta la situación de flagrancia en que ocurrió la captura y el momento procesal en que se presenta el preacuerdo (ya presentado el escrito de acusación y la audiencia de acusación se celebró el 26 de octubre de 2020) sin ninguna argumentación que permita verificar que el monto otorgado no resulta arbitrario, por lo que el A quo debió improbar el preacuerdo. La pena mínima por el delito imputado la establece la ley en 96 meses de prisión y con la máxima rebaja que puede efectuarse en el momento en que fue presentado el preacuerdo (8.33%) la pena no podría ser inferior a 88 meses de prisión.

En consecuencia, se declarará la nulidad de lo actuado desde el momento en que fue aprobado el preacuerdo suscrito entre las partes, el cual se imprueba por violación al principio de legalidad. La situación

jurídica de los procesados vuelve a su estado anterior y, por tanto, se cancelará la orden de captura emitida con razón a la sentencia recurrida.

Como se advirtió, lo decidido impide que la Corporación estudie las otras inconformidades del recurrente que obligan valorar los elementos materiales probatorios entregados por la Fiscalía y una emisión legal de voluntad manifestada por los procesados.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, resuelve DECLARAR LA NULIDAD DE LO ACTUADO desde el momento en que fue aprobado el preacuerdo suscrito por las partes, el cual se imprueba por vulnerar el principio de legalidad. Se ordena cancelar la orden de captura emitida por la sentencia recurrida.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE,

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: **3eb304ece09a7250cb6c521db7e308762dc0aad8bed39d50487c8f6efa8f0f02**

Documento generado en 24/06/2022 04:55:47 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, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 123

---

<b>RADICADO</b>	: 05 034 60 00323 2021 00022 (2022 0783)
<b>DELITOS</b>	HOMICIDIO Y TENTATIVA DE HOMICIDIO
<b>ACUSADO</b>	DAIRO DE JESÚS ÁLVAREZ RUIZ
<b>PROVIDENCIA</b>	: INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA

---

La Sala conoce del presente asunto por recurso de apelación interpuesto por el Representante de la Víctima en contra del auto proferido el 7 de junio de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Andes (Antioquia), mediante el cual aprobó preacuerdo presentado por las partes.

### **ANTECEDENTES**

Se dice en las diligencias que el 13 de febrero de 2021, en horas de la noche, en el corregimiento Santa Inés, vía pública, jurisdicción del municipio de Andes (Antioquia), se presentó una discusión entre varias personas entre ellas DAIRO DE JESÚS ÁLVAREZ RUIZ, ROBINSON ERNEY RESTREPO SALAZAR y DUVÁN ALEJANDRO VARGAS SIERRA. En esos hechos falleció el señor ROBINSON ERNEY RESTREPO SALAZAR y resultaron lesionados DAIRO DE JESÚS ÁLVAREZ RUIZ y DUVÁN ALEJANDRO VARGAS SIERRA.

Se afirma también que el señor Robinson Erney de un momento a otro comenzó a empujar al Dairo de Jesús Álvarez Ruiz y ponerle problema, lo insultaba y le decía que si le daba miedo pelear con un hombre. Robinson le estalló una botella en la cara a Dairo y éste se



defendió con una navaja y lesionó a Robinson. Posteriormente, el señor Duván Alejandro se fue contra Dairo y esgrimió un cuchillo para agredirlo, por lo cual el señor Dairo también al defenderse lesionó con arma blanca a Duván en el pecho.

El 24 de octubre de 2021 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Andes (Antioquia) se legalizó la captura y se formuló imputación de cargos al señor DAIRO DE JESÚS ÁLVAREZ RUIZ como autor material del concurso de conductas punibles de homicidio simple y tentativa de homicidio simple.

Las partes presentaron a consideración del Juez Penal del Circuito de Andes (Antioquia) un preacuerdo en el cual el señor DAIRO DE JESÚS ÁLVAREZ RUIZ acepta los cargos endilgados a cambio que la Fiscalía reconozca como causa de atenuación punitiva el exceso en la legítima defensa. Se acordó una pena de prisión de 6 años en prisión domiciliaria.

El señor abogado de los familiares del ahora occiso Robinson Erney Restrepo Salazar, en su calidad de apoderado de víctimas, se opuso al preacuerdo, porque considera que la pena pactada es irrisoria y que se está concediendo la prisión domiciliaria ilegalmente toda vez que el mínimo a tener en cuenta es el del homicidio simple que supera el monto establecido en el numeral primero del artículo 38 B del Código Penal. No se aprestigia la administración de justicia con la pactado.

### **LA DECISIÓN IMPUGNADA**

El señor Juez decidió aprobar el preacuerdo, porque lo encontró ajustado a la legalidad.

Afirmó que la Fiscalía allegó todos los elementos probatorios que cumplen con el mínimo para la aprobación. Se observaron con las garantías fundamentales del procesado.

En lo que tiene que ver con los términos del preacuerdo hubo mutación de la tipicidad propuesta en la audiencia de imputación y bajo el escrutinio de los elementos materiales probatorios se propone la configuración la causa atenuante el exceso en causal de justificación. La Fiscalía es clara en advertir un fundamento fáctico para reconocer la disminuyente. Por ello, en su criterio se abre paso la concesión sustitutiva de la prisión domiciliaria.

Sostiene que el preacuerdo con base fáctica determina la posibilidad de concesiones sustitutivas en la medida en que la contraprestación si puede ser tenida en cuenta para los baremos de esas concesiones. No se trata de una situación caprichosa arbitraria sino debidamente argumentada. No se ofrece irrazonable y que desprestigie la administración de justicia.

## **LA IMPUGNACIÓN**

1. El señor apoderado de los familiares del ahora occiso Robinson Erney Restrepo, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Insiste en que el preacuerdo vulnera las garantías fundamentales de las víctimas.

Se queja porque el Juez abrió un espacio para subsanar la irregularidad que detectó en la elaboración del preacuerdo, porque en la audiencia la fiscalía no se pronunció sobre las inquietudes de las víctimas, lo que considera irregular.

Sostiene que el preacuerdo va en contravía de las finalidades del instituto, establecidas en el artículo 348 del C.P.P., específicamente no aprestigia la administración de justicia.

Para su criterio, existe una interpretación errónea de la Jurisprudencia. Se imputó un concurso de hechos de homicidio simple y tentativa de homicidio simple y con los mismos elementos se viene ahora a reconocer un exceso en la legítima defensa, lo que va en contravía del principio de legalidad, pues si existían esos elementos probatorios la calificación jurídica debió hacerse así en la imputación. El preacuerdo no es el momento procesal para hacer acreedor al procesado de lo que debía incluirse en la imputación.

Considera que la Fiscalía no señaló en que consistía la supuesta legítima defensa y el cambio no es más que una ficción jurídica únicamente para efectos punitivos, no por mutación de la tipicidad porque iría en contravía de la imputación. La Fiscalía expresó que los testigos tenían posiciones diversas pero que podía inferir la legítima defensa.

Reitera que la pena pactada es irrisoria y que no podía además acordarse la prisión domiciliaria al no cumplirse con lo previsto en el artículo 38 B del Código Penal.

Por otra parte, afirma que no se tuvo en cuenta el cuestionamiento sobre la entrega del arma blanca al procesado, lo que implicaba la participación de otra persona. Si bien ello no es una agravante si es una circunstancia de mayor punibilidad.

Solicita revocar la decisión del A quo y no aprobar el preacuerdo.

2. El señor Fiscal, como sujeto no recurrente, solicita se confirme la decisión del Juez de conocimiento.

Afirma que la Fiscalía fue clara en que antes de la audiencia de verbalización del preacuerdo se había tomado contacto con el apoderado de la víctima para hablar del mismo y convinieron que la oposición se presentaría en la audiencia de aprobación del preacuerdo. No se dijo los puntos exactos de disenso, pero el juez dio el espacio y allí no se tomó decisión de fondo, para subsanar la situación, para que la fiscalía escuchara y diera sus argumentos en caso de sostener el preacuerdo.

Por otra parte, expresó que el Juez hizo un análisis de la línea jurisprudencial y concluyó que sí podía hacerse el preacuerdo con fundamento fáctico.

Sostiene que el acusado recibió un ataque injusto. Se dijo la forma como se defendió, así no se hubiera mencionado al testigo, pero se indicaron los elementos materiales probatorios.

Considera que hay progresividad en la etapa investigativa y la calificación jurídica provisional se puede cambiar. No se presentó

escrito de acusación sino directamente el preacuerdo. Se puede avalar el preacuerdo porque se tiene base fáctica.

3. Por su parte, el señor defensor del procesado, dice que el apoderado de la víctima cree que este espacio procesal se asemeja a un juicio, donde se traen unos elementos de prueba para controvertirlos y poder el despacho fundamentarse en ellos para aprobar el preacuerdo, desconociendo que el preacuerdo es una forma de terminación anticipada en favor del procesado y el derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas están plenamente garantizados en el acto procesal aprobado. Solicita mantener en firme la decisión.

4. El apoderado de las otras víctimas no hizo pronunciamiento.

### **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si el preacuerdo presentado entre las partes puede o no aprobarse.

En primer lugar, debe decirse que frente al debido proceso y las garantías de las víctimas en cuanto a su participación en la elaboración del preacuerdo, la Sala no observa irregularidad, pues en la audiencia quedó claro que la Fiscalía socializó los términos del preacuerdo antes con los apoderados de las víctimas y si bien en un comienzo no se pronunció sobre la oposición presentada, esto se debió a que el apoderado de las víctimas sólo dio a conocer su criterio en la audiencia celebrada para la aprobación. Por ello, el juez decidió hacer uso de sus facultades para corregir la situación y suspendió la audiencia y fijó nueva fecha, para que en el interregno las Víctimas y

la Fiscalía tuvieran la oportunidad de discutir los términos del preacuerdo y la oposición. Tal proceder no es irregular, porque desde un principio el Ente Acusador permitió a las víctimas su participación.

Para los suscritos Magistrados, siempre ha sido claro que tanto la aceptación de cargos como los preacuerdos puestos a conocimiento de la judicatura, deben ser objeto de control judicial, pues la actividad de la Fiscalía no es discrecional y en ningún momento el orden jurídico colombiano permite que el Ente Acusador obre con completa arbitrariedad.

Así, frente a los preacuerdos, puede entenderse fácilmente que, bajo un mínimo de prueba, las partes cedan algo en sus pretensiones y acuerden la aceptación de cargos por un lado y las rebajas de pena u otras alternativas dirigidas a ese mismo fin, por el otro.

Si bien la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en algunos momentos ha expresado que el Juez no puede hacer control material de los preacuerdos, hoy día la situación ha cambiado frente a los nuevos pronunciamientos, tanto de la Honorable Corte Constitucional<sup>1</sup> como de la Honorable Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>.

Estas posiciones jurisprudenciales permiten ratificar la tesis que siempre ha venido pregonando esta Sala en el sentido de señalar que para efectos de aprobación de los preacuerdos, el Juez debe verificar que la calificación jurídica corresponda razonablemente a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y que exista un mínimo de prueba que los soporte. Eso sí, precisando que no se trata de elementos de conocimiento semejantes a las pruebas que se obtienen

---

<sup>1</sup> Sentencia SU 479 DE 2019.

<sup>2</sup> Dedición del 24 de junio de 2020. Rad. 52227, M.P. Dra Patricia Salazar Cuellar.

en el juicio oral del trámite ordinario, esto es, bajo los principios de inmediación, publicidad, concentración y contradicción. En realidad, los elementos probatorios solo alcanzan a ser evidencias sumarias, porque no han pasado por el proceso de contradicción y de ellos no puede esperarse más que una hipótesis probable de ocurrencia.

Si bien el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal establece modalidades del preacuerdo y en el numeral 2º se dice que la aceptación de cargos puede hacerse a cambio de que la Fiscalía “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, esta disposición fue declarada exequible condicionalmente por la Honorable Corte Constitucional “en el entendido de que el fiscal, en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y de que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”<sup>3</sup>.

En el presente caso, se ha utilizado como modalidad de preacuerdo la establecida en el numeral 2º del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta que el Ente Acusador pudo obtener elementos materiales probatorios indicativos de la presencia de una causal de atenuación punitiva, esto es, el exceso en una causal de justificación, específicamente, el exceso en la legítima defensa.

El señor Fiscal al momento de narrar los hechos, dejó claro que el señor Robinson Erney Restrepo Salazar comenzó a empujar al procesado, Dairo de Jesús Álvarez Ruíz, con el fin de que peleara con él, situación que Dairo pretendió evitar. El administrador del lugar en donde estaban los sacó a la calle y allí el señor Robinson continuó con la agresión y estalló una botella en la cara de Dairo por lo cual éste se

---

<sup>3</sup> Sentencia C-1260/2005

defendió con una navaja. También se señaló que el señor Duván Alejandro se fue en contra de Dairo a agredirlo con un cuchillo y por ello, Dairo también para defenderse lo lesionó con el arma blanca que tenía.

Así las cosas, es claro que el Ente Acusador al momento de hacer la imputación fáctica que va a fundamentar el preacuerdo, describió adecuadamente las circunstancias que le permiten adecuar la conducta como Homicidio Simple y Tentativa de Homicidio Simple realizados con exceso en una de las causales de ausencia de responsabilidad, específicamente, la contemplada en el artículo 32 numeral 6.

Igualmente, la Fiscalía presentó elementos materiales probatorios que apoyan la imputación fáctica y su calificación jurídica, con lo que se cumple con el mínimo probatorio exigido por el orden jurídico.

El señor David Chaverra Ossa en entrevista aseguró que “el flaco” (Robinson) le buscaba pelea a “Chócolo” (Dairo) lo insultaba y le decía que le daba miedo pelear con un hombre, Chócolo lo evitaba y el otro lo empujaba muy duro, por ello salió de la administración y los sacó del establecimiento.

El señor Duván Alejandro Vargas Sierra (uno de los lesionados) afirmó que el vio a Dairo y Robinson salir de la discoteca “Noche de Luna” discutiendo y se manoteaban. En ese instante vio como Robinson le pegó un botellazo en la cara a Dairo y éste reaccionó violentamente y de inmediato le dio puñaladas a Robinson. Dairo salió huyendo hacia donde él estaba y por eso se le acercó, lo detuvo y ahí Dairo le propinó una puñalada.



El señor Alex Restrepo Ledesma afirmó que cuando llegó al lugar, el señor Dairo le estaba pegando una puñalada a su papá Robinson, se fue a defenderlo y le pegó a Dairo una patada en el pecho, cuando trató de levantarse le pegó otra patada en la cara. Un amigo que estaba con su padre le pegó con una silla, otro amigo de su padre, llamado Duván preguntó que le había pasado a Robinson y quien había sido, entonces le indicó quién y de una sacó una navaja y se fue encima del hombre que atacó a su papá y cuando Duván trató de pegarle una puñalada, Dairo respondió e hirió a Duván en el pecho.

Nelson Arlex Jaramillo Guzmán en entrevista contó que cuando llegó al lugar, vio a Dairo que le pegó una puñalada a su tío Robinson. Alex corrió a defenderlo y le pegó una patada a Dairo, quien cayó al piso y al levantarse, Alex le logró pegar otra patada. Un amigo le pegó con una silla y lo tumbó. Otro amigo de su tío preguntó y se fue donde Dairo, sacó una navaja y se dirigió a pegarle y le cortó la cara, pero Dairo le pegó una puñalada.

Como puede verse fácilmente, existen elementos materiales probatorios mínimos que permiten sustentar la imputación fáctica realizada por la Fiscalía en el preacuerdo que hace las veces de acusación. Y el representante de las víctimas, recurrente, no atina a señalar cuáles otros elementos materiales probatorios no tenidos en cuenta, podrían derruir las inferencias realizadas por el Ente Acusador.

Ahora, la calificación jurídica de los hechos realizada en la audiencia preliminar de imputación es provisional y determinados aspectos fácticos pueden ser modificados al momento de presentar la acusación

ya porque sean simples circunstancias que no inciden en la punibilidad o porque se trata de aspectos que favorezcan al procesado.

En ese orden de ideas, es evidente que el preacuerdo no comporta irregularidad alguna o vulneración al principio de legalidad, pues la Fiscalía está facultada para variar la imputación, siempre y cuando la narración fáctica tenga soporte mínimo probatorio y su calificación jurídica corresponda a la prevista en el ordenamiento jurídico.

Si bien la Honorable Corte Suprema de Justicia en decisión del 24 de junio de 2020, radicado 52227, M.P. Dra. Patricia Salazar Cuellar, no se pronunció sobre la legalidad de preacuerdos como el presente sometido a consideración de la judicatura, si dio pautas importantes que pueden tenerse en cuenta para su aprobación.

En esa decisión, la Alta Corporación expresó:

En todo caso, no puede perderse de vista que en el trámite ordinario el juez no controla materialmente el acto de imputación o acusación en el momento de la actuación donde ocurren estas actividades de parte, pero, al emitir la sentencia, verifica que la propuesta factual de la Fiscalía haya sido demostrada más allá de duda razonable y realiza un examen exhaustivo sobre el respeto del principio de legalidad.

Bajo las anteriores premisas y en atención a lo expuesto por la Corte Constitucional sobre esta temática, esta Sala también ha resaltado el carácter progresivo de la actuación penal, lo que justifica, precisamente, la posibilidad de introducir en la acusación algunas modificaciones a la premisa fáctica delimitada en la imputación, así como la viabilidad de modificar la calificación jurídica durante el llamamiento a juicio (CSJSP, 5 jun 2019, Rad 51007, entre otras).

De otro lado, la Sala también se ha referido al rol de la defensa en el actual sistema de enjuiciamiento criminal. Al respecto, ha destacado la posibilidad de proponer hipótesis factuales alternativas (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175; CSJSP, 5 dic. 2019, Rad. 55651; entre otras), así como de llevar a cabo los actos de investigación que considere pertinentes para obtener el respaldo de las mismas.

Sobre esa base, ha concluido que el tema de prueba está conformado por la hipótesis factual de la acusación y por las hipótesis alternativas que propone la defensa, cuando opta por esa estrategia (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599, entre muchas otras).

En la misma línea, ha resaltado que existe duda razonable si concurren (*con la hipótesis de la acusación*) propuestas factuales que desvirtúen la responsabilidad penal, siempre y cuando puedan ser catalogadas como verdaderamente plausibles, esto es, que tengan un soporte razonable en las pruebas practicadas en el juicio oral (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175; CSJSP, 4 dic. 2019, Rad. 55651; entre otras).

Lo anterior permite comprender que antes del juicio oral, e incluso desde el inicio de la actuación penal, pueden coexistir hipótesis que impliquen mayor o menor responsabilidad penal de una persona en particular, lo que puede abarcar debates de todo orden, desde la negación de la conducta hasta la concurrencia de circunstancias de menor punibilidad o eximentes de responsabilidad.

Si bien es cierto el juicio oral es el escenario natural para debatir ese tipo de asuntos, también lo que es que en las fases previas el Estado debe tomar decisiones relevantes acerca de las hipótesis factuales y su fundamento. Ello sucede, por ejemplo, cuando la Fiscalía realiza el “juicio de imputación” (Art. 287) y el “juicio de acusación” (Art. 336), o cuando los jueces de control de garantías verifican el primer requisito para la imposición de una medida de aseguramiento, previsto en el artículo 308, consistente en que “*de los elementos materiales y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta que se investiga*”.

(...)

Ante este panorama, es razonable que la concurrencia de hipótesis factuales, en las fases previas al juicio, sea uno de los escenarios propicios para la celebración de acuerdos entre las partes, con las limitaciones estudiadas en los siguientes numerales.

Lo anterior permite concluir: (i) cuando se habla de los “*hechos del caso*”<sup>4</sup> como referente para la celebración de acuerdos, no puede perderse de vista que se trata de hipótesis, sometidas a diferentes estándares a lo largo de la actuación penal; (ii) para hacer la imputación, la Fiscalía debe verificar el estándar establecido en el artículo 287, y debe hacer lo propio para decidir sobre la acusación, según los lineamientos del artículo 336; (iii) si el juicio de imputación y/o el juicio de acusación arrojan como resultado una hipótesis favorable en algún sentido al procesado –*por ejemplo, que el homicidio se cometió bajo estado de ira, su intervención fue a título*

---

<sup>4</sup> Como se les denomina en varias oportunidades en la SU479 de 2019

*de cómplice y no de autor, se trató de un delito de hurto y no de peculado, etcétera-*, la inclusión de esos aspectos no constituyen un beneficio, sino la sujeción al principio de legalidad; (iv) los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, que corresponde a lineamientos básicos de la Constitución Política, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida *–según el estándar previsto para cada fase-*, sin importar que ello dé lugar a situaciones favorables del procesado, porque, visto de otra manera, les está vedado *“inflar”* la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos; (v) es posible que luego de formulada la imputación, en virtud de la progresividad inherente a la actuación, la Fiscalía deba ajustar los cargos, lo que en algunos casos puede perjudicar al procesado *–como en los eventos analizados en el fallo con radicado 51007<sup>5</sup>-*, pero en otros puede favorecerlo, como cuando, luego de la imputación, se establece que el homicidio ocurrió bajo circunstancias de menor punibilidad; (vi) esos cambios pueden producirse por su propia actividad investigativa o por la información que logre recopilar la defensa *–cuando opta por compartirla para que la hipótesis inicial sea corregida-*; y (vii) es igualmente posible que en las fases anteriores al juicio la defensa

---

<sup>5</sup> Sobre la posibilidad de introducir modificaciones a la premisa fáctica de la imputación, en dicho fallo se concluyó:

“Frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación: (i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (iii) cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de adicionarla; (iv) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; (v) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva; y (vi) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo”.

plantee hipótesis alternativas fundadas, así, a juicio de la Fiscalía, no tengan el respaldo “*probatorio*” suficiente para modificar la hipótesis factual de la imputación a la luz de los lineamientos de los artículos 287 y 336.

(...)

#### **6.2.2.2.2.2. El cambio de la premisa fáctica incluida en la imputación**

(...)

Se trata, sin duda, de una problemática sustancialmente diferente, porque no atañe a la aplicación de una norma que no corresponde a los hechos (*como en el evento analizado en el numeral 6.2.2.2.2*), sino a la modificación de la premisa fáctica, que apareja el respectivo cambio de la calificación jurídica.

Según se indicó en el numeral 6.2.2.2.1, el carácter progresivo de la actuación puede dar lugar a que los hechos descritos en la imputación sufran modificaciones, que pueden resultar favorables o desfavorables al procesado. Ello, sin perjuicio de la consonancia fáctica que debe existir entre la imputación y la acusación (CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007).

En el trámite ordinario, la Fiscalía puede realizar esas modificaciones en la acusación, en los términos analizados en el fallo 51007, lo que, valga la repetición, en algunos eventos puede resultar favorable al procesado, como cuando se incluye una circunstancia de menor punibilidad que por alguna razón no había sido considerada en la imputación.

Ello podría presentarse, por ejemplo, cuando la Fiscalía imputa el delito de homicidio, porque al momento de la audiencia regulada en los artículos 286 y siguientes del C.P.P. solo cuenta con evidencias e información legalmente obtenidas atinentes a que el imputado fue quien causó la muerte. Sin embargo, en desarrollo del programa metodológico logra establecer, bajo las mismas exigencias, que el sujeto activo actuó ante la provocación grave e injusta de la víctima. Bajo esas condiciones, la defensa podría estar interesada en que se ajusten las premisas fáctica y jurídica, en orden a que el procesado se someta a una condena anticipada a cambio de un beneficio en particular.

Incluso puede suceder que la calificación jurídica se modifique sin que haya sido cambiada la premisa fáctica y sin que ello implique un beneficio para el procesado –*en el contexto de los acuerdos*–, como cuando el fiscal advierte que las normas que seleccionó frente a los hechos incluidos en la imputación son equivocadas.

Frente a ese tipo de situaciones, la Sala ha hecho hincapié en la necesidad de que la Fiscalía aclare si el cambio de las premisas fáctica y jurídica corresponde a un beneficio o al hecho de ajustar el

caso al ordenamiento jurídico (CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007; entre otras).

En estos casos, si se hacen las respectivas aclaraciones y demostraciones (*por ejemplo, explicar el sustento “probatorio” de la premisa fáctica modificada*), debería existir suficiente claridad acerca de cuáles cambios obedecen al ajuste del caso a la estricta legalidad y cuáles son las concesiones o beneficios producto del acuerdo.

Lo que insinúa el impugnante es un poco más complejo, porque se refiere a la posibilidad de cambiar (*sustancialmente*) los hechos de la **acusación**, para solicitarle al juez que emita la condena por una hipótesis factual alternativa, que tiene aparejada una calificación jurídica diferente, mucho más favorable para el procesado.

La Sala no emitirá un pronunciamiento de fondo sobre la viabilidad legal de esa modalidad de acuerdo, porque el caso sometido a su conocimiento se resuelve bajo las reglas analizadas en el numeral 6.2.2.2.1.

(...)

Lo anterior guarda coherencia con el hecho de que el allanamiento a cargos y los acuerdos (*y, por regla general, el principio de oportunidad*) solo procedan a partir de la formulación de imputación, bajo el entendido de que esta solo es viable si “*de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la imputación legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”.

Por tanto, si el fiscal realiza el juicio de imputación con plena observancia de este límite material, no debe tener mayor dificultad para cumplir el requisito previsto en el artículo 327. Con mayor razón, cuando los acuerdos se celebran después de la acusación, toda vez que esta solo procede si “*de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se puede afirmar, **con probabilidad de verdad**<sup>6</sup>, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe*” (Art. 336)

De otro lado, la norma también está orientada a garantizar, en la medida de lo posible, los derechos de las víctimas, especialmente en lo que concierne a conocer la verdad. Sin embargo, ello no puede lograrse en el mismo nivel que lo permitiría el juicio oral, precisamente porque estas formas de terminación anticipada de la actuación penal implican la supresión de esa fase del proceso. En el mismo sentido, y en el contexto del principio de oportunidad, la Corte Constitucional se refirió al sentido y alcance del estándar previsto en el artículo 327, aplicable tanto a esa figura como a los preacuerdos:

*En efecto, la aplicación de cualquiera de las causales del artículo 324, exige un principio de verdad respecto de la autoría y la tipicidad*

---

<sup>6</sup> Negrillas añadidas.

*de la conducta, como quiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, para que el fiscal sopesa la pertinencia de aplicar el principio de oportunidad.*

*Al respecto, es imposible exigir la convicción que sólo puede resultar después de concluido el juicio. El propio artículo 327 establece que para la aplicación del principio de oportunidad es necesario que haya “un mínimo de pruebas que permita inferir la autoría o la participación en la conducta y su tipicidad.” De lo contrario, no se respetaría la presunción de inocencia que el mismo artículo prohíbe “comprometer”. De otro lado, exigir certeza sobre la autoría y la tipicidad plantearía el dilema de adelantar la investigación y el proceso penal hasta un momento tal que el principio de oportunidad perdería su razón de ser (C-209 de 2007).*

De la jurisprudencia transcrita puede deducirse que los acuerdos tendientes a darle una calificación jurídica a la conducta punible sin fundamento fáctico no están permitidos, pero sí es posible que en la acusación (y el preacuerdo hace las veces de acusación) la Fiscalía introduzca cambios a la premisa fáctica que favorezcan al procesado, sobre todo si se trata de circunstancias de atenuación punitiva que no desconozcan el núcleo fáctico de la imputación. Eso sí conforme con los elementos probatorios recaudados y dando la calificación jurídica que realmente corresponde a la conducta evidenciada.

Y esto último es lo que precisamente ocurre en el presente preacuerdo, pues la Fiscalía señala que hay fundamento fáctico para reconocer una circunstancia de atenuación punitiva, por lo cual hace la correspondiente corrección de la premisa fáctica y debido a ello el procesado acepta los cargos y se acuerda una pena determinada. Además, como consecuencia del cambio en la premisa fáctica se habilita la concesión del sustituto penal de la prisión domiciliaria, pues el mínimo de la pena para tener en cuenta es el establecido por el delito atenuado y no por el delito de homicidio simple. No se trata de una ficción jurídica o que las partes pretendan darles a los hechos una

calificación jurídica que no corresponde con miras a rebajar la pena, sino de introducir un cambio en la premisa fáctica que tiene sustento probatorio.

Así las cosas, tuvo razón el A quo al impartir aprobación al preacuerdo presentado y la decisión será confirmada.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, resuelve **CONFIRMAR** decisión del Juez Penal del Circuito de Andes (Antioquia), objeto de impugnación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Esta decisión se considera notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Las diligencias volverán al Despacho de origen para que continúe con el trámite procesal.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE,

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: **c53f645e1738c969d5dde382103d48285c5fe5542b3e61cea2b225212c4fde77**

Documento generado en 24/06/2022 04:55:57 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, veintinueve (29) de junio de dos mil veintidós (2022)**

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

PROCESO: 05 001 60 00715 2016 00873 (2019 1518)  
DELITO: EXTORSIÓN  
ACUSADA: DIANA PATRICIA MOROS URIBE  
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

---

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada en contra de la sentencia proferida el 06 de noviembre de 2019, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ a la señora DIANA PATRICIA MOROS URIBE por el delito de EXTORSIÓN.

**ANTECEDENTES**

Se dice en las diligencias que el 26 de diciembre de 2016, en la dependencia de archivo y correspondencia del municipio de Santa Rosas de Osos, Janet Avendaño recibió una comunicación dirigida a la Alcaldesa del municipio, doctora María del Carmen Roldán, en la que se hacía una exigencia económica de \$200.000.000 de pesos para no denunciarla ante los organismos de control, pues según la comunicación, recibía dividendos de los contratos que había suscrito el municipio con empresas como CONSULCON SAS, CARLOS GIOVANNY URIBE, GERARDO Y NICOLÁS GALLEGO S.A. También

hacía referencias amenazantes contra su hija. Las amenazas se repitieron por correo electrónico, señalando lugares para la entrega del dinero.

La señora alcaldesa puso la situación en conocimiento de agentes del GAULA, quienes organizaron una entrega para el 6 de marzo de 2017 en las inmediaciones de la iglesia San Marcos del Municipio de Envigado. Para la entrega estuvo la patrullera Yurani Andrea Cuervo a quien se le acercó una mujer adulta y recibió el paquete. En las afueras de la iglesia esta persona fue capturada y resultó ser Diana Patricia Moros Uribe.

El 7 de marzo de 2017, ante el Juez Treinta y Nueve Penal Municipal de Medellín, fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso pasó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos en donde el 28 de julio de 2017 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 20 de octubre de 2017 y el juicio oral se desarrolló los días 23 de noviembre de 2017, 20 y 21 de febrero, 26 de julio de 2018, 4 de abril, 2, 9 y 16 de septiembre y 6 de noviembre de 2019. En esta última fecha se leyó la sentencia condenatoria.

## **LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA**

El A quo expresó que la tentativa de extorsión se configuró cuando a la señora alcaldesa se le remitieron no sólo la comunicación del 26 de diciembre de 2016, sino también desde el correo electrónico angelarenas1970@hotmail.com las comunicaciones amenazantes e intimidatorias.

Señaló que es cierto que no se pudo establecer procesalmente el origen de los mensajes, ni quién los emitió. Sin embargo, no significa que no exista el constreñimiento y que no pueda afirmarse que “un tercero, persona u organización” fue la autora de la emisión de estos comunicados.

Resaltó que el objetivo o fin perseguido del constreñimiento era obtener la suma de 200 millones de pesos y para ello se le impuso a la alcaldesa varios lugares de entrega. En el último, fue capturada en situación de flagrancia la señora Diana Moros Uribe.

Luego, pasó a analizar los argumentos de descargo, pues la procesada justificó su presencia para reclamar el dinero por una insuperable coacción ajena.

Señaló que, de acuerdo con la versión de la inculpada, quien la coaccionó se comunicó con ella solo tres veces a través de dos correos y un papelito. Hace ver que las supuestas instrucciones dadas a la procesada para reclamar el dinero distan de las que le dieron a la víctima para su entrega y a pesar de ello, la procesada acudió en la forma como se le dijo a la víctima.

Igualmente, resaltó que conforme con la declaración de la patrullera Yurani Andrea Cuervo Rúa, encargada de la entrega, la procesada se acercó cuando estaba sentada en la banca dentro de la iglesia y al momento de recibir el paquete preguntó que cuánto había, a lo cual le responde que no sabe el monto que hay. Para el A quo dicho interrogante denota el interés de establecer la cantidad. Cantidad de dinero que era el objetivo del constreñimiento a la alcaldesa.

Explicó que el actuar de la procesada no correspondió al de una persona coaccionada que actuara bajo estrictas instrucciones. Tenía elementos adicionales que no fueron dados en los correos y que no tendría por qué saber, a menos que los conociera por otros medios, de manera directa, por ejemplo.

Sostuvo que si bien, no se pudo acreditar que la procesada haya emitido los correos amenazantes sí participó en un componente estructural de la extorsión y es su contribución en la obtención del provecho ilícito.

Además, hizo ver que lo encontrado dentro del celular de la enjuiciada, sí hay una referencia específica con la extorsión y es que en un correo dirigido a la alcaldesa se le escribió el 2 de marzo que “mañana viernes 3 de marzo será el día” “a las 7 de la noche, diagonal a la iglesia San Marcos...” Ese día no se pudo realizar la entrega, por ello, ese día 3 de marzo el extorsionista le escribió a la alcaldesa a las 8:50 “responde si dejo a esta señora allá”. 3 minutos después en el chat de la señora Diana a través de Facebook, envía este mensaje a su hijo Freiren Bravo: “le dije que respondiera a ver si dejaba a la persona que tengo allá esperando”. Luego la señora Diana le escribió a su hijo

a las 8:53:46 “Le voy a pedir el celular” y a las 8:55 el extorsionista le dice a la alcaldesa “dame tu número de celular yo te llamo”.

Así mismo, en unos de los correos, específicamente el del 23 de febrero a las 6:27 se le dice a la alcaldesa, entre otro, lo siguiente “Que tu amiga lleve el maletín a la sede de Civilambiente en Bello, el lunes 26 de febrero a las 7 am. Créeme que sabremos si lo llevas y cuando ese maletín está allá serás libre...”.

Se preguntó el A quo por qué llevarlo a Civilambiente el lugar de trabajo de la procesada Diana Moros en Bello y posteriormente se modifica el lugar para Envigado en la Iglesia de San Marcos cerca del lugar de residencia de la procesada.

¿También se preguntó por qué se chantajeó a la alcaldesa con información privilegiada que posee la procesada y son pagos de los contratos que Civilambiente tenía con la alcaldía de Santa Rosa de Osos?

Consideró entonces que existen serios indicios en contra de la procesada. Concluyó que se demostró su responsabilidad a título de cómplice, pues no se logró demostrar procesalmente que fuera la persona que orquestó y emitió las comunicaciones extorsivas, pero sí se pudo revelar su participación voluntaria y su contribución con el propósito o el móvil que era la obtención del provecho económico.

## **LA IMPUGNACIÓN**

1. El señor defensor de la procesada, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Insiste en que su prohijada actuó bajo causales de ausencia de responsabilidad, específicamente contemplada en los numerales 8 y 9 del artículo 32 de la ley 599 de 2000, esto es, actuar por insuperable coacción ajena y obrar por miedo insuperable.

Argumenta que conforme con lo declarado por el intendente Wilber Arnulfo Gaviria Álvarez, perito, ingeniero de sistemas, no se pudo vincular de ninguna manera el celular incautado a la señora Diana Patricias Moros Uribe con alguno de los mensajes extorsivos a la alcaldesa. Tampoco fue posible identificar la procedencia del correo por el cual se hizo la extorsión. Se concluyó que se hizo desde Argentina. No se halló ningún vínculo entre quien firmaba la extorsión Ángel Arenas con la procesada. No se demostró que hubiese realizado la extorsión.

Sostiene que en muchas ocasiones el modus operandi de estas organizaciones es utilizar a personas inocentes para presentarse a reclamar el dinero fruto de la extorsión.

Afirma que fue con el testimonio de la propia procesada que la teoría del caso de la defensa se fundamentó y con él se logra demostrar que su defendida realizó su única actuación dentro de este proceso cobijada por una ausencia de responsabilidad debido a que actuó coaccionada por un miedo insuperable.

Transcribe la declaración de la procesada en el juicio oral para afirmar que allí se puede evidenciar que actuó bajo insuperable coacción ajena y además impulsada por un miedo insuperable. Miedo de perder lo más grande en su vida que son sus hijos. No entiende por qué el A quo dice que no se demostró, cuando qué más miedo de aquél que siente una madre por perder sus hijos ante una serie de amenazas externas, situación que solo ella pudo sentir y vivir. Sí se pudo demostrar la coacción en la extorsión frente a la alcaldesa y ambas fueron coaccionadas por la misma persona o correo y, por tanto, se pregunta si no se genera una falta de igualdad de aplicación de la ley.

Agrega que durante el interrogatorio la procesada pudo leer el correo donde se daban órdenes claras, del cómo, cuándo y dónde debía presentarse a cumplir la tarea que se le había encomendado y como en caso de negarse podían atacar contra su vida, la de sus hijos o su familia. Amenazas que no fueron de poca trascendencia, porque el remitente conocía aspectos muy importantes de la señora Diana, su familia y sus hijos.

Asegura que no se pudo demostrar la contribución de manera dolosa de parte de la señora Diana Patricia Moros, por el contrario, se logró evidenciar al igual que la alcaldesa que la señora Diana fue constreñida so pena de sufrir un daño o menoscabo a su vida o la de sus hijos.

Se queja de la investigación de la Fiscalía pues en su criterio se quedó corta a pesar de tener todos los medios técnicos y forenses para realizar una investigación exhaustiva de los mensajes, llamadas y correos electrónicos con el fin de dar con los responsables de dichas exigencias extorsivas.



En consecuencia, solicita se revoque la sentencia y se absuelva a su defendida.

2. El señor Representante de la Víctima, como sujeto no recurrente, solicita confirmar la sentencia impugnada.

Sostiene que el recurrente no ataca los argumentos del A quo, sino que dispersa su recurso en lo que bien pudo ser su teoría y su estrategia defensiva a lo largo del juicio. Admite que su defendida fue capturada en flagrancia cuando recibía el dinero producto de la extorsión y alega una coacción, pero deja de lado que nunca quiso denunciar.

Afirma que los argumentos del A quo son claros y precisos y hace un análisis no solo fáctico sino jurídico para determinar la participación y el grado con que se vincula a la señora Moros Uribe a esta conducta.

3. El señor Fiscal 039 delegado, también como sujeto no recurrente, sostiene que la determinación de la falladora es lógica y única consecuencia posible del devenir procesal y el caudal probatorio que se logró introducir al juicio.

Sostiene que en la información recuperada al teléfono celular de la procesada se encontró una referencia directa con el delito por el que se procede y también en comunicación que hizo a su hijo. Igualmente, que la procesada por laborar en Civilambiente tenía información respecto de las actividades y condiciones económicas de la doctora María del Carmen, misma información que fuera la base para estructurar la extorsión. La acusada en ningún momento refiere que le hubieran dicho que el dinero lo iban a llevar a su lugar de trabajo. No

se entiende cómo se enteró de las últimas instrucciones dadas a la víctima para cumplirlas a cabalidad si simplemente le entregaron un papelito en el que decía que era el día. También cuando recibió el dinero preguntó cuánto había allí, lo que mostró el interés y conocimiento directo de lo que estaba haciendo. La captura en flagrancia como una serie de indicios llevan necesariamente a concluir que la señora Diana Patricia Moros Uribe tuvo participación directa y voluntaria en el hecho que se le atribuye.

Insiste en que la defensa no probó las causales de exoneración que alega, pues si su defendida tuvo algún tipo de amenazas, contó con el tiempo suficiente para buscar protección. El resto no es más que una excusa baladí, sin fundamento que no puede destruir o desvirtuar el valor probatorio de los medios de conocimiento que la incriminan. El mero dicho de la acusada no es suficiente para acreditar la coacción.

### **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si pudo o no demostrarse que la señora Diana Patricia Moros Uribe participó en la comisión de la conducta punible de extorsión del que fuera víctima la señora María del Carmen Roldán, por obrar bajo insuperable coacción ajena que le produjo un miedo insuperable.

En cuanto a la insuperable coacción ajena, la Honorable Corte Suprema de Justicia razonó de la siguiente forma<sup>1</sup>:

### **2.1. Sobre la insuperable coacción ajena como circunstancia de inculpabilidad**

Bien es sabido que la atribución de responsabilidad parte de la base de que la conducta punible haya tenido realización con conocimiento y voluntad o, lo que es lo mismo, con inteligencia y libertad.

Cuando la comisión del comportamiento prohibido se encuentra precedida de violencia material o moral por parte de una fuerza exterior que proviene de un tercero, de modo que se anule la libertad del agente y, a manera de instrumento, se vea constreñido, de forma francamente insuperable, a ejecutar un acto no espontáneo que su voluntad no admitiría jamás, sino fuera porque ha sido privado bajo amenaza de su facultad de decisión, se está ante la circunstancia de inculpabilidad, descrita en el numeral 8º del artículo 32 del Código Penal.

De tiempo atrás, nuestro ordenamiento penal acogió como causa de exculpación, disculpa o ausencia de responsabilidad, la coacción ajena, siempre que ella sea insuperable (artículo 32.8 del Código Penal), circunstancia que excluye la culpabilidad y, por tanto, la reprochabilidad subjetiva de la conducta prohibida.

Así, se ha establecido que hay inexigibilidad penal subjetiva respecto del comportamiento impulsado por el apremio insuperable de un tercero –o *vis compulsiva* exculpante-, cuando el sujeto pasivo de la coerción conoce y entiende que el acto impelido por la fuerza –física o psíquica (moral)- es ilícito, pero lo ejecuta movido por el constreñimiento grave, intencional, ilícito, inminente o actual e irresistible de otro sujeto.

De este modo, la conducta es antijurídica, porque encaja en una prohibición típica y no está cubierta por ninguna causa de justificación, pero debido a una presión subjetivamente insoportable para la determinación o motivación conforme a la norma –accesibilidad normativa del sujeto en el hecho- o para la libertad de decisión o actuación, se tiene que la acción u omisión no le es penalmente exigible al individuo.

Se trata, pues, de una acción externa de naturaleza violenta que incide sobre la voluntad del agente, es decir, en «*la facultad del entendimiento que mueve al ser humano a obrar conscientemente*» (CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 36615), de forma tal que, en esas circunstancias, la inculpabilidad solo es predicable de quien ve menguada su capacidad volitiva o su libertad de decisión, por razón

---

<sup>1</sup> CSJ. Sala de Casación Penal. Decisión del 5 de mayo de 2021. Radicado 51.779. M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera.

de la aplicación de dicha coerción extrema, y se ve impelido a realizar la conducta reprochada para proteger un derecho propio o ajeno, siempre que no exista otro mecanismo o procedimiento menos perjudicial para evitar el daño antijurídico.

Esa coacción, así esbozada, se insiste, suprime o perturba la capacidad espontánea de autodeterminación y, en consecuencia, elimina el juicio de reprochabilidad, pues no cabe predicar culpabilidad cuando no es posible exigir del sujeto activo un comportamiento diverso, bajo un contexto de presión insoportable ejercida por parte de un tercero.

Sobre el tema en examen, la Corte ha sostenido (CSJ SP 24 oct. 2007, rad. 22005):

*2. Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, la insuperable coacción ajena como causal de ausencia de responsabilidad prevista por el artículo 32, numeral 8°, de la Ley 599 de 2000 (antes causal de inculpabilidad de acuerdo con el artículo 40 del Decreto 100 de 1980), para que constituya circunstancia eximente de responsabilidad debe consistir en un acto de violencia moral verdaderamente irresistible generada por un tercero, que tenga por causa un hecho absolutamente ajeno a la voluntad del agente, que lo obligue a ejecutar aquello que no quiere, sustentado en el miedo o en el temor y la voluntad de evitarse el daño amenazado.*

*Dicho de otra manera, la insuperable coacción ajena supone la existencia de una 'vis compulsiva', es decir, que la persona no procede, porque es actuada, es perfectamente determinada por esa coacción de la que no puede liberarse y que domina totalmente su voluntad que podría llevarla a actuar de una manera diversa a la que fuera fruto de su propia auto determinación que ha perdido de manera total.*

*En síntesis, para predicar la existencia de la insuperable coacción ajena deben concurrir los siguientes presupuestos, a saber:*

*a) Que haya peligro inminente, es decir, que no sea futuro o incierto, pero sí serio o inevitable por otro medio.*

*b) Que se advierta un mal que para el violentado sea de naturaleza más grave que el que puede ocasionar con la comisión del hecho ilícito propuesto.*

*c) Que no pueda ser evitado sino realizando ese hecho prohibido por la ley, es decir, que la conducta ilícita no haya sido consentida previamente.*

*En esas condiciones, la coacción se erige en el empleo de la fuerza física o síquica presente o futura sobre una persona para lograr de ella un comportamiento de acción o de omisión, que en otras circunstancias voluntariamente no realizaría.*

Con mayor amplitud, la Sala dilucidó en pasada oportunidad (CSJ SP 22 jul. 2009, rad. 27277):

*2.1. La insuperable coacción ajena se origina en la acción de un tercero que constriñe la voluntad de otro mediante violencia física o psíquica (o moral), para que ejecute un comportamiento típico de acción o de omisión que sin tal sometimiento no realizaría; en otras palabras, el sujeto activo no goza de las condiciones para gobernar a plenitud su voluntad ya que su libre autonomía está dominada por la compulsión del coaccionador. En esta causal se configura, en primer término, la acción injusta e intencional de quien coacciona para someter a otro, y en segundo, la reacción psíquica del doblegado quien padece los efectos emocionales de la coacción, merced a la cual comete el hecho típicamente antijurídico sin reflejar en él un acto de su verdadera voluntad o su espontaneidad, la exoneración de la culpabilidad se afianza, no en la supresión absoluta de la voluntad, sino en la reducción del ámbito de la libre autodeterminación.*

*Hay violencia física actual cuando el poder sojuzgador del tercero se manifiesta a través de actos que inciden biológicamente y de manera directa en la víctima de la dominación (por ejemplo, cuando mediante tormento físico se le obliga al comportamiento antijurídico, en este evento la víctima sucumbe o se somete a los designios del tercero para no seguir sufriendo el daño que padece); en cambio, en la violencia psíquica actual, la energía del coaccionador se traduce en maniobras que no alcanzan físicamente al compelido (tal es el caso, por ejemplo, de quien apunta con su arma a otro para que éste accione la suya contra cierta persona, o de aquél al que le retienen un ser querido para obligarlo a que cumpla con el acto ilícito impuesto por el captor).*

**Las amenazas son ciertamente una modalidad de coacción psíquica o moral, en tanto que consisten en el anuncio serio formulado a otro de un daño injusto, grave e inminente contra un bien legítimo propio (por ejemplo, la vida o el patrimonio económico), o de las personas estrechamente unidas a él. La forma de violencia es la amenaza y su efecto el miedo, no es físicamente perceptible el acto constrictivo porque se obra a través del intelecto con base en la representación mental que hace el compelido del mal que sobrevendrá, de esta manera el coaccionado acepta ejecutar el hecho ilícito impuesto por el coaccionador para no sufrir el perjuicio que éste le pronostica.**

*Se diferencia, entonces, esa violencia de las otras dos modalidades, en que en aquellas existe una actuación externa, tangible, que vulnera física o psíquicamente al coaccionado obligándolo a ejecutar la voluntad antijurídica del coaccionador, con el fin de no seguir sufriendo el daño que padece o de que cese la maniobra que moralmente doblega su voluntad, en tanto que en ésta el mal no se ha causado, ya que opera por el temor serio y fundado que siente el compelido frente al ulterior agravio de sus bienes, o de personas allegadas a él por especiales motivos, lo cual lo obliga a actuar en el*

*sentido que le indica quien le formula la amenaza para evitar que se produzca el daño advertido.*

*Importa aclarar que en tratándose de esta causal de ausencia de responsabilidad, para efecto de la culpabilidad, la fuerza física o psíquica (moral) que da forma al acto de coacción, no elimina la facultad de acción, sino que coarta la libertad, sirviendo de instrumento motivador para que otro obre determinado por el apremio del mal injusto y grave que padece, o que sufrirá en un futuro inmediato.*

*Lo antes precisado permite afirmar que esa causal de inculpabilidad exige reunir los siguientes requisitos:*

*a) Configuración de actos constrictivos graves ejercidos intencional e ilícitamente por otra persona;*

*b) Actualidad de la coacción, esto es, que la voluntad del compelido debe ser subyugada como resultado inmediato de la violencia física o síquica, o de las amenazas que padece; implica una relación biunívoca: que el constreñimiento esté presente y sea la causa directa del sojuzgamiento del sujeto activo, y*

*c) Insuperabilidad de la coacción, es decir, que no pueda dominarse o vencerse, que sea irresistible; empero, esa condición normativa fijada en el precepto es relativa, pues para establecerla debe atenderse la gravedad del acto constrictivo, las condiciones personales del coaccionado y las posibilidades de liberarse de la coacción por otros medios, en aras de concluir si un ciudadano común o promedio en esas mismas circunstancias habría actuado igual, pues aunque la ley no exige a sus destinatarios actitudes heroicas en situaciones extremas, tampoco privilegia la cobardía o debilidad del carácter para tolerar que una persona dócilmente se rinda ante la más insubstancial actitud dominadora de otra.*

*En cada caso corresponde valorar si, observadas aquellas particularidades, el sujeto que alega la coacción exculpante podía y debía contrarrestarla o evadirla para eludir el comportamiento antijurídico que pretendía imponérsele, o si, por el contrario, no le era exigible conducta distinta de la de someterse a la voluntad ilícita del coaccionador; si lo primero, deberá responder penalmente de su acto; si lo segundo, la responsabilidad desaparecerá por falta de culpabilidad. (Subrayas y negrillas no originales)*

Conforme con lo anotado, para reconocer como causal excluyente de responsabilidad el obrar bajo insuperable coacción ajena, es indispensable que en el juicio se logre demostrar, en primer lugar, la acción realizada por un tercero tendiente a subyugar la voluntad del agente a través de ejercer violencia material o moral con la capacidad

suficiente de anular su libertad, de forma francamente insuperable. Debe tratarse de una acción externa de naturaleza violenta que incide en la voluntad del agente que no permite su autodeterminación por la existencia de un peligro grave e inminente (no futuro o incierto) inevitable de otra manera que no sea accediendo a la voluntad del tercero, esto es, que sea irresistible, imposible de dominarse o vencerse conforme con las condiciones que rodean los hechos.

Para determinar la inevitabilidad o imposibilidad de resistirse debe hacerse un análisis de las condiciones personales del agente, pero bajo la óptica del ciudadano común o promedio, de tal forma que se pueda concluir que le era o no exigible actuar de otra forma.

En el caso concreto, quedó demostrado que la señora Diana Patricia Moros Uribe fue sorprendida en el momento en que recibía un paquete que simulaba la entrega de un dinero exigido por las amenazas extorsivas de que fuera víctima la señora María del Carmen Roldán. La misma procesada en su declaración deja ver que tenía claro que conocía que su conducta no era lícita y que recibía un paquete por una situación ilegal. Igualmente, se demostró que cuando lo recibió preguntó cuánto había en el paquete, lo que denota claramente el conocimiento de la conducta punible que estaba realizando.

Por lo anterior, es que la defensa esgrimió como teoría que su defendida obró bajo insuperable coacción ajena. Pero para demostrar su aserto, únicamente llevó al juicio la propia declaración de la inculpada.

El A quo hizo un análisis del material probatorio recaudado y señaló que las manifestaciones de la procesada no eran de recibo, pues

encontró que tenía conocimiento de la conducta ilícita que estaba desplegando, ya que sabía que iba a recibir un dinero y preguntó cuánto había en el paquete. También porque conforme con sus dichos recibió dos correos y una nota con las directrices para recoger la encomienda, las cuales no coincidieron para el momento en que realmente el hecho se presentó, de lo cual se pudo deducir que ella conocía con claridad lo que se estaba realizando en contra de la señora María del Carmen y las instrucciones que la persona que la amenazaba le daba.

El recurrente en sus argumentaciones no se refiere a estas razones expuestas por el A quo para no creer en las manifestaciones de la inculpada y, además, pretende que con el solo dicho de su prohilada se tenga como demostrada, no sola la existencia de la coacción de un tercero, sino también la calidad de insuperable.

Como puede verse fácilmente, ni se demostró la coacción y menos que ésta tuviera el carácter de insuperable. Nótese que la procesada supuestamente recibió amenazas a través de correos electrónicos y luego un papel, sin que pudiera determinar quién pretendía ejercer presión sobre ella y bajo amenazas de recibir un daño futuro e incierto no inminente e inevitable de otra manera. Cualquier ciudadano en su lugar, bajo esas mismas circunstancias, tendría la oportunidad de acudir ante otras personas a pedir ayuda y protección. La comisión de la conducta punible, bajo las condiciones en que se estaba dando la supuesta presión, no se veía como la única alternativa para no sufrir el supuesto mal anunciado. Además, no deja de llamar la atención que la supuesta persona que le dio instrucciones para recibir el paquete ni siquiera le insinuó cómo le haría llegar a ella el producto de la



extorsión, lo cual no es normal que se realice cuando se utiliza a otras personas como instrumentos para la comisión del delito.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

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 CONFIRMAR la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

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: **287a70dd8a9b7331e36796126e53b353bf7d4bc23b38a486758b8b4a2e675f28**

Documento generado en 29/06/2022 04:59:48 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, cinco (5) de julio de dos mil veintidós (2022)

**Radicado CUI** 05154 60 00361 2017 00087  
**Radicado Interno** 2020-0878-3  
**Delito** Concusión  
**Procesado** Pedro Elkin Cano Arenas

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VIERNES QUINCE (15) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL VEINTIDÓS (2022), A LAS DIEZ DE LA MAÑANA (10:00 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: **b3d8360d7740608d3a984112a529d6674432545cdede5f89bccfed0cbc82feec**

Documento generado en 05/07/2022 04:25:58 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, cinco (5) de julio de dos mil veintidós (2022)

**Radicado CUI** 05440 60 00288 2019 00049  
**Radicado Interno** 2021-0924-3  
**Delito** Hurto agravado  
**Procesado** Jhon Fredy Ortiz Úsuga

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VIERNES QUINCE (15) DE JULIO 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: **ccf7e414dcc2b358e8475deedce6ff48d30861fc233f799f688451dda307f423**

Documento generado en 05/07/2022 04:23:40 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, cinco (5) de julio de dos mil veintidós (2022)

**Radicado CUI** 05021 60 00261 2019 80060  
**Radicado Interno** 2022-0829-3  
**Delito** Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes  
**Procesado** Felipe Del Valle Balbín

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VIERNES QUINCE (15) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL VEINTIDÓS (2022), A LAS NUEVE Y TREINTA DE LA MAÑANA (09:30 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: ee80f4e270e8843a2785e606e6f1ddaee64d0065f87b77672027407f47aa89a4

Documento generado en 05/07/2022 04:23:13 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:** 050002204000202200254

**NI:** 2022-0822-6

**Accionante:** JAIME DE JESÚS LÓPEZ FUENTES Y MARLENE SALAZAR MARTÍNEZ

**Accionados:** FISCALÍA 41 ESPECIALIZADA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

**Decisión:** Niega

**Aprobado Acta No:** 105 de julio 5 del 2022

**Sala**

**No:** 6

Magistrado Ponente:

**Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Medellín, julio cinco del año dos mil veintidós

### **VISTOS**

Procede esta Corporación a resolver la acción de tutela que interponen los señores Jaime de Jesús López Fuentes y Marlene Salazar Martínez reclamando la protección de los derechos fundamentales que en su sentir le viene siendo vulnerado por parte de la Fiscalía 41 Especializada de Extinción de Dominio.

### **LA DEMANDA**

Manifiestan los demandantes que la Fiscalía 41 Especializada en Extinción de Dominio, por medio de resolución de medidas cautelares del 15 de mayo de 2020, ordenó como medida cautelar la suspensión del poder dispositivo sobre el predio denominado “La Milena” de propiedad del señor Jaime de Jesús López Fuentes identificado con el folio de matrícula 034-846665, y el predio “Finca la Alameda” de propiedad de Marlene Salazar Martínez identificado con el folio de matrícula 034-23430.

Señala que el despacho fiscal encausado presentó demanda de extinción de dominio de fecha 12 de noviembre de 2020. Seguidamente por medio de auto del 8 de marzo de 2021 el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de Antioquia inadmitió la demanda. Aun así, pese haberse subsanado, por medio de auto del 19 de marzo de 2021 el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de Antioquia rechazó la misma, omitiendo pronunciarse sobre las medidas cautelares ordenadas por el ente acusador.

Trascurridos más de 13 meses, en la actualidad no existen demandas de extinción de dominio que persigan a los bienes inmuebles antes mencionados, tampoco juez competente que conozca sobre otras acciones judiciales iniciadas por el despacho fiscal demandado.

Presentan la acción de tutela en virtud de la afectación al mínimo vital, a las condiciones de vida que han sostenido. Además, porque las medidas cautelares según los términos de ley deben hacerse por 6 meses, o mientras exista proceso, pero no existe proceso y la medida lleva más del doble del término establecido.

Manifiestan que se encuentran casados, adquirieron los bienes con recursos propios producto de ahorros familiares, por el ejercicio profesional como docente y concejal en algunos periodos. Resaltan que presentan una especial condición de salud, la cual los obliga a practicarse constantemente exámenes médicos de manera particular.

Como pretensión constitucional, insta por la protección a sus derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia y dignidad humana y mínimo vital y en ese sentido se deje sin efecto la resolución de medidas cautelares calendada el 15 de mayo de 2020 proferida por la Fiscalía 41 Especializada en Extinción de Dominio. En caso de no ser procedente esta pretensión, ordenar a la fiscalía demandada la expedición de la resolución por medio de la cual se ordene el levantamiento de las medidas cautelares

excepcionales, por haberse superado el término establecido en el artículo 89 del Código de Extinción de Dominio.

### **TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO**

Esta Sala mediante auto del día 17 de junio de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar a la Fiscalía 41 Especializada de Extinción de Dominio, en el mismo auto se ordenó la vinculación del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Antioquia.

**La Dra. Clara Esmeralda Vargas Gaitán Fiscal 41 Especializada en Extinción de Dominio**, señaló que dentro del radicado 110016099068201701962, el día 15 de mayo del año 2020 decretó medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo de embargo y secuestro de varios bienes muebles e inmuebles de propiedad de los señores Jaime de Jesús López Fuentes, Marlene Salazar Martínez, Fernando Claros y otros, dado que la fiscalía cuenta con elementos materiales probatorios que indican que esas propiedades estuvieron relacionadas con las autodefensas Gaitanistas y posteriormente con algunos miembros del *“Clan del Golfo”*

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Antioquia, inadmitió la demanda y posteriormente la rechazó por falta de algunos requisitos de forma, así las cosas, elaboró la nueva demanda, pero involuntariamente se olvidó remitirla, aun así, esa no es una razón para levantar unas medidas cautelares sobre unos bienes que según el criterio de la fiscalía están relacionados con un grupo armado organizado.

Cuestiona lo manifestado por los accionantes, en cuanto refieren violación al derecho al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, pues no han acudido al juez competente para que se revisen las medidas cautelares tal como lo establece los artículos 111 y siguientes de la Ley 1708 del año 2014.



En relación con el mínimo vital que aseguran los accionantes se les ha vulnerado, pues el señor Jaime de Jesús López Fuentes se desempeña como directivo docente en el cargo de coordinador de la Institución Educativa San Vicente del Congo del Municipio de Turbo (Antioquia).

Arguye que el legislador estableció el mecanismo procesal idóneo para la revisión formal y material de las medidas cautelares ordenadas por la Fiscalía, consistente en el control de legalidad que es posterior, rogado, reglado y escrito. Finalmente solicitó se declare improcedente la acción de tutela interpuesta por los señores Jaime de Jesús López Fuentes y Marlene Salazar Martínez.

**La Dra. Penélope Sánchez Noreña secretaria del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Antioquia**, por medio de oficio N 206 calendado el 21 de junio de 2022, manifestó que el 16 de diciembre de 2020, la Fiscalía 41 Especializada en Extinción de Dominio presentó para iniciar el juzgamiento el proceso bajo radicado 110016099068201701962, con una pretensión extintiva de dominio respecto a los bienes identificados con folios de matrícula inmobiliaria N° 034- 846665 y 034-23430.

Así que el 8 de marzo de 2021, profirió auto N 059 por medio del cual inadmitió la demanda de extinción de dominio presentada por la Fiscalía 41 Especializada, otorgándose un término de 5 días, a efectos de subsanar dicho trámite.

Seguidamente, el 26 de marzo de 2021, el despacho fiscal encausado por medio de correo electrónico, presentó escrito con las correcciones de la demanda. No obstante, encontró que la Fiscalía no atendió de manera precisa lo requerido, así que por medio de auto N 024 del 19 de marzo de 2021 rechazó la demanda. Decisión que quedó en firme el 23 de marzo del mismo año.

Posteriormente, el 21 de junio de 2022 en el curso del presente trámite constitucional, la Fiscalía 41 radicó nuevamente la demanda en ese despacho judicial.

Si bien, la demanda fue rechazada, dicho procedimiento no lleva consigo el levantamiento de las medidas cautelares. Por ende, nuevamente la Fiscalía recobró sus facultades y funciones jurisdiccionales, siendo dicha entidad quien debe resolver si archiva, presenta nuevamente requerimiento de extinción de dominio o si solicita la improcedencia con respecto a los aludidos bienes.

Finalmente, dado que no existe vulneración alguna a derechos fundamentales por parte de ese despacho judicial solicita la desvinculación del presente trámite.

## **CONSIDERACIONES**

### **Competencia**

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

### **La solicitud de amparo**

En el caso bajo estudio los señores Jaime de Jesús López Fuentes y Marlene Salazar Martínez solicitaron se amparen en su favor los derechos fundamentales, presuntamente conculcados por parte de la Fiscalía 41 Especializada en Extinción de Dominio, en el entendido de dejar sin efecto la resolución de medidas cautelares del 15 de mayo de 2020 proferida por la fiscalía encausada. Así pues, de no ser procedente lo anterior, se ordene a la fiscalía 41 expida resolución por medio de la cual se decrete el levantamiento

de las medidas cautelares excepcionales, por haberse superado el término establecido en el artículo 89 del Código de Extinción de Dominio.

### **Naturaleza de la acción**

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

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

### **De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales**

Como regla general se tiene establecida la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, por cuanto las sentencias constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley, por el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos, la garantía del principio de seguridad jurídica y, además, por la autonomía e

independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático<sup>1</sup>.

En torno a la procedibilidad de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia STP2897-2019, Radicación Nro. 103412 del pasado 07 de marzo del 2019, señaló:

*“La doctrina constitucional ha sido clara y reiterativa en señalar que cuando se trata de providencias judiciales el amparo constitucional solamente resulta procedente de manera excepcional, pues, como regla general la inconformidad de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales ha de ser planteada y debatida en forma oportuna, a través de los medios de impugnación instituidos en los códigos de procedimiento para tal fin.”*

*“En ese orden, la presente acción constitucional, está sometida a las condiciones de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales, a saber:”*

*“De orden general, en virtud de las cuales es necesario: (i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) que el actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (v) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela.”*

*“De carácter especial, que supeditan la concesión del amparo a que aparezca probada la ocurrencia de alguno de los siguientes vicios o defectos: orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente o violación directa de la Constitución (CC C-590/05 y T-488/14, entre otras.”*

### **Del caso 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

---

<sup>1</sup> Sentencia C-590 de 2.005. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

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.

Ahora bien, se extracta de la petición constitucional que elevan los señores Jaime de Jesús López Fuentes y Marlene Salazar Martínez, quienes protestan ante la Fiscalía 41 Especializada en Extinción de Dominio con el fin de dejar sin efectos la resolución de medidas cautelares del día 15 de mayo de 2020. Así mismo, solicita que de no ser procedente lo anterior se ordene a la Fiscalía 41 Especializada expida resolución por medio de la cual se ordene el levantamiento de las medidas cautelares por superarse el término establecido en el artículo 89 del Código de Extinción de Dominio.

En primero lugar, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional en contra de providencias judiciales.

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

En cuanto al carácter subsidiario de la acción de tutela, al efecto y conforme al requisito de la *subsidiariedad*, el cual se establece cuando el accionante para

la protección de sus derechos fundamentales no dispone de otro medio de defensa judicial, a no ser, 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. Consecuente con lo anterior, un medio judicial es idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales.

En ese sentido se vislumbra que los afectados cuentan con otros medios judiciales idóneos para la protección de sus derechos fundamentales, pues le corresponde a los interesados agotar todos los medios judiciales ordinarios y extraordinarios que tenga al alcance para procurar la defensa de sus derechos fundamentales, que, para el caso concreto, se encuentra establecido en los artículos 111 y siguientes de la ley 1708 del año 2014 Código de Extinción de Dominio, el cual preceptúa lo siguiente:

***“ARTÍCULO 111. Control de legalidad a las medidas cautelares. Las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no serán susceptibles de los recursos de reposición ni apelación. Sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones podrán ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.***

*“Cuando sea necesario tomar una medida cautelar en la etapa de juzgamiento, el Fiscal General de la Nación o su delegado lo solicitará al juez competente, quien decidirá con arreglo a este Código.”*

Encuentra la Sala que el pretender controvertir el trámite surtido por el despacho fiscal encausado, no resulta posible mediante el mecanismo excepcional de la acción de tutela, pues esta acción fue instituida por el constituyente como un mecanismo excepcional, lo que quiere decir que no fue creada como un mecanismo sustituto de los demás procedimientos establecidos para cada actuación, o que esta sea considerada como una

instancia adicional a la que se pueda acudir para dejar sin efecto decisiones tomadas en el desarrollo normal de cualquier proceso.

En cuanto al requisito de la *inmediatez*, se tiene, que la resolución que cuestiona, se profirió por el fiscal demandado desde el 15 de mayo de 2020; así las cosas, puede considerarse que, desde la fecha aludida, hasta la fecha de interponer la presente acción de tutela, han transcurrido más de 2 años, lapso que esperaron los accionantes para pretender activar el mecanismo constitucional, lo cual no denota la urgencia e inminencia requerida, es por eso no se cumple con el presente requisito. Además, que desdibuja la inminencia de la protección y afectación al mínimo vital. Por tanto, no realizaron actividades tendientes al levantamiento de las medidas cautelares con antelación.

Por otro lado, en cuanto a la pretensión subsidiaria, pretenden los demandantes se le ordene a la Fiscalía 41 Especializada de Extinción de Dominio la expedición de la resolución por medio de la cual se ordene el levantamiento de las medidas cautelares, este pedimento no es procedente, pues el juez de tutela no puede desplazar la jurisdicción ordinaria en el cumplimiento propio de sus funciones. Maxime, cuando no se advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues mientras el proceso se encuentre en curso, cualquier solicitud deberá elevarse ante ese escenario.

Tampoco aprecia la Sala que en los argumentos que exponen los actores 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; y ahora como si la acción de tutela fuera una segunda instancia pretenden que se revise tal pronunciamiento, situación que de manera alguna está contemplada como motivo que válidamente admita una acción de tutela contra providencias judiciales.

Circunstancias por las cuales el amparo incoado que se están atacando en esta oportunidad, no es procedente, pues se insiste, el Juez de Tutela no puede soslayar las competencias asignadas a las diferentes autoridades judiciales.

Así las cosas, queda claro que el amparo incoado por los señores Jaime de Jesús López Fuentes y Marlene Salazar Martínez, deberá NEGARSE por improcedente.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE**, la solicitud de amparo elevada por los señores Jaime de Jesús López Fuentes y Marlene Salazar Martínez, en contra de la Fiscalía 41 Especializada en Extinción de Dominio; de conformidad con las consideraciones plasmadas en precedencia.

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

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

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**  
Magistrado

**Edilberto Antonio Arenas Correa**  
Magistrado

**Nancy Ávila de Miranda**  
Magistrada

**Alexis Tobón Naranjo**  
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **84dd3b9d50c357d1e74fc6d0c751a3a88ad6bcc9cdc681552129936a7b95ff7f**

Documento generado en 05/07/2022 04:14:06 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 N°:** 056153104003202200023 **NI:** 2022-0787-6  
**Accionante:** JORGE ANDRÉS GARZÓN OSPINA  
**Accionado:** OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS  
PÚBLICOS DE MARINILLA  
**Asunto:** Consulta incidente de desacato  
**Decisión:** Confirma  
**Aprobado Acta N°:** 105 de julio 5 del 2022 **Sala**  
**No.:** 06

Magistrado Ponente:

**Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Medellín, julio xxx del año dos mil veintidós

### VISTOS

Consulta el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) la providencia del 20 de mayo del año que avanza, por la cual sancionó por desacato al fallo de tutela de la referencia al señor William Cohen Miranda Registrador de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla.

### TRÁMITE DEL INCIDENTE

Mediante escrito allegado al referido Despacho judicial el señor Jorge Andrés Garzón Ospina, da cuenta del incumplimiento por parte de la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Marinilla, frente a la sentencia de tutela proferida el día 30 de marzo de 2022, que amparó su derecho fundamental de petición.

El Juez *a-quo* en auto del 27 de abril de 2022, procede, antes de dar inicio al respectivo trámite incidental, a requerir al señor William Cohen Miranda en calidad de Registrador de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de

Marinilla, con el fin de que procediera a dar cumplimiento al fallo de tutela objeto de este trámite. Conforme a las labores de notificación, se evidencia constancia de envío de la misma a la dirección de correo electrónico [ofiregismarinilla@supernotariado.gov.co](mailto:ofiregismarinilla@supernotariado.gov.co).

Al no recibirse respuesta al requerimiento, el Juez *a-quo* procede mediante auto del día 6 de mayo de 2022, a dar apertura al respectivo incidente de desacato por incumplimiento al fallo de tutela, en contra del señor William Cohen Miranda en calidad de Registrador de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla, concediéndole un término de 3 días para que procediera a informar la razón del incumplimiento de lo dispuesto en el fallo, donde se tutelaron los derechos invocados por el señor Jorge Andrés Garzón Ospina.

Ante el silencio de la entidad incidentada, el Juez de instancia procedió el pasado 20 de mayo de la presente anualidad, a sancionar por desacato al señor William Cohen Miranda en calidad de Registrador de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla con 3 días de arresto y multa de 3 S.M.L.M.V.

### **LA PROVIDENCIA CONSULTADA**

Establecidos los antecedentes y el trámite del incidente, el juez *a-quo* analizó el caso concreto.

Señala que una vez demostrado el incumplimiento al fallo de tutela por quien está en la obligación de hacerlo, no queda otro camino que imponer sanción, garantizando el derecho de defensa del sancionado; acorde con lo establecido en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, sanción que debe ser consultada al superior funcional. Pero sí en cambio en el trámite del incidente de desacato el accionado se persuade y cumple con la orden judicial, no hay lugar a la imposición de la sanción.

Que, durante el trámite del incidente de desacato, al incidentado se le garantizaron los derechos de defensa y contradicción, estableciéndose que es el señor William Cohen Miranda en calidad de Registrador de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla, quien está obligado a dar el cumplimiento al fallo de tutela.

Finalmente indicó que, dando cumplimiento al artículo 52 de la ley 2591 de 1991 ante la actuación omisiva desplegada por el señor William Cohen Miranda, en punto de no acatar la orden de tutela de la referencia, lo sancionó con 3 días de arresto y multa de 3 S.M.L.M.V.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Teniendo en cuenta que la sanción por desacato debe ser objeto del grado jurisdiccional de consulta, corresponde examinar a esta Sala de Decisión si el señor William Cohen Miranda en calidad de Registrador de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla, desobedeció el fallo de tutela del 30 de marzo de 2022 y, en consecuencia, se hace merecedor a las sanciones previstas por la ley.

Ahora tenemos que efectivamente el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en providencia del 30 de marzo de 2022, amparó los derechos fundamentales invocados por el señor Jorge Andrés Garzón Ospina, ordenando en el numeral 2 de su parte resolutive lo siguiente:

*“SEGUNDO: ORDENAR a la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE MARINILLA, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda, si aún no lo ha hecho, a expedir una respuesta de fondo, clara y precisa, frente a la petición radicada desde el pasado 16 de febrero de 2022.”*

Adentrándonos en el objeto de esta consulta encontramos que el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, estableció que “La persona que incumpliere una orden de un Juez proferida con base en el presente Decreto **incurrirá en**

**desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales**, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Adicionalmente señala la norma en cita que *“La sanción será impuesta por el mismo Juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”*

Ahora de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, emanan dos facultades del Juez de tutela: Velar por su efectivo cumplimiento para lo cual puede disponer de mecanismos ágiles, eficaces y oportunos para obligar a la autoridad o persona que violó o desconoció un derecho fundamental y destinatario de una orden, para que cumpla con lo dispuesto por el funcionario judicial y restablezca en los términos fijados por él, el derecho violado o amenazado. O bien la potestad sancionatoria como reflejo de su poder disciplinario, que aun siendo una de las maneras extremas para lograr el cumplimiento de la decisión no agota la obligación del Juez para alcanzar ese propósito.

Así las cosas, teniendo en cuenta que como quiera que el desacato hace parte del derecho sancionatorio por el incumplimiento a una orden impartida por un Juez Constitucional, el sujeto pasivo objeto del mismo es titular de todas las garantías procesales que le asiste a cualquier proceso, máxime, cuando con el incidente de desacato lo que se busca es imponer una sanción por el incumplimiento de una orden judicial.

Ahora, corresponde a esta Sala de decisión determinar la legalidad de la providencia consultada en esta oportunidad, estando limitado el estudio sólo a la actuación sancionatoria, así lo ha expresado la alta Corporación Constitucional.

**2.1.1.** *“Como parte del trámite del incidente de desacato se contempla igualmente la consulta, como un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud de ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.<sup>1</sup> En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela. Al tener como finalidad establecer la legalidad del auto consultado, su estudio se debe limitar a esta providencia, y no más, siendo imposible que su estudio de legalidad recaiga sobre la providencia de tutela cuyo incumplimiento se alega<sup>2</sup>.”<sup>3</sup>*

Una vez revisada la actuación y la sanción impuesta, se advierte que, al sancionado previamente se le requirió para que cumpliera lo ordenado en el fallo de tutela; luego la notificación tanto del auto de apertura del trámite incidental, como de la decisión que sanciona por desacato, se realizaron en debida forma toda vez que se notificaron por medio de la dirección de correo electrónico a [ofiregismarinilla@supernotariado.gov.co](mailto:ofiregismarinilla@supernotariado.gov.co).

Seguidamente, se debe advertir, esta Sala dispuso de manera oficiosa a requerir al señor William Cohen Miranda, para que en el término de 24 horas allegara a esta Sala la constancia del cumplimiento del fallo de tutela, lo que se hizo a través del correo electrónico a [ofiregismarinilla@supernotariado.gov.co](mailto:ofiregismarinilla@supernotariado.gov.co) <mailto:secretaria.general@nuevaeps.com.co>; sin obtener respuesta alguna.

Así las cosas, esta Magistratura de oficio, procedió a establecer comunicación con el incidentante por medio del abonado 314 667 00 30 número recopilado dentro del trámite incidental, donde se dialogó con el señor Jorge Andrés Garzón Ospina, quien informó que la oficina de registros incidentada no ha cumplido con la orden judicial, considerando que continua el incumplimiento al fallo de tutela objeto del presente trámite.

---

<sup>1</sup> Ibídem.

<sup>2</sup> Sentencia T-421 de 2003.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia T-527 del 9 de julio del 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Por lo anterior, se tiene que se ha cumplido con los presupuestos para imponer sanción, pues se itera, se ha realizado en debida forma la notificación al sancionable, dándole la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y encontrándose que se ha cumplido con el aspecto objetivo, que no es otra cosa que el incumplimiento de la orden proferida en el fallo de tutela, y colmándose el requisito subjetivo, pues no obstante ser notificado el incidentado, no dio razón alguna que justificara el incumplimiento a la orden del fallo de tutela que se profirió a favor del señor Jorge Andrés Garzón Ospina, constituyéndose ello en una actitud desafiante ante las decisiones judiciales adoptadas, al no dar respuesta alguna frente al incumplimiento.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la decisión que en esta oportunidad de consulta se adoptó conforme a derecho, no queda otro camino para esta Sala de decisión que CONFIRMAR la sanción impuesta al señor William Cohen Miranda en calidad de Registrador de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla, por incurrir en desacato al fallo de tutela que se profiriera el 30 de marzo de 2022 en favor del señor Jorge Andrés Garzón Ospina.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

Las razones anteriores, son suficientes para que el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

### **RESUELVA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia del pasado 20 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, mediante la cual sancionó al señor William Cohen Miranda en calidad de Registrador de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla; de conformidad con la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Infórmese de esta determinación a los intervinientes.

**CÓPIESE y CÚMPLASE**

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**  
Magistrado

**Edilberto Antonio Arenas Correa**  
Magistrado

**Nancy Ávila de Miranda**  
Magistrada

**Alexis Tobón Naranjo**  
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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



Código de verificación: **28565b22b3e20d0f87e75dadd925968a05d13678c3d33a2a64e5f4eb8e7fa03c**

Documento generado en 05/07/2022 04:14:16 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:** 05440310400120220010800 **NI:** 2022-0735-6  
**Accionante:** FERNANDO DE JESÚS BARRERA MARÍN  
**Accionada:** SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.E.  
**Decisión:** Confirma  
**Aprobado Acta No.:** 105 de julio 5 del 2022  
**Sala No:** 6

Magistrado Ponente

**Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Medellín, julio cinco del año dos mil veintidós

### **VISTOS**

El Juzgado Penal del Circuito de Marinilla (Antioquia) en providencia del día 26 de mayo de la presente anualidad, negó el amparo constitucional frente al derecho fundamental al debido proceso, invocado por el señor Fernando de Jesús Barrera Marín, presuntamente vulnerado por parte de la Sociedad de Activos Especiales S.A.E.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la parte demandante, 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:

*“Indica el accionante que, desde 1996 ha laborado como mayordomo en una finca ubicada en la vereda el uvital zona rural del municipio de El Peñol, de la cual tiene la custodia la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES -SAE-, luego de llevar a cabo procedimiento de extinción de dominio al señor Alejandro Bernal quien fue capturado y fue su jefe hasta 1998.*

*Expone que desde 1998 no recibe honorarios y que desde ese entonces asume el pago de prestaciones sociales y servicios públicos.*

*Luego, dice que en el año 2003 la DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, hoy reemplazada por la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES, llevó a cabo diligencia en el inmueble donde realizaron inventario y suspendieron todos aquellos actos de enajenación, ejercieron el embargo y secuestro de la finca, quienes le expusieron al señor que continuaría como mayordomo y que al momento de vender la propiedad le pagarían los salarios, prestaciones sociales y lo adeudado en cuanto al pago de servicios públicos.*

*Siguiente, arguye el actor, que en el mes de marzo de 2021 un funcionario de la SAE, se presentó en la mentada finca solicitándole salir de la propiedad debido a que se había nombrado a otra persona en calidad de depositaria, a lo que el señor BARRERA MARÍN, se negó debido a que no se le han pagado salarios y demás gastos que ha asumido desde 1998, que le dejaron de cancelar acreencias como trabajador.*

*Tal situación le fue comunicada por medio escrito, sobre el cual el accionante interpuso recurso de reposición debido a que se vulnera su debido proceso, indicando que desde el 20 de abril de 2021 que llevó a cabo esta gestión no ha obtenido respuesta alguna.*

*Sin embargo, el 17 de mayo de 2022 se presenta funcionaria de la SAE en la finca, exponiéndole que debe desocupar en un término de cinco (05) días, sin preocuparle el pago de lo reclamado por el quejoso.*

## II. PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

*El señor FERNANDO DE JESÚS BARRERA MARÍN, deprecó la protección de su derecho fundamental al debido proceso requiriendo como medida provisional se suspenda el acto de entrega del inmueble programado para el día 26 de mayo de 2022.*

*Como demás pretensiones solicita ordenar a la SAE que suspenda la orden de entrega hasta tanto sea convocado a conciliación en procura de buscar el amparo de sus derechos laborales y se reconozcan las acreencias generadas a partir del pago de servicios públicos y demás gastos de mantenimiento de la finca objeto de la diligencia de entrega.”*

### TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el 20 de mayo del corriente año, se corrió traslado a la Sociedad de Activos Especiales S.A.E., para que se pronunciara frente a los hechos denunciados en la solicitud de amparo. En el mismo auto, decretó la medida provisional solicitada en cuanto a la suspensión de la diligencia de entrega del inmueble donde habita y ejerce las veces de mayordomo programada para el pasado 26 de mayo de 2022.

### RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

**El apoderado general de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE Dr. Luis Miguel Martínez Romero**, señala que la Sociedad de Activos Especiales S.A.S., es la entidad encargada de la administración de los bienes, que sean puestos a disposición del Fondo para la Rehabilitación Social y Lucha Contra el Narcotráfico FRISCO, por parte de las autoridades judiciales competentes, sin que esta pueda intervenir dentro de los procesos a los cuales se encuentran vinculados dichos bienes, por lo cual, simplemente cumple funciones de depositaria y administradora de los bienes, más no puede disponer de ellos sin que medie una orden judicial.

La SAE, en cumplimiento de un mandato legal, se encuentra encargada de la administración de los bienes inmersos en procesos de extinción del derecho de dominio, sin tener injerencia en decisiones judiciales, pues esta Entidad no está facultada para adelantar procesos de esa naturaleza, ya que es una función exclusiva de la Fiscalía General de la Nación. Dado que esa entidad sólo acata las órdenes que los diferentes despachos judiciales le imparten a lo largo de los procesos de extinción de derecho de dominio.

Por lo tanto, se debe recordar que las resoluciones judiciales de inicio de los procesos de extinción de dominio cobran firmeza inmediata a su expedición, en consecuencia, la jurisdicción especialísima de extinción de dominio adquirió competencia para resolver sobre la extinción del dominio de los bienes inmuebles y sobre las situaciones particulares de cada sujeto afectado. Excluyendo así a las demás jurisdicciones para conocer de estos asuntos.

Esa entidad expide actos administrativos mediante los cuales se pronuncia sobre todos los aspectos como gestor de los bienes que administra, esto es modificando, creando o extinguiendo situaciones jurídicas relacionados con ellos. Los actos que se expidan en el curso de dicha actuación no concluirán la actuación administrativa iniciada por la SAE, sino que le darán impulso a la misma como el ejercicio de la función de policía administrativa, como quiera que este tipo de actos no son controvertibles y no admiten la interposición de recursos, permitiéndole acudir a la jurisdicción administrativa para controvertir el acto en caso de considerarlo.

Resaltó la imposibilidad de suspender la diligencia de desalojo, toda vez que esa sociedad debe estar sujeta a lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 91 que fue modificado por el artículo 22 de la Ley 1849 de 2017. Pues sobre los bienes inmuebles identificados con los folios de matrícula 018-60145, 018-60146 y 018-28859 existía inicialmente medida de embargo y secuestro y suspensión del poder dispositivo y luego sentencia de extinción de dominio.

Si bien es cierto que obra en el expediente del archivo SAE, diligencia de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo sobre los FMI 018-60145 y 018-60146 del 11 de junio de 2003 en donde fue designado el señor Fernando de Jesús Barrera como depositario provisional. También reposa la resolución número 370 de marzo 30 de 2007 por medio del cual la extinta Dirección Nacional de Estupefacientes resolvió remover a las personas naturales o jurídicas que fueron designadas en las diligencias de incautación. En ese entendido, el señor Barrera fue removido como depositario provisional desde el 30 de marzo de 2007.

Así las cosas, el demandante se encuentra impidiendo a esa entidad ejercer la correcta administración del bien conforme a lo ordenado en el artículo 90 de la Ley 1708 de 2014, siendo esa la razón por la cual la SAE dio inicio a todas las gestiones necesarias en aras de lograr la recuperación del bien, a través de la diligencia de entrega real y material.

La diligencia de desalojo es un procedimiento enmarcado en la función de policía administrativa que busca la recuperación material de un bien que está siendo ocupado de forma irregular. La SAE de conformidad con lo establecido en la ley 1849 de 201, ejerce la facultad concedida por esta norma para hacer efectiva la recuperación real y material de los bienes que se enmarquen en los procesos de extinción de dominio.

La materialización de la recuperación de bienes ocupados de manera irregular se realiza mediante el procedimiento de desalojo. Para lo cual, deberán adelantar actuaciones previas, durante y después de la diligencia.

En fase preliminar, el funcionario de la SAE debe procurar la entrega voluntaria del inmueble, por lo que el desalojo debe ser la última opción. En el caso concreto la SAE Regional Occidente emitió la comunicación en procura de la recuperación del inmueble, sin embargo, hasta la fecha el demandante se rehúsa a entregarlo; la etapa persuasiva que siempre se efectúa antes de

ejercer funciones de policía administrativa y evitar de esta forma un desalojo forzoso.

Además, que el señor Barrera es propietario de varios bienes inmuebles. Finalmente solicitó se niegue el amparo solicitado en la presente acción de tutela. Pues la SAE no ha vulnerado derecho fundamental alguno en el asunto de la referencia, pues ha actuado en cumplimiento del marco de sus competencias conferidas en la ley.

### **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.

Señala que el accionante acude al amparo constitucional, en aras de salvaguardar su derecho fundamental al debido proceso, pues desde el año 1996 ha laborado como mayordomo en la finca ubicada en la vereda Uvital del municipio de El Peñol bajo folio de matrícula inmobiliaria N 018-60146 y 018-600145. Que el señor Fernando de Jesús Barrera conoce que ese inmueble se encuentra inmerso dentro de un proceso de extinción de dominio, y que desde el año 1998 dejó de percibir salarios y prestaciones laborales.

De conformidad con acta de diligencia de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo del 11 de junio de 2003 llevada a cabo por la Dirección Nacional de Estupefacientes, se nombró como depositario provisional al demandante, en ese momento según el actor, se le prometió el pago de todas las prestaciones laborales dejadas de percibir. aun así, en el material probatorio no consta lo mencionado, pues solo se le nombra como depositario provisional aclarando que él es quien asume el pago de los servicios públicos de energía y agua.

Seguidamente, por medio de la resolución 370 del 30 de marzo de 2007 resuelve remover a las personas naturales o jurídicas que fueron designadas en las diligencias de incautación, del cargo de depositario provisional de los bienes enunciados en la parte considerativa de tal acto administrativo, entre ellas está el ocupado por el demandante.

Por lo anterior la Sociedad de Activos Especiales, por medio de comunicación de marzo de 2021, le notifica al señor Fernando de Jesús Barrera, la asignación de un nuevo depositario provisional, determinación sobre la cual interpone recurso de reposición el 27 de marzo de 2021, que según el actor, la SAE no le brindó respuesta; aun así, en informe allegado por la entidad demandada se observa respuesta del 3 de junio de 2021, con su correspondiente soporte de entrega del correo certificado, donde demuestra que se emitió pronunciamiento acerca de la solicitud del actor, en donde se le explicaron los motivos por los cuales no procede el recurso y el escenario único en el que se podría revocar el acto administrativo donde se nombra al nuevo depositario provisional, resaltándole además que nunca se ha postulado a las listas de depositario provisional que provee la SAE.

En consecuencia, determinó que no es la acción de tutela el mecanismo judicial procedente para la protección del derecho fundamental al debido proceso invocado por el demandante. Por tanto, no confirmó la medida provisional concedida mediante auto admisorio del 20 mayo de 2022 consistente en la suspensión de la diligencia de entrega del bien inmueble objeto del presente trámite, pues el actor debe proceder a llevar a cabo una conciliación con la SAE acerca de sus derechos como trabajador, toda vez que, se trata de un terreno con procedencia ilícita, lo que limita el derecho de dominio al encontrarse inmerso dentro un proceso de extinción de dominio.

Le advirtió al demandante que existen otras vías administrativas o judiciales para solicitar lo pretendido, puede acudir ante una instancia administrativa como es la Personería municipal, la Defensoría del Pueblo o la Inspección de Trabajo, o si lo considera puede acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral.



En consecuencia, declaró la improcedencia de la acción de tutela, al verificarse que lo pretendido por medio de la presente solicitud de amparo, puede resolverse por la vía judicial o administrativa.

### **LA APELACIÓN**

Inconforme con la determinación de primer grado, el señor Fernando de Jesús Barrera Marín, impugnó la misma y para sustentar el recurso manifestó su descontento con el fallo de primera instancia.

Señala que existe una discordancia en cuanto a la dirección a la cual fue remitida la notificación, pues no es su dirección para las notificaciones, como tampoco corresponde el número telefónico, pues como dirección de notificaciones estableció que reclamaría la correspondencia en Servientrega del municipio de El Peñol, oficina a la cual acudió en varias oportunidades, donde le indicaban que no existía correspondencia a su nombre. Tampoco recibió llamadas telefónicas, esto se debe a la equivocada dirección y datos para su ubicación. Pues, aunque la SAE adjunta una respuesta, la misma nunca le fue notificada.

Mediante acta de secuestro la Unidad Nacional de Fiscalías para la Extinción del Derecho de Domino lo nombró depositario provisional con funciones de mayordomo, desvirtuando lo manifestado por la SAE. Refiere no ser ocupante irregular, pues no actúa de mala fe, o sin autorización del propietario del inmueble. Pues desde el año 2003 fue nombrado depositario provisional.

Demanda que los funcionarios de la SAE desconocen la actas de visitas en el transcurso de los años, en las cuales se evidencian labores y puede encontrarse fotos y videos realizados por la funcionaria que realizó la entrega del oficio de entrega voluntaria para el 26 de mayo de 2022.

Por otra parte, demanda que a la fecha se le adeudan como mayordomo salarios, cesantías, primas, seguridad social y el dinero que pagaba por los servicios públicos domiciliarios.

Finalmente solicitó ante la violación del debido proceso sobre el pago de acreencias laborales, establecer las medidas cautelares decretadas en el auto admisorio.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Solicitud de amparo**

En el caso analizado solicita el señor Fernando de Jesús Barrera Marín, se ordene a la Sociedad de Activos Especiales SAE, suspender la orden de entrega del inmueble por él habitado hasta tanto se convoquen las partes a una conciliación, garantizando con ella el pago de los salarios, prestaciones sociales dejados de percibir y dinero por pago de servicios públicos que le adeuda la SAE.

### **2. Problema jurídico**

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si la entidad demandada vulnera los derechos fundamentales del señor Fernando de Jesús Barrera Marín y, en consecuencia, es posible a través de este mecanismo ordenar el pago de acreencias laborales o por el contrario cuenta el actor con otros mecanismos de defensa judicial y se torna improcedente esta acción, tal como fue establecido en el fallo de primera instancia. Además, si es procedente vía acción constitucional ordenar la suspensión de una orden de desalojo.

### 3. Del Caso en Concreto

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

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

En el caso sub *examine* el señor Fernando de Jesús Barrera Marín, protesta en virtud de la protección de sus derechos fundamentales que en su sentir le vienen siendo vulnerados por la Sociedad de Activos Especiales SAE, con la orden de entrega del inmueble que viene habitando desde el año 1996, y así generando un detrimento pues la SAE omitió el pago de los salarios ocasionados desde el año 1998, junto a las prestaciones sociales causadas por la vinculación contractual y pago que por los servicios públicos domiciliarios tuvo que solventar. Aunado a lo anterior, solicita la suspensión de la orden de desalojo del bien inmueble que habita y que es objeto del presente trámite.

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.

Ahora, según los requisitos generales de procedencia de la acción constitucional, 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.

Al respecto es preciso indicar que, la acción de tutela no es el mecanismo para el reconocimiento o pago de acreencias laborales, pues en primer lugar el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo, especializado y adecuado para buscar el restablecimiento de sus derechos, esto es, la jurisdicción ordinaria laboral; 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, máxime si no estamos ante un perjuicio irremediable.

En torno a este tema ya la Corte Constitucional de tiempo atrás, delimitó una serie de presupuestos que se deben cumplir para que proceda el reconocimiento y pago de salarios por parte del Juez de tutela, entre ellos se propuso sin duda alguna como el más valioso, que con el incumplimiento en la retribución en el sueldo del trabajador se comprometa el mínimo vital, quebrantamiento que se debe presentar de manera prolongada o indefinida.

Es así como en sentencia T- 649 del 17 de septiembre del 2013, señaló:

*“En relación con el incumplimiento en el pago de salarios y la consecuente vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, esta Corporación ha señalado las siguientes hipótesis fácticas mínimas que se deben cumplir para que proceda el reconocimiento y pago de los salarios por el juez de tutela:”*

*“1) Que exista un incumplimiento en el pago del salario al trabajador que por su parte ha cumplido con sus obligaciones laborales;*

*2) Que dicho incumplimiento comprometa el mínimo vital de la persona. Esto se presume cuando:*

*a) el incumplimiento es prolongado o indefinido. La no satisfacción de este requisito lleva a que no se pueda presumir la afectación del mínimo vital, la cual deberá ser probada plenamente por el demandante para que proceda la acción de tutela.*

*b) el incumplimiento es superior a dos meses, salvo que la persona reciba como contraprestación a su trabajo un salario mínimo.*

*3) La presunción de afectación del mínimo vital debe ser desvirtuada por el demandado o por el juez, mientras que al demandante le basta alegar y probar siquiera sumariamente que el incumplimiento salarial lo coloca en situación crítica, dada la carencia de otros ingresos o recursos diferentes al salario que le permitan asegurar su subsistencia.*

*4) Argumentos económicos, presupuestales o financieros no son razones que justifiquen el incumplimiento en el pago de los salarios adeudados al trabajador. Lo anterior no obsta para que dichos factores sean tenidos en cuenta al momento de impartir la orden por parte del juez de tutela tendiente a que se consigan los recursos necesarios para hacer efectivo el pago” <sup>[20]</sup>.*

De lo anterior se deviene que en este caso no se cumple con los presupuestos señalados en la sentencia de la Corte, pues no logró demostrar el señor Fernando de Jesús Barrera Marín, que con el no pago de algunos conceptos por parte de la entidad demandada se comprometiera su mínimo vital, pues no allegó al plenario los elementos materiales probatorios que demostraran tal afectación, ni que consistiera en su única fuente de ingresos. Además, desvirtúa lo anterior el hecho de que desde el año 1998 ha solventado los gastos de mantenimiento y servicios públicos y demás emolumentos.

Respecto a la solicitud de suspensión de la orden de entrega del inmueble, por regla general se predica la improcedencia de la acción de tutela en contra de

actos administrativos, en los cuales no se puede evidenciar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por cuanto existe un medio idóneo y eficaz para lo pretendido por el señor Barrera Marín dentro de la presente acción constitucional, mediante el cual, puede solicitar medidas preventivas de suspensión de la resolución que estima causa vulneración de derechos fundamentales.

En cuanto al requisito de la *inmediatez*, se tiene, el señor Barrera Marín reclama las acreencias laborales acaecidas desde el año 1998; así las cosas, puede considerarse que, desde la fecha aludida, hasta la fecha de interponer la presente acción de tutela, ha transcurrido alrededor de 24 años, lapso que esperó el accionante para pretender activar el mecanismo constitucional, lo cual no denota la urgencia e inminencia requerida, es por eso no se cumple con el presente requisito. Además, que desdibuja la inminencia de la protección y afectación al mínimo vital, pues todos estos años ha solventado los gastos del inmueble.

En ese orden de ideas, esta Sala CONFIRMA el fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla (Antioquia) el pasado 26 de mayo de la presente anualidad, debido que, al emitir una orden en su favor por vía de acción constitucional, se estaría desconociendo la competencia del juez natural e interfiriendo en orbitas que no le competen al juez constitucional. Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido el pasado 26 de mayo de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla (Antioquia); de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**  
Magistrado

**Edilberto Antonio Arenas Correa**  
Magistrado

**Nancy Ávila de Miranda**  
Magistrada

**Alexis Tobón Naranjo**  
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **d36f2b22f36f5aafb6c16abd380c85aaa525432170e1ab44ea6b3ddc4d9d2851**

Documento generado en 05/07/2022 04:13:56 PM

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