

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 164

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2022-1276-1	Tutela 1º instancia	HAROLD MURILLO MOSQUERA	FISCLAIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS	Concede derechos invocados	Septiembre 13 de 2022
2022-1272-2	Tutela 1º instancia	VICTOR AUGUSTO FRANCO RESTREPO	FISCALIA 68 LOCAL DE CISNEROS ANTIOQUIA Y O	Niega por improcedente	Septiembre 14 de 2022
2022-0047-2	Sentencia 2º instancia	REBELION Y OTROS	LUIS FERNANDO DIAZ MESA Y OTRO	Modifica sentencia de 1º instancia	Septiembre 14 de 2022
2022-1253-4	Decisión de Plano	EXTORSION	DAHIANA CAROLINA TOBON HINCAPIE	Declara infundado impedimento	Septiembre 14 de 2022
2022-1286-4	Tutela 1º instancia	ELKIN ENRIQUE RODRIGUEZ SANCHEZ	JUZGADO 2º DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Septiembre 14 de 2022
2022-1188-4	Tutela 2º instancia	MARIA EDILMA OSORIO GAVIRIA	COLPENSIONES Y OTROS	Confirma fallo de 1º instancia	Septiembre 14 de 2022
2022-1304-5	Accion de Revision	JUAN CARLOS CUERVO OCAMPO	JUZGADO 3º PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	INADMITE ACCION DE REVISION	Septiembre 14 de 2022
2022-1274-5	Tutela 1º instancia	MARIA LUZ DELIA OSSA RENDON	FISCALIA 29 SECCIONAL DE SANTA ROSA DE OSOS Y OTRO	Niega por improcedente	Septiembre 14 de 2022
2022-1088-6	Tutela 1º instancia	JUAN PABLO FLOREZ LONDOÑO	INPEC Y OTROS	Concede recurso de apelación	Septiembre 14 de 2022
2020-1125-1	Sentencia 2º instancia	SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO	VÍCTOR DANIEL BARRERA Y OTRO	Confirma sentencia de 1º instancia	Septiembre 14 de 2022

FIJADO, HOY 15 DE SEPTIEMBRE DE 2022, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBONNARANJO
SECRETARIO**

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBONNARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 194

PROCESO	: 05000-22-04-000-2022-00392 (2022-1276-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: HAROLD MURILLO MOSQUERA
AFECTADO	: JOSÉ MACARIO RIVAS MURILLO
ACCIONADO	: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
PROVIDENCIA	: FALLO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el doctor HAROLD MURILLO MOSQUERA como apoderado judicial del señor JOSÉ MACARIO RIVAS MURILLO en contra de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – GRUPO PQRS- SAUITA, DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE ANTIOQUIA, ROSA EDILIA TREJOS BERNAL Y MARIO ALFONSO LORA CORREA FISCAL 140 ESPECIALIZADO Y FISCALÍA 24 ESPECIALIZADA CONTRA EL NARCOTRÁFICO.

Al trámite se vinculó a la FISCALÍA SÉPTIMA ESPECIALIZADA y al JUZGADO 03 PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO.

LA DEMANDA

El accionante manifestó que su prohijado fue capturado y privado de la

libertad injustamente por órdenes de la Fiscalía General de la Nación escuchándolo en indagatoria el 22 de abril de 2019, y posteriormente dejado en libertad el 25 de abril de 2019 por la fiscalía 104 especializada en la ciudad de Quibdó.

Indicó que la fiscalía 24 de la dirección especializada contra el narcotráfico de Bogotá, precluyó las investigaciones en favor de su representado y las remitió a la ciudad de Medellín. Por lo que el señor Macario Rivas Murillo le otorgó poder a fin de reclamar la resolución de preclusión de investigación, sin embargo, hasta la fecha no se ha dado copia y notificado dicha preclusión en favor de José Macario Rivas Murillo, consecuentemente no se ha oficiado a las autoridades respectivas, como son Dijin, Fiscalía General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil, Policía Nacional, generándose una afectación sistemática y violatoria de derechos fundamentales.

Afirmó que en repetidas oportunidades le reiteró la solicitud de copia de la preclusión de investigación en favor del señor José Macario Rivas Murillo y la Fiscalía se ha sustraído injustificadamente a la petición. Por lo que el 2 de noviembre de 2021 reiteró la solicitud de copia de la preclusión y le respondieron a los cuatro meses que debía presentar poder debidamente diligenciado; de ahí que, el 28 de marzo de 2022, envió el poder otorgado por su representado, a fin de que ejerciera las solicitudes y/o peticiones respectivas ante la Fiscalía General de la Nación, sin que a la fecha le hayan dado respuesta clara y oportuna dentro de los términos de ley, violando los derechos fundamentales del debido proceso, acceso oportuno a la administración de justicia y defensa de los derechos legales y fundamentales.

Aseveró que la negativa de entregar la resolución de preclusión de investigación en favor del señor José Macario Rivas Murillo, lleva a colegir que la Fiscalía se ha sustraído injustificadamente a expedirla quizá porque no la han hecho, circunstancia que pone en riesgo la libertad de locomoción del señor José Macario Rivas Murillo.

Informó que a la fecha han transcurrido más de 3 años de la detención injustificada y más de 9 meses que se realizó la primera solicitud de preclusión de investigación con resultados infructuosos.

Por último, solicitó que la Fiscalía General de la Nación – grupo PQRS – Sauita Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, Rosa Edilia Trejos Bernal y Mario Alfonso Lora Correa, Fiscal 104 Especializado de Bogotá y Fiscalía 24 Especializado contra el Narcotráfico expidan y entreguen la correspondiente resolución de preclusión de investigación en favor del señor José Macario Rivas Murillo, dentro del radicado N° 71.516 y consecuentemente se oficie a todos los organismos del Estado pertinentes a fin de que hagan las respectivas anotaciones de ley en el presente asunto.

LAS RESPUESTAS

1.- La Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia informó que revisado el sistema ORFEO, como también en los anexos de la acción de tutela, se evidencia la radicación de la solicitud del petitionario, bajo radicado N° 20216170856512, recibida por el grupo de PQRS – Sauita Antioquia, adscrito a la Dirección Seccional de Antioquia, al cual

le dieron respuesta a la petición el 02 de noviembre de 2021, solicitando que aportará el poder debidamente diligenciado.

Afirmó que, en la Dirección Seccional de Antioquia, no reposa ninguna solicitud del peticionario, y conforme a lo anterior, se observa que dicha petición fue recibida y gestionada por el Grupo de PQRS- Sauita Antioquia, por lo que, se remitió la acción de tutela por competencia para que pueda pronunciarse.

Mencionó que el accionante debe saber que su solicitud se encontraba a cargo directamente al Grupo de PQRS- Sauita Antioquia adscrito a la Dirección Seccional Antioquia, con el fin de ser ellos los que le brinden la respuesta de fondo y/o se remitida al despacho correspondiente de la investigación que el peticionario menciona en su acción de tutela.

Indicó que la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia no es competente para dar respuesta a lo solicitado por el accionante, por lo que solicitó desvincular a esa Dirección, por no ser la competente para dar respuesta a dicha solicitud.

Por último, expresó que al no existir vulneración de derecho fundamental alguno en contra del accionante por parte de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, solicita a la autoridad de instancia, declarar la improcedencia de la presente acción.

2.- La Dirección Especializada contra el Narcotráfico manifestó que efectuó la búsqueda y rastreo mediante consulta en el Sistema de Gestión Documental, sistemas misionales de información SIJUF y SPOA, consulta directa con el Despacho 7° Especializado adscrito a

esa Dependencia (que en la actualidad tiene a cargo los asuntos adelantados bajo la cuerda procesal de la Ley 600 de 2000) y consulta en las bases de seguimiento de correspondencia de esa Dirección Especializada de Fiscalías.

Indicó que, en aras de ofrecer una respuesta clara, completa y eficaz para la garantía de los derechos fundamentales del accionante, verificó el Sistema de Gestión Documental de la Fiscalía General de la Nación, encontrando que la petición radicada con el número 20216170856512 no ha estado asignada a esa Dirección Especializada de Fiscalías.

Mencionó que se realizó consulta en las bases de seguimiento de correspondencia de esa Dirección Especializada, hallando que el ciudadano José Macario Rivas Murillo realizó petición con radicado No. 20220010000952, recibida en esa Dirección Especializada contra el Narcotráfico el 15 de febrero del año que avanza, dando respuesta mediante oficio con radicado No. 20224250001051 del 25 de febrero del año en curso, remitido mediante correo electrónico en la misma fecha, mediante la que se le indicó al peticionario:

“... como resultado de búsqueda efectuada en el sistema misional de información SIJUF, en el que figuran anotaciones de actuaciones adelantadas bajo la cuerda procesal de la Ley 600/2000, SE ENCUENTRA REGISTRO, en contra del señor JOSÉ MACARIO RIVAS MURILLO, bajo el radicado No. 71.516, de conocimiento de la Fiscalía Cuarta Especializada UNAIM, estado inactivo, donde se calificó el mérito sumarial con resolución de acusación, cobrando ejecutoria la misma el 17/09/2020, según constancia registrada en el acápite de comentarios del precitado sistema.”

Expresó que, debido al requerimiento elevado por Rivas Murillo a

través de su apoderado judicial, con el propósito de respetar y garantizar su derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, el sistema misional de información SIJUF fue nuevamente consultado, usando como parámetro de búsqueda el radicado 71.516, así como el nombre completo y número de cédula de Rivas Murillo, encontrándose, entre otros:

“i) Con anotación del 21/05/2019, en el sistema figura que dentro del Radicado No. 71.516, al que está asociado JOSÉ MACARIO RIVAS MURILLO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.860.071, hubo abstención de imponer medida de aseguramiento.

ii) Con registro del 28/02/2020, en el sistema se reporta cierre de investigación.

iii) Con anotación del 17/09/2020, el sistema registra ejecutoria de resolución de acusación.”

Afirmó que atendido que el radicado No. 71.516, conforme a lo registrado en el sistema misional de información SIJUF por parte del Despacho Fiscal que conoció el caso y al que Rivas Murillo ha estado vinculado, cuenta con resolución de acusación ejecutoriada, anotada el 17/09/2020, contrario sensu a lo afirmado por el accionante, se tomó contacto con el asistente del Despacho 7º Especializado adscrito a esa Dependencia, doctor Sergio Wladimir Lizcano Romero, Despacho destacado para conocer asuntos adelantados bajo la cuerda procesal de la Ley 600/2000, quien informó no tener referenciado al ciudadano Rivas Murillo ni el radicado No. 71.516. Esto, aunado a que se constató con la oficina de archivo de esa Dirección, que a la misma no fue allegado el expediente en referencia.

Adujo que también realizó consulta directa en el Sistema Misional de Información SPOA, determinándose que, en contra de JOSÉ

MACARIO RIVAS MURILLO, no existe registro de actuaciones adelantadas por parte de las Fiscalías adscritas a esta Dirección Especializada contra el Narcotráfico bajo la cuerda procesal de la Ley 906 de 2004.

Dijo que con base en la información obtenida producto de las consultas realizadas en el Sistema de Gestión Documental, sistemas misionales de información SIJUF y SPOA, consulta directa con el Despacho 7° Especializado y consulta en las bases de seguimiento de correspondencia de esa Dependencia, es procedente indicar que atendiendo el devenir procesal del radicado No. 71.516, al que ha estado vinculado Rivas Murillo, cuenta con resolución de acusación ejecutoriada, conforme obra en los registros existentes, por lo que la totalidad del expediente está a cargo de la judicatura, en original y copia, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000.

Señaló que se desconoce si existe soporte probatorio en manos de otra autoridad que desvirtúe o corrobore las manifestaciones realizadas por el accionante, Harold Murillo Mosquera, en representación del ciudadano José Macario Rivas Murillo con respecto a la situación alegada.

Expresó que se encuentran ampliamente desvirtuados los argumentos y pruebas del tutelante, habida cuenta del buen recaudo aquí presentado, encontrando que, al derecho de petición reclamado por el accionante, sobre el que basa el reclamo de su derecho al debido proceso y su el acceso efectivo a la justicia, se le dio adecuado y oportuno trámite por parte de esa Dependencia, aunado a que no

resulta posible hacer entrega de copias de las decisiones de fondo adoptadas dentro del radicado No. 71.516, como quiera que la totalidad del expediente está a cargo de la judicatura, en original y copia.

Por último, solicitó se deniegue la Acción de Tutela promovida por el ciudadano José Macario Rivas Murillo a través de su apoderado judicial, Harold Murillo Mosquera, dada la ausencia de transgresiones materiales y jurídicas de los bienes jurídicos alegados por parte de esa Dirección Especializada contra el Narcotráfico.

3.- El asistente de la Fiscalía Séptima Especializada de la dirección especializada contra el narcotráfico, manifestó que, la Fiscalía 7 Especializada DECN, anteriormente 46 DECN que en su momento adelantó el radicado 71516 para el año 2019 donde al parecer, de acuerdo con las búsquedas realizadas por la doctora María Cecilia Jiménez quien dio respuesta a la tutela, fue vinculado el señor José Macario Rivas Murillo a quien bajo el procedimiento de Ley 600 de 2000 se le calificó con resolución de acusación por parte de la fiscal Luz Samira Rodríguez fiscal 24 para esa época.

Indicó que todos los radicados adelantados por otras fiscalías bajo el sistema de Ley 600 fueron reasignados a la Fiscalía 46 DECN incluyendo los que se encontraban en etapa de juicio, como el caso del radicado 71516, pero en algunos casos no se recibieron cuadernos de esas actuaciones y actualmente, la carga de la Fiscalía 46 fue asumida por la Fiscalía 7 DECN.

Afirmó que solamente se conoce que el radicado 71516 fue enviado a

los Juzgados de Tumaco, correspondiéndole al Juzgado 3ro, con el cual ese despacho ha tenido solo una audiencia por el artículo 400 pero que fue aplazada porque en el despacho no quedaron copia de los cuadernos de ese radicado, necesarios para conocer del caso y adelantar la audiencia en contra del señor Julio César Moreno Mosquera por el delito contenido en el artículo 376 C.P. de quien se sabe estaba vinculado en el caso 71516.

Señaló que debe solicitar copias del expediente al juzgado a cargo y así verificar la situación del señor José Macario Rivas Murillo y con ello poder dar trámite a sus solicitudes, Por lo que se le estará informando de las gestiones pertinentes para acceder al caso y con ello dar una solución definitiva a las solicitudes del señor José Macario Rivas Murillo.

4.- El Juzgado 4 Penal Especializado de Tumaco informó que conforme a la información brindada por parte de la Fiscalía 7 Especializada contra el Narcotráfico, esa Judicatura considera necesario precisar que de la revisión del expediente 71516 cuyo trámite ha sido desarrollado conforme a las previsiones contenidas en la Ley 600 de 2000 bajo el radicado 52001 31 07 001 2020 00126 00 se observa que la Fiscalía Cuarta Especializada contra el Narcotráfico en fecha 4 de agosto de 2020, emitió resolución de Acusación en contra de Julio César Moreno Mosquera, disponiendo en el numeral segundo de la parte resolutive *“se absuelve por duda razonable al señor JOSÉ MACARIO MURILLO RIVAS por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes”*.

Afirmó que, mediante acta de reparto del 4 de febrero de 2021, le

correspondió el conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, despacho que, mediante providencia del 25 de febrero del mismo año, remitió el asunto por efectos de competencia al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, reparto.

Aseguró que en reparto realizado el 8 de abril de 2021 le correspondió el conocimiento al Juzgado 2 Penal del Circuito Especializado de Tumaco (N), el conocimiento del asunto fue avocado en providencia del 16 de junio de 2021, se corrió el traslado previsto en el artículo 400 del C. de P. P por el termino de 15 días lapso comprendido entre el 17 de junio de 2021 y el 13 de agosto del mismo año; y en providencia del 17 de agosto de 2021, que se fijó el 10 de septiembre del mismo año como fecha para la celebración de la audiencia preparatoria, la que no pudo realizarse debido a la inasistencia del delegado de la Fiscalía, quien informó encontrarse cumpliendo otra diligencia judicial, procediendo a reprogramar la audiencia.

Indicó que al crearse ese Juzgado mediante acuerdo PCSJA21-11853 del 20 de septiembre de 2021, el asunto fue asignado a esa Judicatura que una vez avocado el conocimiento fijaron el 19 de mayo de 2022 para la realización de audiencia preparatoria, la cual no fue evacuada debido a la solicitud de aplazamiento presentada por la defensa, actualmente la audiencia preparatoria se encuentra programada para el 25 de octubre del año en curso a las 9:00 de la mañana.

Mencionó que se advierte que en la fase de juzgamiento del asunto de la referencia, no ha efectuado actuación alguna respecto del accionante, esto es, el señor JOSÉ MACARIO MURILLO RIVAS y

como consecuencia, no ha existido la posibilidad de vulnerar sus derechos fundamentales.

Por último, solicitó desvincular al Juzgado a su cargo del presente trámite tutelar, puesto que conforme a las situaciones fácticas ya narradas, ese Juzgado carece de legitimidad en la causa por pasiva para actuar dentro de la presente tutela, al no haber adelantado actuación procesal alguna con respecto al señor JOSÉ MACARIO MURILLO RIVAS.

LAS PRUEBAS

Se decide con fundamento en las afirmaciones contenidas en la solicitud de tutela, los documentos anexos.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces para obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, cuando existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

Así que, en términos generales, la acción de tutela ha sido concebida única y exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para las cuales el sistema jurídico no

tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

En orden a resolver la presente acción, la Sala reitera una vez más que la tutela, por su carácter residual y subsidiario, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, no es procedente cuando se cuente con otro mecanismo de defensa judicial.

En efecto, ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución ‘está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.’”¹

En el presente caso, que el doctor Harold Murillo Mosquera como apoderado judicial del señor JOSÉ MACARIO RIVAS MURILLO manifestó que elevó petición el 23 de octubre y 02 de noviembre de 2021 ante Fiscalía General de la Nación – grupo de PQRS-, a fin de obtener copia de la preclusión de la investigación dictada en favor del señor José Macario Rivas Murillo.

¹ Sentencia T-625 de 2000.

Al respecto, se advierte que el Juzgado hizo un recuento de las actuaciones que han surgido dentro del proceso que se está consultando. Pero situación diferente ocurrió con la fiscalía quien, si bien emitió su pronunciamiento de manera tardía, no dio respuesta completa a lo solicitado por el accionante en su escrito, pues no se pronuncian respecto a la preclusión de la investigación y solo se limitan a decir que no cuentan con el proceso por ser tramitado bajo la Ley 600 y que se dio el traslado a los Juzgados para continuar con el trámite. Pero si bien a los Juzgados llegó el proceso, solo está con el señor Julio César Moreno Mosquera, pues se indicó que en el numeral segundo de la parte resolutive de la resolución de acusación realizada por la Fiscalía dice: *“se absuelve por duda razonable al señor JOSÉ MACARIO MURILLO RIVAS por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes”*. La Fiscalía no anexó ninguna constancia de haber solicitado copia al Juzgado para poder darle respuesta de fondo al accionante sobre las actuaciones realizadas en favor del señor José Macario Murillo Rivas.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que en relación con las peticiones elevadas a la Fiscal General de la Nación – en este momento la Fiscalía Séptima Especializada de Narcotráfico, no ha brindado ninguna respuesta a las mismas, violando así el derecho fundamental de petición invocado por el accionante.

Con lo indicado se demuestra que existe una vulneración al derecho fundamental de petición que le asiste al petente, toda vez que quedó establecido que efectivamente se ha elevado peticiones en las fechas indicadas en el escrito de tutela al correo rosa.trejos@fiscalia.gov.co – integrantes del grupo PQRS- Sauita- y de la cual, en respuesta emitida

indican haber dado traslado a la petición a la Fiscalía que en este momento adelanta el proceso, por lo que, se advierte que la Fiscalía Séptima Especializada contra el Narcotráfico, no le ha brindado respuesta completa sobre las pretensiones al actor.

Por lo anterior, la Sala procederá a tutelar el derecho fundamental de petición que le asiste a la parte actora, y en consecuencia; de ello ordenará a la Fiscalía Séptima Especializada contra el Narcotráfico que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, si aún no lo han hecho, proceda dentro del ámbito de su competencia a emitir respuesta completa, esto es, informar sobre la preclusión de la investigación en favor del señor José Macario Rivas Murillo, adjuntando la respectiva resolución y constancias de comunicación a las autoridades competentes.

Es de anotar que la Entidad Accionada deberá informar a este despacho sobre el cumplimiento del presente fallo.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER por ser procedente la tutela del derecho fundamental de petición que le asiste al abogado HAROLD MURILLO MOSQUERA actuando como apoderado judicial del señor JOSÉ

MACARIO RIVAS MURILLO, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: **ORDENAR** a la Fiscalía Séptima Especializada contra el Narcotráfico que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, si aún no lo han hecho, proceda dentro del ámbito de su competencia a emitir respuesta completa, esto es, informar sobre la preclusión de la investigación en favor del señor José Macario Rivas Murillo, adjuntando la respectiva resolución y constancias de comunicación a las autoridades competentes.

TERCERO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso de que no se presente ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **2a1ea9ad65e7dbfc3694b355c13346cb395bd0879957349810c55eb2f5aacbc5**

Documento generado en 13/09/2022 09:03:41 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P: DRA. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Radicado: 05000 22 04 0000 2022 00390
Rdo. Interno: 2022-1272-2
Accionante: Víctor Augusto Franco Restrepo
Fiscal 68 Local de Cisneros, Antioquia
Accionados: Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo, Antioquia y otro.
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No. 039
Decisión: Niega

Medellín, catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)
Aprobado según acta No. 085

1. ASUNTO A DECIDIR

Dentro del término legal mediante esta sentencia, la Sala resuelve la acción de tutela presentada por el doctor Víctor Augusto Franco Restrepo, Fiscal 68 Local del Municipio de Cisneros, Antioquia, en contra del Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo, Antioquia y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, por estimar vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad.

Se vinculó por pasiva a esta acción constitucional a todas las partes e intervinientes Especiales dentro del proceso identificado con CUI: 051906100100201480247, esto es, a los señores: DIEGO LOAIZA

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

CHAVEZ —procesado—, FAVER ANDRÉS MESA GARCÍA —Defensor Público, DIANA MARIA MONTOYA VALENCIA—Representante del menor víctima—, ELIANA MARCELA CARDEÑO- Apoderada de la Víctima- y el Representante del Ministerio Público, en tanto pueden verse afectado con las resultados del presente proceso constitucional.

2. LA DEMANDA

Aduce el accionante que, en calidad de Fiscal 68 ante los Jueces Municipales y Promiscuos, con sede en el municipio de Cisneros Antioquia, actuó en representación de la Fiscalía General de la Nación, en calidad de parte, en el proceso penal con numero de noticia criminal SPOA 151906100100201480247 (radicado interno del juzgado 2022-00014), llevado en contra de Diego Loaiza Chávez por el presunto delito de Inasistencia Alimentaria, en etapa de conocimiento, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo, Antioquia.

Destaca que, el día 10 de mayo de 2022, se llevó a la cabo la audiencia concentrada, y al llegar al numeral 4° del artículo 542 del C.P.P. la Fiscalía adicionó los nombres de Yuri Yesenia Molina Estrada y Licinio Pérez Valencia, como testigos de acreditación, quienes habían intervenido en la recolección de elementos materiales probatorios en desarrollo de la actividad investigativa evacuada bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía, nombres que se omitieron relacionar en el escrito de acusación y del cual se corrió traslado al investigado en presencia de su defensor, el 17 de octubre de 2019. Pese a lo anterior, el defensor del investigado se opuso, aduciendo que no habían sido enunciados en el escrito de acusación, y que no era el momento procesal para descubrir nuevos elementos de prueba, toda vez que el artículo 536 Ibidem, contempla que el descubrimiento probatorio realizado por la Fiscalía en el traslado del escrito de acusación, debía ser total.

Señala que, en el acápite de la audiencia preparatoria, en desarrollo de las solicitudes probatorias con aducción de la pertinencia y conducencia, la Fiscalía incluyó a los dos testigos de acreditación, que habían sido adicionados en la audiencia de formulación de acusación, esto es, Yuri Yesenia Molina Estrada y Licinio Pérez Valencia; sin embargo, el juez de conocimiento negó decretar la práctica de la prueba testimonial a la Fiscalía, respecto de los dos testigos de acreditación que habían sido adicionados en la audiencia de acusación, y aducida su pertinencia y conducencia en la preparatoria, por vulneración del debido proceso y derecho de defensa, por no haber sido descubiertos oportunamente, dando aplicación a la sanción establecida en el art. 346 C.P.P.

Advierte que, la Fiscalía interpuso recurso de apelación contra la decisión tomada por la primera instancia, el cual fue concedido ante Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros Antioquia y, mediante auto interlocutorio No.112 del 24 de agosto de 2022 el citado juzgado confirmó la decisión de primera instancia, dando la razón al defensor del investigado, en el entendido que, en la audiencia concentrada no podía la Fiscalía descubrir nuevos elementos materiales probatorios, en este caso, adicionar los testimonios de Yuri Yesenia Molina Estrada y Licinio Pérez Valencia, puesto que si se hace alguna adición de medios de conocimiento, en la acusación, se estaría vulnerando el derecho de contradicción a la defensa porque no tendría como refutar con otra prueba. Concluyendo el Ad-quem que, resulta obligatorio para la Fiscalía, además de correr traslado a la defensa del escrito de acusación con todos los elementos materiales probatorios que tenga en su poder, de forma completa y oportuna, relacionar todos los testigos que pretenda llevar al juicio, de lo contrario procede su rechazo.

En vista de lo anterior considera que las citadas decisiones vulnera del derecho a la igualdad, en tanto considera que se está negando a la Fiscalía General de la Nación, en calidad de parte, en desarrollo de un proceso penal en etapa de juzgamiento, la posibilidad de conceder la práctica de unas pruebas, oportunamente solicitadas, pues en un estado social y democrático de derecho, las partes en un proceso penal, deben gozar de los mismos derechos, mismo trato, de tener las mismas posibilidades y oportunidades, en este caso la Fiscalía, de solicitar y que se le autorice la práctica de las pruebas tendientes a demostrar en audiencia de juicio oral, más allá de duda razonable la ocurrencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, más aún, se itera, cuando se estaba en la etapa procesal oportuna para que se le decretara las pruebas solicitadas, debiéndose entonces, garantizar la igualdad de armas (ente acusador – investigado) que se predica en el sistema penal oral acusatorio.

Asimismo, arguye violación al derecho fundamental al debido proceso, pues el derecho a presentar pruebas, no solo aplica únicamente para la persona investigada, habida cuenta que el sistema acusatorio que rige actualmente en Colombia, es un sistema de partes, de carácter adversarial, en el que se debe garantizar la igualdad de armas, es decir, ambas partes deben tener las mismas posibilidades, entre otras situaciones, de solicitar y que se le autorice la práctica de pruebas tendiente a demostrar su teoría del caso, por lo que, en procedimiento abreviado, en el traslado del escrito de acusación equivale, como ya se ha dicho, a una comunicación de cargos, tiene la fiscalía la potestad de seguir consiguiendo elementos probatorios e información tendiente a la preparación de la vista oral, y descubrirlos en este procedimiento abreviado en la formulación de acusación. Sería lo acertado entender de la norma, en aras de garantizar el debido proceso y la igualdad de armas entre las partes que se predica en el procedimiento acusatorio

colombiano, en garantía de los mismos derechos de la víctima, más aún cuando en este caso es un menor de edad.

En vista de lo anterior, solicita:

- 1.-Tutelar el derecho fundamental al debido proceso probatorio.
- 2.- En consecuencia, que se ordene a los despachos judiciales accionados, la modificación del escrito de acusación, en el sentido de adicionar los testigos de acreditación YURI YESENIA MOLINA ESTRADA y LICINIO PÉREZ VALENCIA.
- 3.- Se ordene, escuchar el testimonio de los mencionados testigos de acreditación, en la vista oral, como se solicitó en la audiencia preparatoria, dentro de la noticia criminal SPOA 051906100165201400103 (radicado interno del juzgado 2022-00014), adelantada en contra de Diego Loaiza Chávez, por el presunto delito de Inasistencia alimentaria.

3. LA RESPUESTA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta del Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo, Antioquia, en la que informa:

(...)

"...me permito hacer un recuento histórico del procedimiento realizado dentro del proceso penal por el delito de inasistencia alimentaria se adelanta en contra del señor Diego Loaiza Chávez, donde resulto como víctima la menor Isabella Loaiza Montoya, quien es representada por su madre Diana María Montoya Valencia.

1. *Por medio del correo electrónico día 24 de febrero del presente año, el Juzgado Promiscuo de San Roque- Antioquia, envía escrito de acusación presentado por el Fiscal 068 Local de Cisneros- Antioquia, promovido en contra del señor Diego Loaiza Chávez, por el delito de Inasistencia alimentaria, a fin que este despacho proceda a darle el trámite en etapa de conocimiento, toda vez que este por auto del 03 de diciembre del 2021,*

se había declarado impedido para actuar.

- 2. Por auto del veintiocho (28) de febrero del año en curso, este juzgado avocó conocimiento del proceso y procedió a darle tramite de la ley 1826 del 2017, convocando a las partes para audiencia concentrada, la cual se fijó para el día 15 de marzo del presente año.*
- 3. Luego de varios aplazamientos, no atribuidos al despacho, el 10 de mayo del 2022, se llega acabo—Sic- la audiencia concentrada que indica el artículo 542 de la Ley 1826 del 2017.*
- 4. En desarrollo de la audiencia concentrada, la fiscalía solicita se adicione al escrito de acusación respecto que se tenga como testigos a los Yuri Yesenia Molina Estrada y Licinio Pérez Valencia, como testigos de acreditación y se acepte el memorial de octubre 17 del 2017, con 8 recibos de consignación presentados por el señor Diego Loaiza Chávez.*
- 5. Ante la solicitud presentada por la fiscalía 068 Local de Cisneros- Antioquia, esta judicatura rechazó del plano los testimonios de Yuri Yesenia Molina Estrada y del señor Licinio Pérez Valencia, como testigos de acreditación, toda vez que éstos no fueron relacionados en escrito de acusación al momento de su traslado.*
- 6. Decisión que fue recurrida por la fiscalía, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros- Antioquia, actuaciones que fueron enviadas el cinco (05) de mayo del presente año, a fin de ser resuelto el recurso de apelación.*
- 7. El 24 de agosto del 2022, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros Antioquia, por auto del 112 confirma íntegramente la providencia del 10 de mayo del 2022, que rechazo la adición de los testimonios de la señora Yuri Yesenia Molina Estrada y el señor Licinio Pérez Valencia.*

Sea lo primero indicar, que el derecho al debido proceso la jurisprudencia constitucional lo ha definido como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido

como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". También se ha definido como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, "con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción".

En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Según se ha destacado, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico "la

defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas" (preámbulo y artículos 1º y 2º de la C.P).

(...)

Frente a lo anteriormente indicado, este despacho ha obrado dentro del marco legal y constitucional, salvaguardado los derechos de contradicción y defensa y sobre todo, preservando el debido proceso probatorio, por lo siguiente:

Este funcionario no ha vulnerado ningún derecho al accionante, toda vez que la decisión adoptada fueron soportadas en normas legales, teniendo en cuenta, además, la jurisprudencia de las altas cortes que han analizado casos iguales a los debatidos en el presente proceso. Es que la decisión no se han caracterizado por el capricho del funcionario, por errores aberrantes o por falta de fundamento objetivo y considero realmente que tales anomalías no pueden afirmarse en el caso toda vez que el auto fue dictado dentro de los términos establecidos en el la ley, con las garantías legal y constitucionales que para tal situación se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico.

Este despacho, colige que no se evidenció vulneración al derecho fundamental al debido proceso del accionante y que deba ser amparado por esta vía constitucional, pues como ya se dijo, al accionante se le dieron todas las garantías legales y constitucionales para que ejerciera sus derechos presuntamente violentados, basados en la normatividad existente y teniendo en cuenta la jurisprudencia que para el caso han dictados las altas cortes, que son referentes y de obligatorio cumplimiento.

Es de indicar que este despacho al momento de adoptar la decisión de rechazar los testimonio de los señores Yuri Yesenia Molina Estrada y Licinio Pérez Valencia, como testigos de acreditación de la fiscalía, tuvo en cuenta que estos no fueron debidamente relacionados en el respectivo traslado de acusación, presentado a la defensa el 17 de octubre del año inmediatamente anterior.

Pretende en la audiencia concentrada la fiscalía modificar el escrito de acusación al introducir unas nuevas pruebas como son el testimonio de los señores Yuri Yesenia Molina Estrada y Licinio Pérez Valencia como testigos de acreditación, basado precisamente en el Nral 4 del Art. 542 del C.P.P. indicando

que si bien no se indicaron en el escrito de acusación, si obra en los traslados dados que estos realizaron cierta cantidad de actos que permite entonces que sean tenidos como testigos de la fiscalía, contrariando el artículo 536, en donde se indica que el descubrimiento probatorio por parte de la fiscalía debe ser total, sorprendiendo a la defensa con estas nuevas pruebas, violentando con ese actuar el debido proceso probatorio y el derecho de defensa.

(...)

En efecto, y tal como se indicó en el auto recurrido en primera instancia y que fuera confirmada por el a quem, este despacho tenía la teoría que efectivamente en audiencia de acusación, la fiscalía podría modificación el escrito de acusación allegar nuevas pruebas de conformidad con el numeral 4 del artículo 542 del C.P.P., posición que se modificó debido que en un caso similar se aprobó su modificación pero el mismo fue revocado por parte del superior.

No obstante, en sentencia del 26 de octubre del 2021, el juez promiscuo del Circuito de Cisneros- Antioquia, en providencia de segunda instancia dejo claro y sentado que efectivamente no podía la fiscalía traer nuevos elementos que no tuvo en cuenta o que no fueron enunciados en la audiencia o cuando se dio el traslado del escrito de acusación a la defensa.

"...no se puede desconocer el derecho probatorio de las partes, en aras de salvaguardar un olvido de la fiscalía al momento de presentar su escrito de acusación y ahora en sede de modificación trata de corregir el yerro cometido, en cuanto a incluir testimonios de los señores Yuri Yesenia Molina Estrada y del señor Licinio Pérez Valencia, como testigos de acreditación de la fiscalía, cuando éstos no fueron incluidos en el respectivo escrito de acusación, que hace entonces que se halla dado la sanción establecida en el Art. 542, Nral. 6º del C.P.P., adicionado por la Ley 1826 de 2017."

Tampoco puede desconocerse el principio antes indicado de la defensa, quien con la modificación solicitada la sorprende, que hace entonces que ésta no pueda realizar una adecuada defensa técnica de su prohijado, por la introducción de unos elementos probatorios nuevos, para lo cual no estaba preparado, máxime que este es la antesala del juicio oral, en donde esa vocación probatoria, entra como prueba dentro del respectivo proceso.

Llama la atención que siendo la fiscalía en ente acusador y en donde es del

resorte a diario realizar este tipo de escritos, venga a endilgarle responsabilidades a los jueces de instancias frente a un olvido tan significativo y mucho menos, sorprender a la defensa con nuevos elementos probatorios que no fueron incorporados inicialmente, contrariando entonces los principios de legalidad, publicidad, oralidad, contradicción, inmediación y concentración, so pena de desnaturalizar el respectivo acto probatorio, tal como lo señala la transcrita jurisprudencia.

Este despacho, colige que no se evidenció vulneración al derecho fundamental al debido proceso probatorio del accionante y que deba ser amparado por esta vía constitucional, pues como ya se indicó, a la accionante se le otorgaron todas las garantías legales y constitucionales para que ejerciera su derecho al debido proceso y por ende, el derecho a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Por todo lo anteriormente expuesto, señor juez, considero que este funcionario no ha vulnerado ningún derecho, al contrario, ha actuado con lealtad, probidad y buena fe y solicito muy respetuosamente se deniegue la presente acción de tutela por improcedente.

Por su parte, El Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia, indicó en su respuesta lo siguiente:

(...)

“El 13 de mayo de 2022, se recibió carpeta penal para resolver recurso de apelación.

El 16 de mayo de 2022, se avocó conocimiento y se señaló el 24 de agosto de 2022 a partir de las 02:00 p.m. para comunicar la decisión a las partes.

El 26 de mayo de 2022, se notificó el auto anterior.

El 24 de agosto, se emitió el auto de segunda instancia y se notificó a las partes y se realizó la respectiva acta.

El día de hoy se devolvió el proceso al Juzgado de Primera Instancia. Este Despacho actuó en derecho y se está a lo dispuesto en el respectivo fallo...”

Finalmente, las partes e intervinientes Especiales dentro del proceso identificado con CUI: 051906100100201480247, pese haber sido

vinculados a esta acción constitucional, no hicieron ningún pronunciamiento frente a los hechos y pretensiones de la tutela, situación que no es óbice para resolver a tono con lo dispuesto en el Art. 20 del Decreto 2591 de 1991.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Competencia

De acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991 y las reglas de reparto previstas en el Decreto 1382 de 2000, esta Corporación es competente para resolver la presente demanda de tutela al estar vinculado un Juzgado con categoría de Circuito perteneciente al Distrito Judicial de Antioquia.

4.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si es procedente por parte de esta corporación, amparar los derechos a la igualdad de armas y debido proceso probatorio invocados por la Fiscalía 68 Local de Cisneros, Antioquia y, en consecuencia, ordenar a los despachos judiciales que dentro del proceso con CUI: 051906100100201480247 la modificación del escrito de acusación, en el sentido de adicionar los testigos de acreditación YURI YESENIA MOLINA ESTRADA y LICINIO PÉREZ VALENCIA y, en consecuencia, escuchar el testimonio de los mencionados testigos de acreditación en la audiencia de juicio oral.

Frente al amparo de tutela, la Honorable Corte Constitucional colombiana, ha manifestado de manera exhaustiva que el amparo a la tutela es tanto un mecanismo subsidiario regulado para salvaguardar y proteger aquellos derechos fundamentales que están siendo violentados al afectado, de una consumación.

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales, de suerte que, debe verificarse en primer lugar, si la acción constitucional cumple con los requisitos de procedibilidad dispuestos por la Corte Constitucional, que, entre otras decisiones, dispuso en la sentencia SU- 332 de 2019, lo siguiente:

(...)

Requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

8. La Corte en la **Sentencia C-590 de 2005** buscó hacer compatible el control por vía de tutela de las decisiones judiciales, con los principios de cosa juzgada, independencia y autonomía judicial y seguridad jurídica. Por ello estableció diversas condiciones procesales para la **procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que deben superarse en su totalidad, a fin de avalar el estudio posterior de las denominadas causales específicas de procedibilidad. Tales condiciones son: (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional⁶⁵⁸; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance⁶⁵⁹; (iii) que se cumpla el principio de inmediatez⁶⁶⁰; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en el proceso⁶⁶¹; (v) que se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales⁶⁶² y (vi) que no se trate de una tutela contra otra tutela⁶⁶³.**

(...)

Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

10. Ahora bien, frente a las causales específicas de procedibilidad, esta Corporación ha emitido innumerables fallos⁶⁶⁴ en los cuales ha desarrollado jurisprudencialmente los parámetros a partir de los cuales el juez pueda identificar aquellos escenarios en los que la acción de tutela resulta procedente para controvertir los posibles defectos de las decisiones judiciales, para con ello determinar si hay o no lugar a la protección, excepcional y restrictiva, de los derechos fundamentales por vía de la acción de tutela⁶⁶⁵. Producto de una labor de sistematización, en la **Sentencia C-590 de 2005** se indicó que puede configurarse una vía de hecho cuando se presenta alguna de las siguientes causales:

- **Defecto orgánico** que ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.
- **Defecto procedimental absoluto** que surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.
- **Defecto fáctico** que se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión.
- **Defecto material o sustantivo** que tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión.
- **El error inducido** que acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.
- **Decisión sin motivación** que presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.

Ahora, con relación al **agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios** como condición previa para acudir a la acción de tutela en sede del requisito de procedibilidad de subsidiariedad, indicó la Corte constitucional², lo siguiente:

“El requisito de subsidiariedad. La interposición oportuna de los recursos ordinarios y extraordinarios como condición previa para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

(...)

No obstante, el mismo mandato constitucional, en concordancia con lo previsto en el artículo sexto (numeral 1º) del Decreto 2591 de 1991, establece excepciones a dicha regla, en el sentido de considerar que la acción de tutela será procedente aunque el afectado cuente con otro medio de defensa (i) cuando la misma se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o, (ii) cuando, en correspondencia con la situación fáctica bajo análisis, se pueda establecer que los recursos judiciales no son idóneos ni eficaces para superar la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados.

En ese contexto, tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales, le corresponde al juez constitucional verificar de forma exhaustiva que la parte accionante agotó “(...) todos los medios – ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial a su alcance (...)”^[22], de manera que, solo es posible erigir la tutela como mecanismo principal, cuando el actor acredite la consumación de un perjuicio irremediable o se verifique la falta

² Sentencia T-237 de 2018

de idoneidad o eficacia de los recursos ordinarios de defensa; circunstancias que adquieren cierto grado de flexibilidad frente a sujetos de especial protección constitucional.

En la Sentencia C-590 de 2005, esta Corporación precisó que, en virtud del requisito de subsidiariedad, es “deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos”, pues, [d]e no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”.

(...)

En el mismo sentido, esta Corporación ha establecido que “(...) es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios”^[26].

Ahora bien, y para efectos de lo que ocupa la atención de la Sala, es preciso recordar que en el escenario de la tutela contra providencias judiciales, este Tribunal ha sido claro en señalar que las reglas generales de procedencia de la acción de amparo deben seguirse con especial rigor^[27]. **Lo anterior, so pena de desconocer no solo el principio la autonomía judicial, sino también, los principios de legalidad y del juez natural como elementos fundamentales de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.**

En suma, de la aplicación del requisito de subsidiariedad surgen las siguientes conclusiones: (i) la acción de tutela no es un mecanismo judicial diseñado para reemplazar los medios ordinarios de defensa, ni para reabrir procesos concluidos, ni revivir términos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada de la parte interesada. Ello, sin perjuicio de que, en cada caso, (ii) se verifique si acudir a los medios ordinarios o recursos comporta una carga desproporcionada para el actor, ya sea, por su falta de eficacia e idoneidad a la luz de las circunstancias particulares, o cuando se evidencie la existencia de un perjuicio irremediable y este sea alegado por la parte interesada.

Sobre esas bases, le corresponde al juez constitucional verificar con particular atención el cumplimiento del presupuesto de la subsidiariedad, para con ello, determinar la procedencia de las acciones de tutela que se interpongan contra decisiones judiciales...” *NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO*

Finalmente, tratándose de acciones de tutela contra decisiones judiciales emitidas en **procesos que se encuentran en curso**, pertinente es acudir a lo dispuesto por la H. Corte Suprema Justicia³ en punto del carácter subsidiario y residual de este amparo constitucional:

(...)

"Las etapas, recursos y procedimientos que conforman una actuación son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías que conforman el debido proceso.

Bueno es precisar que, mientras un proceso esté en curso cualquier solicitud de protección de garantías fundamentales debe hacerse exclusivamente en ese escenario, porque de lo contrario todas las decisiones provisionales que se tomen en el transcurso de la actuación ordinaria, estarían siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno a ella, como si se tratara de una instancia superior adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales.

Se insiste en que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar la protección de los derechos que se estimen lesionados en el trámite de un proceso judicial, pues para ello el ordenamiento jurídico ha diseñado una serie de instrumentos que, precisamente, buscan garantizar la corrección de las decisiones judiciales que se adopten en su interior.

(...)

Justamente, ha explicado la Sala que las características de subsidiaridad y residualidad, que son predicables de la acción de protección constitucional, disponen como consecuencia que no pueda acudirse a tal mecanismo excepcional de amparo, para lograr la intervención del juez constitucional en procesos en trámite, porque ello, además de desnaturalizar su esencia, socava postulados constitucionales como la independencia y la autonomía funcional que rigen la actividad de la Rama Judicial al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política.

Igualmente, estableció que tampoco puede acudirse a este excepcionalísimo medio de defensa para reemplazar los procedimientos ordinarios, cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes, lo cual impide considerarlo como medio alternativo o instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

Así las cosas, se reitera, mientras un proceso se encuentre en curso, es decir, no se haya agotado la actuación del juez ordinario, el afectado tendrá la posibilidad de reclamar al interior del trámite el respeto de las garantías constitucionales, sin que sea admisible acudir para tal fin a la tutela..."
NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

³ CSJ STP11525 Rdo. 118541 del 7 de septiembre de 2021 M.P. José Francisco Acuña Vizcaya

Acorde con los hechos de la tutela, explica el accionante que, dentro del proceso identificado con CUI 051906100165201400103 adelantado en contra de Diego Loaiza Chávez, por el delito de Inasistencia alimentaria, en audiencia concentrada llevada a cabo el 10 de mayo de 2022, el Juez Promiscuo Municipal de Santo Domingo, Antioquia, rechazó del plano los testimonios de Yuri Yesenia Molina Estrada y del señor Licinio Pérez Valencia, como testigos de acreditación, toda vez que éstos no fueron relacionados en escrito de acusación al momento de su traslado. La citada decisión fue recurrida por la fiscalía, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros- Antioquia ,y mediante auto del 24 de agosto del 2022, ese despacho confirmó íntegramente la providencia del 10 de mayo. Decisiones estas que considera la Fiscalía 68 Local de Cisneros, Antioquia violatorias del derecho de igualdad de armas y del debido proceso probatorio.

Bajo este panorama, advierte desde ya la Sala la **imposibilidad de analizar de fondo la solicitud del accionante** ante el no cumplimiento del requisito de **PROCEDIBILIDAD DE SUBSIDIARIEDAD**. La razón, el proceso penal aludido, en la actualidad **se encuentra en curso**, luego, cualquier afectación a derechos fundamentales debe ventilarse al interior del proceso judicial a través de las herramientas que ha dispuesto la ley para tal efecto, agotándose la **totalidad de los medios judiciales dentro del proceso penal**, en este caso, abreviado. Por manera que, verificado lo anterior, puede el juez constitucional continuar con el estudio de los demás requisitos de procedibilidad dispuestos por la Corte Constitucional, cuando se está en presencia de una acción de tutela dirigida en contra una providencia judicial.

Así las cosas, pertinente es reiterar lo indicado por la Corte Suprema de justicia, en la decisión citada en precedencia, en

punto del requisito de procedibilidad de subsidiariedad cuando se está en presencia de un proceso judicial en curso, veamos:

(...)

“... mientras un proceso esté en curso cualquier solicitud de protección de garantías fundamentales debe hacerse exclusivamente en ese escenario, porque de lo contrario todas las decisiones provisionales que se tomen en el transcurso de la actuación ordinaria, estarían siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno a ella, como si se tratara de una instancia superior adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales. “NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

Sean estos argumentos suficientes para **DECLARAR IMPROCEDENTE** la tutela impetrada doctor Víctor Augusto Franco Restrepo, Fiscal 68 Local del Municipio de Cisneros, Antioquia, en contra del Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo, Antioquia y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, al no haberse acreditado el requisito de procedibilidad de subsidiariedad.

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

5. RESUELVE

PRIMERO: Se **DECLARA IMPROCEDENTE** la tutela impetrada el doctor Víctor Augusto Franco Restrepo, Fiscal 68 Local del Municipio de Cisneros, Antioquia, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**(En permiso)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

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: **3d0317fcc0be4b3a5cb838d9adbada6e0b70136fd3acdc96c47ef59f236ed1bb**

Documento generado en 14/09/2022 02:40:51 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 05 250 61 00000 2017 00008
N. Interno: 2022-0047-2
Sentenciado: Luis Fernando Díaz Mesa
Víctor Saoco Pérez López
Delito: Rebelión y otros.
Decisión: Modifica decisión de primera instancia

Medellín, trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Aprobada en reunión de la fecha, según acta No. 085

I. ASUNTO.

Procede la Sala a desatar el recurso de alzada interpuesto por el defensor de los sentenciados, contra el fallo proferido el 2 de diciembre de 2021, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en virtud del cual se declaró autor penalmente responsable a los señores LUIS

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

FERNANDO DÍAZ MESA Y VICTOR SAOCO PÉREZ LÓPEZ, de las conductas punibles de HOMICIDIO SIMPLE TENTADO, CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y REBELIÓN, en calidad de determinador y autor respectivamente; como consecuencia de ello se le impuso, una pena de 180 meses de prisión y multa equivalente a 2840 smlmv para el año 2016 y 144 meses de prisión y multa equivalente a 2833.33 smlmv para el año 2016, respectivamente, y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena corporal, sin derecho a ningún sustituto penal, disponiéndose que cumplieran la sanción intramural en establecimiento carcelario.

II. LOS HECHOS

Los mismos fueron reseñados por el juzgador de primer grado de la siguiente manera:

Se consignó en el escrito de acusación que en el corregimiento Puerto López del municipio de El Bagre (Ant.) opera una facción (Resistencia Cacique Guamoco) de la organización rebelde conocida como ELN, bajo del procesado LUIS FERNANDO DÍAZ MESA (sic), conocido con el alias de Luisito, y como segundo VICTOR SAOCO PÉREZ LÓPEZ (a. Saoco).

Dicha asociación ilícita, además de tener por finalidad la de derrumbar el régimen Constitucional vigente, ejercía el control territorial a través de la comisión de diversos delitos como la extorsión a mineros y comerciantes de la zona.

Se sabe, igualmente, que el 08 de enero (o agosto) del año 2016 los procesados, junto con el conocido Chachán, con arma de fuego atentaron en contra de la humanidad de Alercis Primero Paternina, quien pudo salvar su vida gracias al apoyo de la Fuerza Pública. Sin embargo, por esa acción, la unidad familiar de la víctima tuvo que abandonar el territorio.

Asimismo, se dijo que el 07 de diciembre de 2016, LUIS FERNANDO DÍAZ MESA y otros “encontraron en la vía rural un coche-cama con grúa, al parecer destinada a la minería ilegal, y fue retenido su conductor hasta que consignaron 2'000.000.00 (DOS MILLONES DE PESOS), desde Caucasia.

III. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Por los hechos antes narrados, el señor Luis Fernando Díaz Mesa, fue presentado ante los Jueces Municipales con Función de Control de Garantías de Medellín el 30 de julio de 2017, mientras que Víctor Saoco Pérez López lo fue el 15 de septiembre de la misma anualidad.

A Díaz Mesa se le imputaron los delitos de rebelión, concierto para delinquir agravado, homicidio en persona protegida, desplazamiento forzado agravado y secuestro extorsivo agravado. De su lado, a Víctor Saoco Pérez López se le comunicaron cargos como posible responsable de los reatos de rebelión, concierto para delinquir agravado, homicidio en persona protegida, desplazamiento forzado agravado.

En forma consecucional, se remite la actuación a los Jueces de Conocimiento, correspondiendo por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por lo cual, el 19 de febrero de 2018, la Fiscalía 10 Especializada formuló acusación contra los procesados por los mismos delitos imputados. La audiencia preparatoria se realizó los días 14 de agosto y 19 de noviembre de 2018 y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones entre el 27 de febrero de 2019 y el 4 de junio de 2021, fecha en la que se profirió el sentido del fallo de condena y absolución. Finalmente, el pasado 2 de diciembre de la anualidad anterior se emitió la sentencia que es objeto de apelación.

La defensa, al no estar de acuerdo con la valoración probatoria respecto de uno de los punibles y del proceso de dosificación punitiva razonado por el censor de primer grado, interpuso recurso de apelación y el A quo concedió la alzada ante esta Corporación.

IV. LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El juez de primera instancia, luego de agotada la práctica probatoria, decidió absolver al señor Luis Fernando Díaz Mesa del punible de secuestro extorsivo agravado y desplazamiento forzado agravado y Víctor Saoco Pérez López del cargo de desplazamiento forzado agravado, considerando que la Fiscalía no cumplió con la carga que le asistía acreditar la existencia de esos delitos, por ende, acogió la petición de absolución elevada por el ente acusador.

Ahora, con ocasión de los punibles de homicidio tentado, concierto para delinquir y rebelión, se tiene que con los testimonios de Alercis Adel y Yorladis del Carmen Primero Paternina, Clarivel Paternina Romero, investigador Henry Alberto Montoya Zuluaga, intendente John Jaime España López, investigador Gustavo Adolfo Muñoz Pintor y Francisco Murillo Herrera, corroborada por la prueba técnica, permiten conocer más allá de duda razonable que los procesados como integrantes del ELN extorsionaban a comerciantes y mineros de que operaban en el territorio de Puerto López. Y, además, que concurrieron en el atentado que casi acaba con la vida del Alercis Paternina, uno ordenándolo – Díaz Mesa - y el otro como autor material – Saoco - junto con el conocido con el alias de Chachán.

Explica el a-quo que las pruebas dan cuenta certera acerca de cómo varios de sus integrantes -entre ellos los acusados-, efectivamente se concertaron para cometer delitos de extorsión, para lo cual coaccionaban a comerciantes y mineros de la región, sin que se pueda observar en parte alguna que el capital ilegalmente recaudado, fue usado para lograr los fines del delito político, y en cambio sí para sufragar los gastos personales y celebraciones de los procesados. Así, en esos casos se ha reconocido un concurso real de los punibles de concierto para delinquir y rebelión, tal como lo enseña la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Radicado 34482, nov. 24 de 2010.

En lo que respecta a la tasación de la pena, determinó que para LUIS FERNANDO DÍAZ MESA se parte de una pena de 120 meses de prisión, que se aumenta en 24 meses por el concierto y 36 meses por la rebelión, para una total de 180 meses de prisión. La multa se establece en 2840 smlmv para el año 2016.

En cuanto al sentenciado SAOCO PÉREZ, a los 120 meses de prisión que hacen de pena base, se suman 12 meses por el concierto y 12 meses más por la rebelión, para un total de 144 meses. La multa se fija en 2833.33 smlmv para al 2016.

En sus disertos, explicó no partir de los mínimos de la pena prevista en la ley para el delito de homicidio, ya que la prueba enseña la frialdad con la que actuaron los partícipes, quienes sin miramiento alguno atentaron contra la humanidad del joven Primera Paternina, aun cuando se encontraba acompañado de su señora madre y unos menores de edad.

Aduce que cuando los autores advirtieron que la víctima no había fallecido, pensaron en regresar a rematarlo, e incluso atentar en contra de la vida de la madre, pues fue testigo fiel del evento, lo que enseña la alta intensidad del dolo con el que se cometió el delito.

En lo correspondiente, a los subrogados penales, consideró improbable otorgar a los sentenciados el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena o el sustituto de la prisión domiciliaria, por la prohibición contenida

en el artículo 68A del código penal, el monto de las sanciones asignadas y las penas previstas en la ley para los delitos por los cuales fueron procesados.

V. ARGUMENTOS DEL DISENSO

El defensor de los procesados cuestionó la determinación de primer nivel en cuanto a la condena por el delito de rebelión por considerar que el a quo dio por sentado que los dineros recaudados tuvieron fines altruistas y personales, sin embargo, la prueba demostró que los recursos se utilizaron en la financiación de la actividad rebelde, además de ser destinados para la compra de alimentos - no para la realización de festejos como lo indica la sentencia -por ello, no podrá castigarse dicha asociación pues ésta ya está cobijada por el asociarse como miembro de un grupo rebelde, eso sí sin perjuicio que la conducta como tal, es decir una extorsión en específico sea objeto de investigación como hecho independiente, cosa que no ocurrió.

Arguye, que el censor de primer grado, desvaloró dos veces la conducta de sus defendidos, a través del concurso delictual entre concierto para delinquir y rebelión.

De otro lado, reprocha el impugnante que, a la hora de imponer la sanción punitiva, no se partiera del mínimo de la pena, por el contrario, su análisis se realizó a partir de 120 meses y no en 104 meses de prisión, fundamentando para tal evento, que era tal la intensidad del dolo que al enterarse

que no había fallecido la víctima, pretendieron volverlo a acabar con la labor encomendada, violándose el principio de legalidad.

En ese orden, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, eliminando el punible de rebelión, debiendo con ello redosificar la sanción punitiva.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

i. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura es competente para desatar el recurso de alzada, por lo que procederá al examen del mismo.

ii. PROBLEMA JURIDICO.

En esta oportunidad la defensa plantea dos tópicos a resolver a través de la alzada: uno, persiguiendo la modificación de la sentencia condenatoria objeto de censura y en consecuencia, demandando la absolución de los procesados por el punible de concierto para delinquir por cuanto no concursa con el punible de rebelión y otro, la dosificación punitiva.

En ese orden, por virtud del principio de prevalencia se analizará como primer problema jurídico a valorar los medios probatorios debidamente incorporados al proceso penal

para determinar si existen sustentos que permitan confirmar tal concurso.

Superado el análisis anterior, se analizará, si en efecto, es procedente o no la redosificación en la aplicación de los postulados expuestos por el petente.

Sobre el concurso de las conductas punibles de Rebelión y Concierto para delinquir

Para dilucidar el problema propuesto por la defensa, conviene desentrañar cuál es el ámbito represivo del delito de rebelión, tarea que impone verificar los elementos descriptivos y normativos del punible en mención, con los consecuentes pronunciamientos que al respecto ha realizado la jurisprudencia nacional.

Sobre la tipicidad del delito de rebelión, conducta atentatoria contra el régimen constitucional y legal, se encuentra definida en el artículo 467 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

“Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirá en prisión de...”

No en vano, de tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal ha señalado que aunque la descripción del tipo sanciona penalmente a quienes mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al

Gobierno Nacional o, suprimir o modificar el régimen constitucional vigente, no sólo son sujetos activos de la conducta punible aquellos que literalmente empuñen las armas con los propósitos mencionados, sino también aquellos que cumplen otras funciones encaminadas a materializar sus propósitos, pues siendo los grupos guerrilleros organizaciones constituidas al margen de la ley, cuyo objetivo es quebrantar la institucionalidad gubernamental, su cabal funcionamiento demanda de una estructura que en diferentes ámbitos garantice el desarrollo de las actividades subversivas (CSJ SP 24 nov. 2010, radicado 34482).

En este sentido, los actos de rebelión no se agotan únicamente en el enfrentamiento armado con los miembros de las fuerzas legalmente constituidas, sino que también encuentra realización en la pertenencia del sujeto agente al grupo subversivo, así materialmente no porte armas de fuego ni haga uso de ellas, porque la exigencia típica relativa al empleo de las armas se da con las que, en orden a lograr sus finalidades, utiliza el grupo rebelde al que se pertenece (CSJ AP 15 jul. 2009, radicado 29.876).

Ahora bien, en lo que respecta al sujeto activo del ilícito la jurisprudencia ha expuesto desde antaño, que la condición de rebelde no sólo se predica de los agentes armados o uniformados, facción estrictamente militar o “*combatientes*”, sino también de todo aquél que, en ejercicio de cualquiera otro rol o desempeño, como el político, ideológico,

financiero, etc., haga parte de la organización subversiva (CSJ SP, 21 Feb. 2001, Rad. 18.065).

Al respecto, de vieja data, ha sostenido el Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria²:

"No quiere decir que todos los miembros de un grupo guerrillero tengan que ser combatientes para que se les pueda considerar rebeldes; basta con que se pertenezca al grupo subversivo y por dicha razón le sean encomendadas labores de cualquier naturaleza, tales como financiamiento, ideológicas, planeación, reclutamiento, publicidad, relaciones internacionales, instrucción, adoctrinamiento, comunicaciones, inteligencia, infiltración o cualquier otra actividad que nada tenga que ver con el uso de las armas, pero que sea un instrumento idóneo para el mantenimiento, fortalecimiento o funcionamiento del grupo subversivo para que se entienda que se puede dar el calificativo de rebelde a quien tales actividades realiza..."

De la lectura de las normas transcritas advierte la entidad tribunalicia, que, aunque puede presentarse una discusión dogmática en torno al planteamiento que hace la defensa, lo que ameritaría un profundo análisis sobre los elementos de cada una de las normas en cita, lo cierto es que, en el caso concreto, el tema en cuestión ha sido zanjado por la misma jurisprudencia, como pasa a exponerse:

El a-quo afincó la declaratoria de responsabilidad por el punible de concierto para delinquir, basándose en la decisión, con radicado 34482 del 24 de noviembre de 2010, donde se expuso:

² CSJ SP, 12 Agt. 1.993, Rad. 7.504; y 9 Mar. 2.000, Rad. 13.435.

5. Concurso material de los delitos de rebelión y concierto para delinquir con fines terroristas

Precisado lo anterior se tiene que acerca del concurso efectivo del delito de rebelión con otros punibles ha expuesto la Sala³:

“Si los diversos comportamientos son escindibles, de manera que algunos de ellos son realizados por varias personas concertadas para cometer delitos en beneficio puramente individual, egoísta, sin ningún nexo con la militancia política, y otros, ejecutados por esas mismas personas, se materializan en tanto miembros de la organización subversiva, el concurso entre el concierto para delinquir y la rebelión surge con nitidez” (subrayas fuera de texto).

Posteriormente, afianzándose en el proveído citado, señaló la Colegiatura en otra decisión⁴:

“Como lo ha resaltado la jurisprudencia, es factible que se presente esa generalidad concursal. Rebelión, puesto que las ‘milicias’ adscritas a los grupos subversivos arraigados en el país pretenden, mediante el empleo de las armas, derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. Concierto para delinquir destinado a desplazamiento forzado, homicidio y otros, puesto que el actuar ilícito de los milicianos no sólo se dirige contra los miembros de la fuerza pública por la confrontación ideológico política, sino que también victimizan al vecindario y la ciudadanía para satisfacer pasiones personales y egoístas, en actos que en nada asemejan un combate, ni tienen que ver con el proselitismo armado. Y los delitos que resultaren, como pluralidad de homicidios, desplazamiento forzado de personas, etc., toda vez que en muchos casos la vulneración de los bienes jurídicos protegidos se producen completamente aparte de la ideología o de la causa política” (subrayas fuera de texto).

En sentido similar ha puntualizado esta Corporación⁵:

³ Providencia del 26 de noviembre de 2003. Rad. 21639.

⁴ Auto del 19 de mayo de 2004. Rad. 22415.

“Por razón de lo expuesto, la Corte, acogiendo el criterio sentado por el Tribunal Constitucional al juzgar la constitucionalidad del artículo 127 del Decreto 100 de 1980, precisó que ‘en la actualidad, ante la declaratoria de inexequibilidad de la referida disposición penal, y el contenido de la decisión del órgano de control constitucional, **los comportamientos delictivos que no sean elemento o circunstancia integrante de la configuración típica del delito de rebelión, deben, sin excepción, recibir tratamiento de hechos punibles concursales**” (negritas y subrayas fuera de texto).

En síntesis, consideró el fallador que las circunstancias fácticas demostradas eran suficientes para deducir que:

los acusados deben ser declarados como penalmente responsables de los delitos de rebelión, concierto para delinquir agravado (fines de extorsión) y homicidio tentado. En cuanto a lo primero, por ser además un hecho notorio que el denominado EJÉRCITO DE LIBERACIÓN NACIONAL (ELN) es una organización que mediante el empleo de las armas pretende derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente.

Esto, además, lo reconoció la defensa. Igual, las pruebas dan cuenta certera acerca de cómo varios de sus integrantes -entre ellos los acusados-, efectivamente se concertaron para cometer delitos de extorsión, para lo cual coaccionaban a comerciantes y mineros de la región, sin que se pueda observar en parte alguna que el capital recaudado (ilegalmente recaudado por supuesto) **fue usado para lograr los fines del delito político, y en cambio sí para sufragar los gastos personales y celebraciones de los procesados**” (negritas por la Sala)

Conclusión a la cual arribó sin mostrar las pruebas que llevaran a ella.

⁵ Sentencia del 26 de enero de 2006. Rad. 23893.

Se colige, así, dos yerros en los que incurrió el a-quo a efectos de estructurar su argumentación, primero al dar por estructurado el concurso de conductas reconociendo que pertenecen a la estructura criminal, cuando, tal como se expuso en líneas anteriores, al rebelde le son encomendadas labores de distinta naturaleza, pues no solo son sujetos activos de la conducta punible aquellos que literalmente empuñen las armas con los propósitos mencionados, sino que siendo los grupos guerrilleros, organizaciones constituidas al margen de la ley con el objetivo de quebrantar la institucionalidad gubernamental, su cabal funcionamiento demanda de una estructura que en diferentes ámbitos garantice el desarrollo de las actividades subversivas, lo que implica que todo aquel que desarrolle labores de reclutamiento, adoctrinamiento, capacitación, financiamiento, ideología, planeación, milicia urbana o rural, comunicaciones, publicidad, infiltración, asistencia médica, logística, aprovisionamiento de armas, medicamentos, víveres, ropa, uniformes, etc., y demás tareas que impliquen el sostenimiento irrestricto de la causa guerrillera, tendrá la condición de rebelde, en la medida que todos comparten los mismos ideales y objetivos, y su colaboración está sujeta a una repartición funcional predeterminada, máxime cuando los testigos de cargo fueron enfáticos en manifestar que ambos ciudadanos pertenecían a las milicias de las FARC y ELN, por ser un hecho notorio en la población.

De otro lado, en la esfera de lo profano, es decir, sin necesidad de un ejercicio de intelección profuso, no puede

pensarse que los dineros recaudados producto de la extorsión tenían un fin privado como satisfacer fiestas y gastos privados de los procesados, cuando del plenario quedó establecido, pues así fue reconocido por los testigos de cargo, que en la población de Puerto López, son los grupos insurgentes FARC y ELN, quienes tienen el control de ese corredor vial, en palabras de Alercis Adel primero Paternina “Ellos son los que mandan por ahí, cobran impuestos de la minería y sobre la pasta de la coca”⁶, o de Yorladis del Carmen Primero Paternina “la autoridad es la guerrilla y pasan es cobrando vacunas”⁷, por ende, cavilar que los cobros de las extorsiones tuvieran un lucro particular, como por intuición simple lo saben los demás personas en el obligado ejercicio de la milicia, estarían firmando su sentencia de muerte, pues sería tanto, como decir, que se están apropiando o malgastando dineros del grupo criminal, lo que tampoco resulta ser diáfano, porque el testimonio del investigador Henry Alberto Montoya Zuluaga dejó entrever existan “conversaciones entre algunos personajes donde se hablaba del cobro de dineros, cobro a comerciantes, mineros, estaciones de gasolina, negocios”⁸, donde Wilson le daba instrucciones a Victor Saoco acerca de los destinos que debía dárseles al dinero recaudado.

Ahora bien, si en gracia de discusión se acepta que ello fuera así, esto es, que los procesados se apoderaron para sus fines personales, de los dineros de las extorsiones, del acopio

⁶ Diligencia de juicio oral. Récord 1:00:27

⁷ Diligencia de juicio oral. Récord 2:10:34

⁸ Sesión de juicio oral del 2 de mayo de 2019. Récord 40:50

probatorio no se logró establecer en cuáles fiestas, eventos similares y gastos personales se dilapidaron los dineros de aquellos cobros extorsivos, cuando también se sabe, que los milicianos al servicio de los grupos insurgentes reciben un salario por encontrarse al interior de la organización, entonces aquellos dineros con los que sufragaban sus gastos y fiestas personales, provenían de sus propios emolumentos o de las extorsiones, interrogante que no fue posible aclarar, una vez se escucharon las pruebas recaudadas.

Además de lo anterior, para esta Magistratura no resulta ser del todo irrefutable que se pueda entrelazar los delitos de concierto para delinquir en concurso con la rebelión, en tanto, los elementos descriptivos de la primera conducta se encuentran descritos con amplio margen en la segunda, más aún cuando en este caso, no se sabe a ciencia cierta de donde provenían los dineros para las supuestas fiestas y gastos personales.

Sobre el análisis descriptivo y normativo de los tipos penales en estudio, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia⁹, ha expuesto:

Sin embargo, como las imputaciones realizadas en los literales e¹⁰, f¹¹, g¹² y h¹³ del numeral 1º «**Manera y medios**

⁹ CP-176 de 2015. Radicado 46128. Aunque la decisión hace referencia a un trámite de extradición, el análisis allí realizado resulta aplicable a la infracción de rebelión, que ahora analiza la Sala.

¹⁰ “Hicieran demandas públicas al gobierno de la República de Colombia para que éste creara una zona desmilitarizada para las FARC y que liberaran a cientos de miembros de las FARC que cumplían sentencias en las cárceles de Colombia por delitos de asesinato, secuestro, extorsión y otros delitos de violencia, como condiciones explícitas para la liberación de los rehenes”.

¹¹ “Prepararan y publicaran videos mostrando a los rehenes con vida con el propósito de generar presión pública en el Gobierno de Colombia y en los Estados Unidos para que éstos cedieran a las exigencias de las FARC”.

¹² “Eligieran a los comandantes principales de la organización para organizar y entrenar unidades especiales de las FARC con el fin de custodiar a los rehenes y de representar a la organización en las negociaciones de los rehenes con el gobierno colombiano.”

para llevar a cabo el concierto para delinquir» y literal g¹⁴ del numeral 2º «**actos manifiestos**», del título «**D. Concierto para delinquir**», del **cargo uno** de la acusación formal CR-10-339 (RCL), se subsumen en los ingredientes subjetivos de la conducta punible de rebelión, en tanto que dichos actos, puede deducirse, se efectuaron con la pretensión de suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente; por tanto, al ser dicho delito de connotación política¹⁵, deberá conceptuarse desfavorablemente respecto a estos aspectos en particular.

Sobre la aplicación del principio de especialidad, señaló la Sala de Casación Penal¹⁶:

Cuando un comportamiento se adecua de manera sincrónica a dos o más tipos penales (multiadecuación típica) hay presencia de la figura denominada concurso aparente de delitos, que impone acudir a alguna de las soluciones planteadas por la jurisprudencia y la doctrina a fin de evitar la vulneración del principio non bis in ídem.

*Tales soluciones corresponden a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. En virtud del primero, que interesa a este asunto, la ley especial deroga la ley general (lex specialis derogat legi generali), dado que **uno de los tipos concursantes contiene todos los elementos del otro**, pero además, se ocupa de otros aspectos, en cuanto tiene mayor riqueza descriptiva, sin que sea necesario que haya una relación de género a especie entre los dos (hurto simple y hurto calificado, por ejemplo), o que se trate de un tipo especial respecto de uno básico (v.g. homicidio por piedad y homicidio simple) o que ambos protejan el mismo bien jurídico tutelado (abuso de la función pública y prevaricato, por ejemplo).*

En efecto, bien puede ocurrir que los tipos concursantes no tengan una relación de género a especie o de tipo especial a tipo básico y que ni siquiera protejan el mismo bien jurídico, como puede ocurrir, por ejemplo, entre los

¹³ «Obtuvieron documentos de identificación falsos y fraudulentos para facilitar el movimiento de los guerrilleros de las FARC involucrados en los secuestros».

¹⁴ «Durante este concierto para delinquir, que duró cinco años y medio hasta que los tres rehenes estadounidenses fueron rescatadas el 2 de julio de 2008, en repetidas ocasiones, las FARC emitieron comunicados públicos exigiendo al gobierno de la República de Colombia que creara una zona desmilitarizada para las FARC, y que efectuara el intercambio de “prisioneros” con las FARC, como una condición explícita para la liberación de Thomas Howes, Keith Stansell y Marc Gonsalves, y otros rehenes detenidos por las FARC. Las FARC publicaron estos comunicados en la Internet, traducidos al inglés, para que los Estados Unidos y otros países habla inglesa los pudieran leer»

¹⁵ CSJ SP, 24 Nov. 2010, Rad. 34482

¹⁶ CSJ SP, 24 Nov. 2010, Rad. 34482

*delitos de sedición y porte ilegal de armas, los cuales protegen diversos bienes jurídicos, esto es, el régimen constitucional y legal el primero, y la seguridad pública el segundo, delitos que pueden concursar aparentemente, de modo que la solución para no quebrantar el principio non bis in ídem supone la aplicación del principio de especialidad, pues los elementos del segundo están incluido en los del punible se sedición*¹⁷.

Cierto es que en la descripción de este tipo penal se anuncia que serán sancionados penalmente quienes mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al gobierno Nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional vigente, sin embargo, trayendo a colación jurisprudencia de la Sala de Casación, no solo son sujetos activos de la conducta punible aquellos que literalmente empuñen las armas con los propósitos mencionados, sino que siendo los grupos guerrilleros, organizaciones constituidas al margen de la ley con el objetivo de quebrantar la institucionalidad gubernamental, su cabal funcionamiento demanda de una estructura que en diferentes ámbitos garantice el desarrollo de las actividades subversivas, lo que implica que todo aquel que desarrolle labores de reclutamiento, adoctrinamiento, capacitación, financiamiento, ideología, planeación, milicia urbana o rural, comunicaciones, publicidad, infiltración, asistencia médica, logística, aprovisionamiento de armas, medicamentos, víveres, ropa, uniformes, etc., y demás tareas que impliquen el sostenimiento irrestricto de la causa guerrillera, tendrá la condición de rebelde, en la medida que todos comparten los mismos ideales y objetivos, y su colaboración está sujeta a una repartición funcional predeterminada, circunstancias que como lo anuncia la acusación foránea, son por las que se solicita a ORREGO SÁNCHEZ en los cargos siete y ocho.

Sobre el particular dijo la Sala, CSJ SP, 26 En. 2006, Rad. 23893.

En este sentido es de reiterar que los actos de rebelión no se agotan solamente en el enfrentamiento armado con los miembros de la fuerza pública, al punto que el tipo delictivo también encuentra realización en la sola pertenencia del sujeto agente al grupo subversivo y que por dicha razón le sean encomendadas labores de

¹⁷ En este sentido auto del 18 de octubre de 2005. Rad. 24275.

cualquier naturaleza, tales como *financiamiento, ideológicas, planeación, reclutamiento, publicidad, relaciones internacionales, instrucción, adoctrinamiento, comunicaciones, inteligencia, infiltración, suministros, asistencia médica, o cualquier otra actividad que no se relacione directamente con el uso de las armas, pero que se constituyan en instrumento idóneo para el mantenimiento, fortalecimiento o funcionamiento del grupo subversivo.* Por esto resulta de obvio entendimiento que se puede dar el calificativo de rebelde a quien tales actividades realiza, así materialmente no porte armas de fuego ni haga uso de ellas, porque la exigencia típica relativa al empleo de las armas se da con las que, en orden a lograr sus finalidades, utiliza el grupo rebelde al que se pertenece.

En el mismo sentido, posteriormente reiteró:

Se tomó como punto de referencia la concepción que en materia de autoría y participación frente al delito de "Rebelión" tiene fijada la jurisprudencia de la Sala, en cuanto a que la condición de rebelde no solamente la ostenta quien es combatiente, porta armas y se enfrenta a la Fuerza Pública, sino también *todos aquellos comprometidos con el ideario político de la organización subversiva y que desarrollan labores como las de financiación, planeación, reclutamiento, publicidad, relaciones internacionales, instrucción, adoctrinamiento, comunicaciones, inteligencia, infiltración, suministros, asistencia médica, o cualquier otra actividad idónea para el mantenimiento, fortalecimiento y funcionamiento del grupo armado* [...]. (CSJ AP, 15 Jul. 2009, Rad. 29876). Resalta la Sala.

De esta manera, necesario resulta aceptar que toda participación en la organización subversiva mediante actividades bélicas, políticas, financieras, logísticas y en general que propendan por el establecimiento y consolidación de la agrupación guerrillera merece reproche penal pero por tratar de derrocar el gobierno y su régimen constitucional y legal a través del delito de rebelión.

Además de lo ya expuesto, bien se sabe, que las personas inmiscuidas en el conflicto armado, como integrantes al

servicio del grupo insurgente, su día a día, deviene en una labor constante y habitual al interior de la organización criminal, por lo que, debe demostrarse con absoluta claridad, cuáles de sus actos hacen parte de la esfera particular y privada y cuáles se relacionan de manera directa con el servicio que le presta al grupo alzado en armas, situación que acá no se avizó, por todo lo que ya se ha venido explicando, entendiéndose, que esa duda, favorece a los procesados.

Aunado a lo que se viene exponiendo, se advierte otro yerro que da al traste con el análisis del a-quo en punto al concurso de las conductas punibles en cuestión, como quiera que, en la diligencia de formulación de acusación, el delegado del ente acusador, hace entrever que tal concurso no existe, al expresar:

“A Luis Fernando Díaz Mesa, por su pertenencia como mando medio al ELN, resistencia Cacique Guamoco, que opera en el municipio de Puerto López del Bagre – Antioquia, el delito de Rebelión, artículo 467 (...), la calidad del imputado sería como coautor. En lo que respecta al segundo delito, por ser la persona que lideraba el cobro y ordenaba las extorsiones del ELN a la población civil, artículo 340 concierto para delinquir agravado (...)

En lo que respecta al tercero, Víctor Saoco la Fiscalía tiene los siguientes tipos penales de acusación, por su pertenencia al ELN cacique Guamoco, que opera en puerto López, el delito de Rebelión, artículo 467 (...), el segundo delito sería por ser parte del grupo que en concreto cobraba las extorsiones a nombre de alias Luisito, cabecilla del ELN, la Fiscalía encuentra el artículo 349, concierto para delinquir, inciso segundo, para cometer extorsiones....()”

Como se puede notar, no existe congruencia entre los términos de la acusación realizada por la Fiscalía General de la Nación, en lo relativo al plurimentado concurso de conductas punibles, pues a simple vista, se deduce que el delito de concierto para delinquir agravado por las extorsiones, hacía parte, de la misma funcionalidad operativa del ELN, y no para fines particulares o personales, como equívocadamente lo estima el fallador primigenio, en torno al alcance que le dio a la prueba testimonial recaudada.

Es decir, el cobro de las extorsiones por parte de los acusados al servicio de dicho grupo subversivo no es una circunstancia de la que logre inferirse que los dineros recaudados eran para fines personales, pues ni lo uno, ni lo otro quedó probado, por el contrario, es una situación que no logra dilucidarse de la prueba recaudada.

Es así que no surge certeza sobre la responsabilidad de los aquí acusados en los hechos que se le atribuyen, tipificados en el punible de concierto para delinquir agravado, sino que por el contrario resulta dudoso su compromiso en los mismos, sin que tal estado de duda pueda superarse a partir de otros medios de convicción, por lo que habrán de ser absueltos por tal conducta en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Ahora bien, en lo que atañe al delito de rebelión y de tentativa de homicidio simple, la misma defensa en su alegato de alzada, expone que esos punibles no son objeto de

controversia, además, porque en sentir de la Sala, los mismos quedaron ampliamente corroborados, tanto con los testimonios de cargo, como con las interceptaciones realizadas a las líneas telefónicas de los implicados.

En tal medida, la Corporación mantendrá incólume la condena de Luis Fernando Díaz Mesa y Víctor Saoco Pérez López por los delitos de homicidio simple tentado y rebelión, el primero en calidad de determinador y el segundo en calidad de autor, redosificando la Sala, la sanción punitiva al eliminar el delito de concierto para delinquir de la tasación realizada por el fallador de primer grado, quedando dentro del primer cuarto de movilidad punitiva, en 156 meses de prisión y multa de 2840 smlmv para el año 2016 y 132 meses de prisión y multa de 2833.33 smlmv para al 2016, respectivamente.

En cuanto a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, indicada en el artículo 52 del Código Penal, esta se impone por el mismo lapso de la sanción principal a cada uno de los procesados.

En lo que respecta a la forma de ejecución de la pena, no es posible otorgar a los sentenciados el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena o el sustituto de la prisión domiciliaria, por la prohibición contenida en el artículo 68A del código penal, el monto de las sanciones asignadas y las penas previstas en la ley para los delitos.

Redosificación punitiva

En cuanto al reproche de la petente con respecto a la tasación penal, por no partir el a-quo del mínimo del primer cuarto esta Corporación observa que no se presentaron yerros en el procedimiento de adecuación punitiva.

En efecto, el funcionario de primera instancia,(I) partió de la pena prevista para el delito base, procediendo a aplicar los incrementos por tratarse de un concurso, ubicándose en el primer cuarto, para seguidamente moverse en ese ámbito de movilidad, razonando así, el a-quo: *“En esta ocasión el Despacho no puede asignar los mínimos de la pena prevista en la ley para el delito de homicidio, ya que la prueba enseña la frialdad con la que actuaron los partícipes, quienes sin miramiento alguno atentaron contra la humanidad del joven Primera Paternina, aun cuando se encontraba acompañado de su señora madre y unos menores de edad. Es más, la prueba señala que cuando los autores advirtieron que la víctima no había fallecido, pensaron en regresar a rematarlo, e incluso atentar en contra de la vida de la madre, pues fue testigo fiel del evento, lo que enseña la alta intensidad del dolo con el que se cometió el delito”*.

Respecto a la dosificación punitiva, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

La Corte ha explicado que el sistema punitivo adoptado por el código sustantivo penal concibe un proceso de tasación a partir de *montos mínimos* de sanción prefijados por el legislador. Así, al momento de individualizar la sanción penal (luego de determinar: el marco de la pena por mínimo y máximo, el marco de movilidad, los cuartos

de punibilidad, y de seleccionar el cuarto de punibilidad correspondiente al caso concreto, *Cfr.* CSJ SP338–2019, 13 feb. 2019, rad. 47675), el fallador ha de partir del tope más bajo a aplicar dentro del cuarto pertinente, y si pretende apartarse de la mínima sanción, debe cumplir con una carga argumentativa suficiente que permita justificar por qué, en el caso concreto, el monto de pena se incrementa, pues, *«en tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera ius fundamental del condenado»*¹⁸

La Corte ha explicado que el sistema punitivo adoptado por el código sustantivo penal concibe un proceso de tasación a partir de *montos mínimos* de sanción prefijados por el legislador. Así, al momento de individualizar la sanción penal (luego de determinar: el marco de la pena por mínimo y máximo, el marco de movilidad, los cuartos de punibilidad, y de seleccionar el cuarto de punibilidad correspondiente al caso concreto, *Cfr.* CSJ SP338–2019, 13 feb. 2019, rad. 47675), el fallador ha de partir del tope más bajo a aplicar dentro del cuarto pertinente, y si pretende apartarse de la mínima sanción, debe cumplir con una carga argumentativa suficiente que permita justificar por qué, en el caso concreto, el monto de pena se incrementa, pues, *«en tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera ius fundamental del condenado»*¹⁹

En ese orden, la entidad tribunalicia comparte las apreciaciones realizadas por el a-quo, atendiendo entonces los criterios del artículo 61 del Código Penal, es claro que los procesados se encontraba al servicio de la organización delincuenciales ELN, realizando distintas labores al interior de la empresa criminal, como lo es ordenar asesinatos y llevarlos a

¹⁸ *Cfr.* CSJ SP8057–2015, 24 jun. 2015, rad. 40382 y CSJ SP918–2016, 3 feb. 2016, rad. 46647.

¹⁹ (*Cfr.* CSJ SP8057–2015, 24 jun. 2015, rad. 40382 y CSJ SP918–2016, 3 feb. 2016, rad. 46647).

cabo, extorsiones, comportamiento sumamente grave, puesto que, si nos remontamos al fáctico y a los elementos de prueba que dieron certeza de las conductas delictivas, el procesado hizo parte de una organización criminal que ha venido manteniendo en estado de zozobra al municipio del Bagre por la diversidad de delitos que vienen cometiendo homicidios entre otros delitos, así que, cualquiera que sea la función o aporte que una persona preste a esa organización criminal resulta importante para el desarrollo de las actividades propias del grupo armado, máxime cuando los aportes de los aquí procesados se representaban como representativos al interior del brazo armado de la guerrilla, y que para cumplir sus fines, atentaron contra la vida de Alercis Adel, sin el mínimo de respeto por la vida de una persona y de sus familiares, con el único fin de mantener vigente la hegemonía criminal a la que estaban inscritos.

Además, de acuerdo con lo probado en el juicio oral con el relato de los testigos de cargo, su intención era permanecer vigentes como guerrilleros, a pesar de la desmovilización de las FARC, lo que da cuenta de su proclividad a este tipo de conductas punibles, siendo necesaria la imposición de una pena conforme al daño causado y la gravedad de las mismas, esto es que comporte una justa retribución, prevención general positiva y prevención especial negativa.

Siendo, así las cosas, a la Colegiatura no le queda otra opción diferente que la de confirmar el fallo opugnado en este sentido.

En ese orden de ideas, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, proferida el 2 de diciembre de 2021 y, en consecuencia, absolver a los procesados del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

SEGUNDO: Dejar incólume la sentencia en lo relativo a la condena por el delito de TENTATIVA DE HOMICIDIO SIMPLE EN CONCURSO CON REBELIÓN, motivo por el que los acusados LUIS FERNANDO DÍAZ MESA Y VICTOR SAOCO PEREZ LÓPEZ continuaran privados de su libertad cumpliendo las penas de 156 meses de prisión y multa de 2840 smlmv para el año 2016 y 132 meses de prisión y multa de 2833.33 smlmv para al 2016, respectivamente, por estos comportamientos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la sanción privativa de la libertad.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia objeto de alzada.

CUARTO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley

906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE,

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **a4d698f5a749c95f6481608065eda5db9bf65e98bab7935924d36b76ef1c60f8**

Documento generado en 13/09/2022 04:42:02 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, catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

N° Interno : 2022-1253-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05.736.60.00310.2019.00041.
Acusado : Dahiana Carolina Tobón Hincapié.
Delito : Extorsión.
Decisión : Declara infundada causal de impedimento invocada por la Juez Promiscuo Municipal de Remedios.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 151

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala, de conformidad con lo preceptuado en materia de impedimentos, por el *artículo 57* de la legislación procesal penal *-Ley 906 de 2004-*, modificado por la *Ley 1395 de 2010, artículo 82*, a resolver en torno de la manifestación que en tal sentido hiciera la titular del *Juzgado Promiscuo Municipal de Remedios - Antioquia*, Dra. PAULA ANDREA ECHEVERRI IDÁRRAGA, de la cual el señor *Juez Promiscuo Municipal de Vegachí - Antioquia*, a quien le fueron remitidas las diligencias, se abstuvo de aceptar.

ANTECEDENTES

Mediante auto del 21 de febrero de 2022, la *Juez Promiscuo Municipal de Remedios – Antioquia*, se declara impedida para conocer de la actuación por haber proferido sentencia

condenatoria el 4 de febrero de 2021 y haber valorado las pruebas en virtud del allanamiento a cargos de la procesada; siendo decretada nulidad desde la aceptación de cargos por parte de esta Corporación. Lo anterior, conforme a la causal prevista en el numeral 6 del artículo 56 del C.P.P., razón por la que dispuso la remisión de las diligencias al Juzgado Promiscuo Municipal de Vegachí-Antioquia.

Por su parte, el señor *Juez Promiscuo Municipal de Vegachí – Antioquia*, luego de haber asumido el conocimiento del asunto, resuelve no aceptar el impedimento propuesto al considerar que la Juez del municipio de Remedios, Antioquia, no realizó mayores precisiones respecto de las razones subjetivas que la llevaron a proponerlo y, además, la participación se origina como consecuencia de una nulidad decretada por el Superior Funcional, quien, al establecer la existencia de un vicio en el trámite procesal retrotrae la actuación para que sea enmendada por el mismo despacho judicial.

En razón de lo anterior, el señor *Juez Promiscuo Municipal de Vegachí – Antioquia*, no aceptó el impedimento declarado por la su homóloga de *Remedios*, ordenando remitir el expediente a esta Corporación para lo pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Desde ya anuncia la Colegiatura que no accederá a la declaratoria de impedimento que aduce la titular del *Juzgado Promiscuo Municipal de Remedios - Antioquia*, Dra. PAULA ANDREA ECHEVERRI IDÁRRAGA, en relación con la actuación procesal surtida en contra de *DAHIANA CAROLINA TOBÓN HINCAPIÉ*,

y respecto del supuesto delictivo de *Extorsión*.

Invoca la señora Juez como causal de impedimento, la establecida en el *numeral 6º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal*, esto es, que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso; causal frente a la cual la *H. Corte Suprema de Justicia* ha dado lugar a su viabilidad, siempre que el respectivo funcionario de cuenta del porqué de la afectación de su imparcialidad, acorde a su particular intervención en la actuación precedentemente surtida y así garantizar imparcialidad y rectitud en la administración de justicia en el funcionario.

En tal sentido, tal como lo ha preceptuado la alta Corte, en decisiones del 2 de diciembre de 2008, con radicado 30.888, reiterada en decisión del 31 de julio de 2013, radicado 41.808:

“(...) [L]a causal 6ª impeditiva, en la hipótesis regulada en su parte segunda, esto es cuando el funcionario judicial “hubiere participado dentro del proceso”, se estructura siempre que, como lo viene señalando la jurisprudencia de esta Sala, la intervención precedente haya sido trascendente o sustancial, en otras palabras, cuando el juez compromete su criterio de tal modo que no contará con la debida serenidad y ecuanimidad para decidir la nueva controversia puesta a su consideración (...) (Subrayado de la Sala).”

En ese orden y para el evento que concita la atención de la Sala, la señora juez sustenta esencialmente su manifestación de impedimento en estos términos *“...toda vez que la titular de este despacho profirió sentencia condenatoria el pasado 4 de febrero de 2021 y valoró las pruebas en el presente proceso...se declara IMPEDIDA para conocer del presente proceso; de conformidad con el art. 56 Numeral 6 del C.P.Penal...”*; y ciertamente se observa en el presente evento que la

referida funcionaria ya ha conocido sobre el asunto, en virtud de la verificación de allanamiento a cargos que culminó con sentencia condenatoria proferida el 4 de febrero de 2021, siendo posteriormente objeto de nulidad por esta Corporación, incluyendo la actuación procesal adelantada ante aquella instancia judicial desde la aceptación de cargos, al evidenciarse vulneración de garantías fundamentales.

Sin embargo, así la funcionaria en su pronunciamiento hubiese hecho referencia de manera específica y clara a su particular valoración de los elementos de convicción aducidos por el ente acusador en la referida sentencia objeto de anulación por esta Sala, no tendría cabida la mencionada causal de impedimento, pues tal como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia en Auto AP2720-2019 radicación 55360 del 26 de junio de 2019, su conocimiento no afecta la imparcialidad como quiera que su actuar es inherente a sus competencias funcionales:

“3. Ahora bien, respecto de la causal alegada, esto es, la que se funda en la participación del funcionario judicial dentro del proceso, esta Colegiatura ha sostenido que cuando esa intervención se produce por razones funcionales no puede configurar el impedimento que consagra la causal.

(...)

4. Pues bien, a través de este pronunciamiento la Corte recoge la tesis últimamente reseñada, según la cual el anticipo de la opinión del funcionario judicial sobre un determinado asunto, cuando se produce dentro del mismo proceso por razón del ejercicio de la competencia funcional, hace recaer en aquel el impedimento consagrado en el artículo 56-6º del C. de P. P., cuando, una vez más en ejercicio de la doble instancia, se enfrenta a abordar el mismo tema en una fase procesal posterior.

Lo anterior, porque, como se dijo en precedencia, un entendimiento hermenéutico del instituto y las finalidades de los impedimentos no puede admitir que mientras, por una parte, la propia ley procesal fija los lineamientos de la competencia funcional de los jueces y corporaciones, esto es, la que se deriva del ejercicio de la doble instancia, por la otra el mismo estatuto haga surgir una irregularidad por el hecho de sujetarse el funcionario ad quem a dichos lineamientos, cuando un mismo asunto se reitera ante el superior en diferentes momentos o fases procesales de la misma actuación.”

Y particularmente en un asunto similar al que es objeto de estudio, la alta Corporación ha dejado en claro la improcedencia de la referida causal 6a de impedimento, frente a la nulidad decretada por el superior al interior de una actuación procesal:

“En el asunto bajo análisis, la manifestación de impedimento tiene su génesis en la decisión proferida en sede de casación por esta Sala, que decretó la nulidad del proceso, a partir del anuncio del sentido absolutorio del fallo, para que, se reconstruyeran las pruebas perdidas y, luego, se dictara una nueva decisión.

*Como lo ha venido precisando la jurisprudencia de la Sala, **el conocimiento del asunto que ahora refulge es con ocasión de las competencias funcionales que habilitan a un mismo funcionario a conocer de la actuación en razón de diferentes actos procesales como acaece en el presente evento, donde habiéndose decretado la nulidad a partir del anuncio del fallo, se inició un nuevo escenario. (Negrillas de la Sala).***

Para finalmente establecer que:

“Entonces, que en pretérita oportunidad el Juez haya conocido de la actuación, en este caso en concreto, no le impide anunciar el sentido del fallo y emitir la sentencia de primera instancia¹”.

¹ Sentencia rad. 55.433 del 12 de junio de 2019

En ese orden, resulta improcedente entonces la causal invocada por la Juez Promiscuo Municipal de Remedios, Antioquia, pues, como se indicó, el hecho de haber proferido la sentencia condenatoria y conocido de la actuación que fue objeto de nulidad desde el acto de aceptación de cargos, no le impide actuar nuevamente en el proceso para así enmendar el yerro en los términos dispuestos por esta Sala, esto es, para que el trámite se surta con plenitud de las garantías legales, especialmente con la debida información sobre los sustitutos penales a la procesada para el evento de aceptar los cargos, o de lo contrario, para que se dé continuidad al trámite ordinario; habida cuenta, se itera, que el anterior análisis y valoración probatoria para efectos de su primer pronunciamiento de condena, objeto de anulación, no afecta su imparcialidad, toda vez que su actuar estuvo ligado inescindiblemente a las competencias funcionales como juez de primera instancia.

Así las cosas, no queda alternativa diferente a la Sala que la de declarar infundada la tan mencionada causal de impedimento y, en su lugar, se dispondrá la devolución de la actuación ante el Juzgado de origen, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes, para que sin dilación alguna proceda a rehacer la actuación, habida cuenta, se itera, que la misma fue invalidada por vulneración de garantías fundamentales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISION PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA INFUNDADA** la causal de impedimento

aducida por la titular del *Juzgado Promiscuo Municipal de Remedios - Antioquia*, en orden a declinar del conocimiento de la actuación penal que se surte en relación con *Dahiana Carolina Tobón Hincapié*, respecto del supuesto delictivo de *extorsión*; lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva der esta decisión.

En consecuencia, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda con la devolución de la carpeta contentiva de la presente actuación procesal ante el Despacho Judicial de origen, *Juzgado Promiscuo Municipal de Remedios - Antioquia*, y se efectúe comunicación sobre el particular, al *Juzgado Promiscuo Municipal de Vegachí - Antioquia*.

Por último, **SE SIGNIFICA** que frente a la presente decisión no procede recurso alguno.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

N° Interno : 2022-1253-4
Impedimento - Ley 906.
Acusado: Dahiana Carolina Tobón
Delito: Extorsión.

Firmado Por:

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

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **245eb7ca9d701838a76e8b16af6dfaa45fdb32f66a0b4cac9b30b77960db2609**

Documento generado en 14/09/2022 01:40:48 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
SEDE CONSTITUCIONAL**

Medellín, catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

N° Interno : 2022-1286-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Elkin Enrique Rodríguez Sánchez
Accionado : Juzgado Segundo Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Antioquia y otro
Decisión : Improcedente

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 152

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano ELKIN ENRIQUE RODRÍGUEZ SANCHEZ, contra el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA y el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, en procura de la protección de su garantía fundamental al debido proceso.

ANTECEDENTES

Según se logra extractar del escrito de tutela, el señor ELKIN ENRIQUE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ se encuentra privado de la libertad en el EPC DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, sentenciado por

el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, a 72 meses de prisión por los delitos de Concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes. Dice que, cumple con el presupuesto objetivo y cuenta con arraigo para obtener la libertad condicional y frente al subjetivo, se encuentra en fase de mínima seguridad y ha estado en actividades de estudio, trabajo con buena conducta que le permiten acceder al beneficio solicitado.

Frente a la valoración de la conducta por la cual fue condenado, afirma que es grave, pero debe hacerse una ponderación entre la modalidad y la resocialización dentro de la cárcel tal y como lo prevé la sentencia T-019 de 2017.

En razón de lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y favorabilidad y, en consecuencia, dejar sin efecto las decisiones adoptadas por los accionados y, en su lugar, conceder la libertad condicional.

Dentro del término otorgado por la Judicatura, las entidades accionadas ejercieron su derecho de contradicción:

1. JUZGADO¹ SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA:

Informa que actualmente vigila la ejecución de la pena de 72 meses que le fue impuesta al señor ELKIN ENRIQUE RODRÍGUEZ SANCHEZ por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por los delitos de Concierto para Delinquir Agravado y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, el 25 de octubre

¹ Archivo 007 del expediente digital.

de 2018 en el radicado 2018.01140.

Por medio de interlocutorio 1005 del 4 de mayo de 2021 le negó la libertad condicional en atención a la grave entidad de los delitos ejecutados, el cual fue recurrido mediante reposición y apelación, manteniendo la decisión en virtud del auto 1560 de 2 de julio de 2021 y concediendo la apelación, la cual fue conformada por el Juzgado fallador.

Señala que el señor RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, solicitó nuevamente libertad condicional y por medio de auto de sustanciación 1531 del 3 de agosto de 2022 fue rechazada de plano teniendo en cuenta que las razones que fundamentaban la solicitud habían sido examinadas con suficiencia en auto 1005 de 4 de mayo de 2021, al considerarse que los delitos por los que fue condenado ostentan una entidad que los distinguía negativamente frente a otros de su misma naturaleza sin que existiera razón para reconsiderar lo resuelto y ratificado en la primera oportunidad, sin que la razón que fundamenta el rechazo tenga que ver con el adecuado avance en el proceso de resocialización, aspecto que no se cuestionó, así como el descuento de las 3/5 partes de la pena que se cumplió desde el mes de abril de 2021, sino con la *gravedad del delito cometido que impide el acceso a la gracia del artículo 64 del C.P.*

Finalmente, señala que la acción de tutela no es el mecanismo para obtener el beneficio que no ha obtenido por la vía ordinaria.

2. JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA:

Señala que el Juzgado de Penas y Medidas de seguridad, mediante auto 1532 rechazó de plano la petición de libertad condicional formulada por el señor RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y a la fecha no ha recibido recurso de apelación contra alguna decisión adoptada por el juez ejecutor, por lo tanto, solicita negar por improcedente la acción de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así pues, se hace pertinente advertir desde ahora que las circunstancias que fundamentan el dicho de la parte accionante, en punto del detrimento de sus garantías constitucionales, contravienen a todas luces el ámbito de procedibilidad del presente trámite, se insiste, toda vez que la acción se promueve contra decisiones judiciales.

En cuanto a los presupuestos sobre los que se establece la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como criterio de avanzada en relación con

el concepto de 'vía de hecho', se ha pronunciado la *H. Corte Constitucional*, mediante *Sentencia T-356 de 2007*, con ponencia del *Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto* y en la cual se reiteró la evolución jurisprudencial de la alta Corporación a este respecto:

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

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

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

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

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

b. Que no exista otro medio de defensa eficaz e inmediato que permita precaver la ocurrencia de un perjuicio

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

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

irremediable. De allí que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales.*

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

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

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

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

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

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

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

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

* Sentencia T-698 de 2004.

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

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

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

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

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

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

Ahora, de conformidad con el precedente jurisprudencial en referencia, la procedencia de la acción está

* Ver sentencia SU-014 de 2001.

supeditada asimismo a los parámetros generales establecidos por la alta Corte, por demás de manera incluyente, vale decir que se trata de presupuestos todos, absolutamente imprescindibles, cuales son: la relevancia constitucional del asunto bajo examen, los efectos decisivos que de la irregularidad procesal cuestionada se desprendan respecto de la decisión, que en tal medida vulnera las garantías fundamentales de la parte actora, a más que no se trate de sentencias de tutela.

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

Así las cosas, la parte actora fundamenta la prédica de vulneración de sus garantías fundamentales, en la inconformidad que le asiste respecto de la decisión cuestionada, en particular, lo referente a la no concesión de la libertad condicional dentro del proceso por el cual actualmente se encuentra privado de la libertad ELKIN ENRIQUE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ; empero, el accionante no invoca la configuración de algún presupuesto

específico de procedencia de la acción, pues las premisas que sustentan su disenso, resumidas en que desde su criterio sí cumple con los requisitos legales para acceder a tal sustituto penal, no se hallan edificadas en algún argumento que permita evidenciar la efectiva existencia de defectos especiales en las referidas providencias, que en esa medida, habiliten un pronunciamiento en esta sede constitucional y determinen cuál es la irregularidad que da lugar al amparo pretendido.

Es así que advierte la Sala respecto de la actuación desplegada por parte de los entes accionados, JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA y JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, fue debidamente sustentada, en orden a lo que, a juicio de los funcionarios respectivos, no procedía la libertad condicional; es decir, debido a la gravedad de los delitos por los cuales fue emitida sentencia condenatoria, labor no ejecutada de manera mecánica sino ceñida a los lineamientos del artículo 64 de la ley penal, analizados en forma integral, solo que por el momento, consideraron los juzgadores, no se hacía posible conceder el sustituto por la gravedad de la conducta punible.

Es así como el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad de Antioquia, pese a reconocer que cumple el actor con el factor objetivo y buen comportamiento, por razones de prevención general y retribución justa, no consideró viable conceder el sustituto reclamado por esta vía, señalando al respecto:

“La valoración que en el caso presente en nada favorece a la aspiración del sentenciado porque según lo indica el fallo condenatorio ELKIN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ aceptó su activa pertenencia a la banda delincriminal denominada “GAITANISTAS DE COLOMBIA”, adscrita a su vez a la reconocida asociación criminal del “CLAN DEL GOLFO” dedicada a la comisión de los delitos de tráfico de estupefacientes, tráfico de armas, homicidios selectivos y extorsiones entre otros, en varios municipios del Urabá Antioqueño a través del frente denominado “CARLOS VÁSQUEZ”, banda delincriminal a cuyo amparo el sentenciado dirigía y controlaba el microtráfico de estupefacientes en las zonas denominadas Nueva Colonia, Río Grande, Loma Verde y Churidó, ilícito tráfico al que ELKIN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ le sumaba la ilícita conducta del PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO que mantenía resguardadas en su lugar de residencia, pues cuando se adelantó el operativo de su captura en el domicilio que habitaba, se le halló en poder de elementos y municiones de esta naturaleza

Es que las conductas delictivas aceptadas por el sentenciado, las cuales le valieron la condena como ejecutor de los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, a términos del artículo 340 Inciso 2 del Código Penal, y FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, no sólo afecta la seguridad pública sino muchos otros bienes jurídicos que resultan comprometidos con el accionar conjunto, coordinado y decidido de bandas criminales como aquella a la que pertenecía el sentenciado, cuyo propósito principal era y continúa siendo, el de mantener a cualquier costo, el control sobre determinadas zonas geográficas con el fin de lucrarse de los delitos que comenten. Indudablemente, ELKIN ENRIQUE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ cometió una conducta gravísima, que atentó contra algunos de los más caros bienes de los seres humanos: los de la seguridad, la tranquilidad, el patrimonio económico, y en fin, todos aquellos que resultan comprometidos cuando una banda criminal instala su régimen de zozobra entre la población civil a la que someten a sus condiciones en procura de obtener provecho económico a cualquier costo, evidenciándose entonces una gravedad mayor en el acontecer delictivo que dio origen al fallo condenatorio.

En el presente caso sin embargo, el fallador hizo alusión expresa a la gravedad de la conducta, cuando expuso en el fallo condenatorio que: “...(...)...los delitos por los cuales resultan condenados todos y cada uno, con conductas de gran trascendencia, al punto que las organizaciones criminales son las que tiene a este Estado Colombiano en un estado de zozobra permanente, con poder económico, militar y logístico no solo para la distribución y venta de estupefacientes al interior del país sino también por fuera de él, siendo estas conductas reprochables a cada uno de sus integrantes... (...) ... ”;Criterio que acoge totalmente este Juzgado y que le sirve de base para anteponer una calificación adversa a la LIBERTAD CONDICIONAL que se pretende a favor del sentenciado”.

Lo anterior, por cuanto, se itera, la acción de tutela frente a providencias judiciales, no sólo ha de abarcar la configuración íntegra de una serie de presupuestos genéricos que determinan su procedibilidad, sino, además, el actor ha de invocar la causal o causales específicas en las que cifra la anomalía o defecto que presenta la decisión cuestionada, sin que de manera alguna ello se circunscriba a acudir a un simple ejercicio de disenso, a manera de tercera instancia, lo cual desvirtúa el carácter de subsidiariedad inherente al mecanismo de amparo y además, contraría el principio de independencia judicial que permea la actividad jurisdiccional, en cabeza de cada funcionario y en las diferentes especialidades, las cuales constituyen la vía ordinaria para desatar cada litigio o controversia.

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

Desde esa perspectiva, ningún fundamento válido, de orden legal ni constitucional le asiste al sentenciado *RODRÍGUEZ SÁNCHEZ* para acudir ante el juez de tutela, al tratarse de un asunto que ya había sido objeto de debate en sede de la ejecución de su condena y donde en modo alguno dimanaban irregularidades o defectos con relevancia constitucional que viabilicen este mecanismo tuitivo.

Por manera que, sobre ese específico tema, se reitera, es la declaratoria de improcedencia del trámite de amparo constitucional, la decisión que se impone para la Magistratura en el presente evento, dada la carente configuración de presupuestos específicos de procedencia de la acción y acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva, **DECLARA IMPROCEDENTE LA TUTELA** promovida por el señor ELKIN ENRIQUE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ contra el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA y el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, en procura de la protección de su garantía fundamental al debido proceso.

De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir la actuación ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *Decreto 2591 de 1991, artículo 31.*

NOTIFÍQUESE.

Nº Interno : 2022-1286-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Elkin Enrique Rodríguez Sánchez
Accionado : Juzgado Segundo de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Antioquia y otro

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **5cd958ebabb82676f49718a6b043c706297803d354f8802f1a9275f4516d5c3**

Documento generado en 14/09/2022 01:49:26 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
SEDE CONSTITUCIONAL**

Medellín, catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

N° interno : 2022-1188-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05.615.31.04.002.2022.00080
Accionante : María Edilma Osorio Gaviria
Accionado : COLPENSIONES y ARL POSITIVA
Decisión : Confirma sentencia que declaró
Improcedencia de la acción.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 153

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida por el *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, por medio de la cual negó por improcedente la acción promovida por la ciudadana *MARÍA EDILMA OSORIO GAVIRIA*, contra COLPENSIONES Y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, y en relación con las garantías constitucionales fundamentales al mínimo vital, igualdad y vida digna.

ANTECEDENTES

Los hechos objeto de la presente acción se sintetizaron así por el *A quo* :

(...) “Indicó la actora que solicitó a COLPENSIONES el pago de una pensión de invalidez la cual fue negada y

confirmada la decisión en las resoluciones que resolvieron los recursos de reposición y apelación.

El 3 de abril de 2018 instauró demanda laboral. El Juzgado Laboral del Circuito de Rionegro, Antioquia, negó las pretensiones en primera instancia.

El 14 de mayo de 1998 sufrió accidente de trabajo en la empresa vidrios, puertas y ventanas del municipio de La Ceja, donde laboraba oficios varios a cargo del dueño RAMILLO LLANO VILLA, mientras se encontraba colillando molduras de marquetería en la máquina radial, en cuestión de segundos le cogió el antebrazo y se lo destrozó. Su empleador la tenía afiliado a riesgos “profesionales” en el Seguro Social, hoy administrado por Colpensiones.

El 7 de febrero de 2017 recibió dictamen de pérdida de capacidad laboral del 76.6% origen común, con fecha de estructuración del 11 de junio de 1998, el cual se encuentra en firme.

Positiva le emitió respuesta a petición por ella radicada donde le informa que revisadas las bases de datos, no se encuentra registro de accidente laboral acaecido en su nombre, motivo por el cual no se podía acceder de forma favorable a su solicitud de prestaciones de pensión de invalidez.

Solicita a las accionadas: “por qué Colpensiones en el año 2017 el 7 de febrero calificó con discapacidad del 76% con una enfermedad de origen común con fecha de estructuración 11 de junio de 1998 violando el debido proceso, ya que fue un accidente de trabajo como lo constatan las pruebas y jurídicamente ya no era competencia de Colpensiones por la Ley 1562 de 11 de julio de 2012 los riesgos profesionales fueron asumidos por positiva compañía de seguros siendo esta una filial de Colpensiones. Y positiva es la que me debe reconocer la pensión de invalidez.”

Y fue así como el Juez de instancia procedió a dictar sentencia, mediante la cual negó por improcedente el amparo invocado al considerar que la actora tuvo la posibilidad de cuestionar el dictamen de calificación de pérdida de capacidad

laboral emitido el 17 de enero de 2017 a través de los recursos de ley y no lo hizo y tiene la posibilidad de que el asunto sea resuelto por la vía ordinaria.

Una vez notificado de la sentencia de instancia, procedió la accionante a manifestar su disenso por vía de impugnación exponiendo que la decisión no se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la acción de tutela, porque Colpensiones la indujo en error, así como al Juez laboral, al calificar la discapacidad como enfermedad común y no como accidente de trabajo. Insiste que se ampare sus derechos invocados y se conceda la pensión de invalidez.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad para promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, viable en la medida que no exista otro mecanismo de

defensa judicial, o excepcionalmente como mecanismo transitorio, para evitar, por ejemplo, la afectación al mínimo vital.

En lo que atañe a las implicaciones derivadas de la presunta afectación del mínimo vital, la *H. Corte Constitucional* ha determinado la protección mediante la acción de tutela de la aludida garantía fundamental en conexidad con el derecho a la seguridad social, bajo supuestos en los que se demarque una situación tal de precariedad en la persona afectada, que evidencie efectivamente el menoscabo de su mínimo vital como presupuesto fundamental para una existencia en condiciones dignas; así, en *Sentencia T-544 de 2004* y con ponencia del *Magistrado Jaime Araujo Rentería*, la alta Corte precisó:

*“En relación con la afectación del mínimo vital de las personas, la Corte ha señalado que **el mínimo vital está compuesto por aquellos requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia**; especialmente en lo relacionado con su alimentación, vestido, educación, vivienda y seguridad social. Así mismo ha indicado que es un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales y se constituye en una condición previa para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales de la persona.”.*

(Negritas y subrayas fuera del texto).

Por ende, la acreditación del detrimento del mínimo vital en cabeza de la parte demandante, se convierte en un factor necesario para la procedencia de la presente acción y no basta la sola afirmación de que se afectan tales condiciones mínimas de subsistencia, pues para tal efecto sería imperioso establecer la real e insostenible situación de la actora.

En tal sentido, es el máximo Tribunal Constitucional el que ha definido como línea jurisprudencial, la necesidad de que el accionante aporte en las diligencias, aún cuando sea de manera sumaria, las probanzas pertinentes que den cuenta del presunto detrimento de su mínimo vital. Es así, como en temas afines al que nos atañe, vale decir, aquellos inherentes a la consecución de prestaciones económicas o acreencias salariales mediante la acción de tutela, la *H. Corte Constitucional* limitó la procedencia de este mecanismo de protección, a la obtención de dicha prueba sumaria, con la cual se acredite que el afectado se encuentra en imposibilidad económica de aguardar el devenir de un proceso judicial ordinario; v. gr., mediante *Sentencia T-417 de 2005*, con ponencia del *Magistrado Rodrigo Escobar Gil*:

*“(...) Para efectos de establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar el pago de unos salarios que no han sido cancelados oportunamente, el juez constitucional debe examinar la situación fáctica del demandante y determinar si sus derechos fundamentales se encuentran realmente ante una afectación inminente que haga necesaria una protección inmediata o si puede acudir a los procedimientos judiciales ordinarios para exigir el pago. (...) **Para ello, el juez tendrá en consideración si el peticionario tiene otra fuente de ingresos que le permitan garantizar su subsistencia mientras agota los medios de defensa ordinarios y de qué manera la ausencia de salario afecta su mínimo vital, lo cual deberá ser demostrado por el accionante al menos sumariamente.**”*

(Negrillas y subrayas fuera del texto original).

En esas condiciones, ha sido amplio el precedente jurisprudencial de la alta Corte respecto a que el dicho del actor no conduce *per se* a concluir la existencia de un perjuicio irremediable; es decir, sea cual sea su entidad, es entonces

necesario que se proporcionen al juez de tutela los medios de convicción que le permitan inferir su existencia, más allá de la informalidad inherente al presente mecanismo constitucional; planteamiento que de igual forma ha sido corroborado por la H. Corte en *Sentencia T-290 de 2005*, con ponencia del *Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra*:

*“(…) No obstante, aunque la prueba del perjuicio irremediable es requisito de la procedencia de la tutela, la Corte ha sostenido que la misma no está sometida a rigurosas formalidades. Atendiendo a la naturaleza informal y pública de la acción de tutela, así como a la jerarquía de los derechos cuya protección se solicita, la prueba del perjuicio irremediable puede ser inferida de las piezas procesales. **Así pues, al afectado no le basta con afirmar que su derecho fundamental se enfrenta a un perjuicio irremediable, pero es indispensable que, atendiendo a sus condiciones personales, explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión ese elemento** –SIC–.*

(Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Es que sobre este aspecto, resulta necesario hacer hincapié en que la parte actora en ningún momento demuestra en el transcurso de las presentes diligencias, ni siquiera sumariamente, por qué se encuentra vulnerado o amenazado su mínimo vital, pues solo se limita a enunciar en sus escritos que como consecuencia de un accidente de trabajo en 1998, fue calificada el 7 de febrero de 2017 con una pérdida de capacidad laboral del 76,6% de origen común, situación con la que está en desacuerdo, pues es de origen laboral, por haberse ocasionado en un accidente de trabajo.

Refiere que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de pensión de invalidez, la cual le fue negada, motivo por el que presentó los recursos de reposición y apelación sin que resultara favorable en aquellas instancias. Luego, el tema de inconformidad es que no está de acuerdo con que el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral haya sido de origen común, cuando considera que fue en virtud de accidente laboral; en este punto es importante señalar que la accionante tuvo la posibilidad de presentar los recursos de ley frente al referido dictamen y no lo hizo y no puede pretender a través de este medio remediar un asunto que ha de ser estudiado en la jurisdicción ordinaria.

Así pues, es menester precisar a la parte actora, que la acción de tutela como mecanismo de protección de garantías fundamentales, supone la imprescindible configuración de presupuestos que determinen su procedencia, dada la existencia de un mecanismo jurídico ordinario como es la vía laboral, eficaz e idóneo para hacer valer su pretensión, pues, lo que pretende es cuestionar el origen de la pérdida de capacidad laboral. Por manera que es la confirmación íntegra de la sentencia de primer grado, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción constitucional, la que se impone para la Magistratura en el presente evento, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISION PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la

República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** de manera íntegra la sentencia de tutela objeto de impugnación, según fue proferida por el Juzgado de origen, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

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

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **014dd49c2dac22162dbdfd1fbf5c66358dd190984969f5c2d68ea87b15760e27**

Documento generado en 14/09/2022 02:01:56 PM

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

Acción de Revisión

Sentenciado: Jhan Carlos Cuervo Ocampo

Delitos: Homicidio y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00397

(N.I. TSA) 2022-1304-5



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, nueve (9) de septiembre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 83

Proceso	Acción de revisión
Sentenciado	Jhan Carlos Cuervo Ocampo
Delito	Homicidio y otros
Accionado	Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia
Radicado	05000-22-04-000-2022-00397 (N.I. TSA) 2022-1304-5
Decisión	Inadmite

ASUNTO

La Sala se pronuncia en relación con la admisión de la acción de revisión promovida por el sentenciado JHAN CARLOS CUERVO OCAMPO contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante la cual se le condenó a treinta y dos (32) años de prisión, al ser hallado penalmente responsable de los delitos de homicidio, feminicidio, desaparición forzada y porte ilegal de armas.

CONTENIDO DE LA DEMANDA

De la exposición que hace el sentenciado en su escrito se extrae que considera se vulneraron sus derechos fundamentales al no dársele la posibilidad de hablar dentro del proceso ni conocer los hechos por los que se le condenó, además, los testigos que lo inculparon faltaron a la verdad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Es necesario indicar que la acción de revisión es un mecanismo de carácter excepcional que busca enmendar errores importantes de injusticia, contenidos en una sentencia debidamente ejecutoriada, al punto de hacer prevalecer el concepto de justicia material sobre el principio de la cosa juzgada, siempre que se demuestre alguna de las causales taxativas previstas en la ley.

Frente a esta clase de asuntos, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la acción de revisión es *"un instrumento de garantía que otorga el derecho a quien considere fundadamente que el fallo o la decisión definitiva que se haya emitido merece ser revisada para que, una vez ceda el principio de la cosa juzgada, pueda la misma jurisdicción ordinaria corregir el error que se pudo haber cometido, por cualquiera de las causas señaladas taxativamente en la ley"*.

En cuanto a la legitimación para presentar la acción de revisión, el

artículo 193 de la Ley 906 de 2004 establece:

*“Legitimación. La acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión. **Estos últimos podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio. En los demás casos se requerirá poder especial para el efecto”.***

Entonces, es claro que la acción de revisión debe ser promovida por medio de un abogado, quien debe presentar una demanda especial que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 194 del Estatuto Procesal. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido:

*“En este orden de ideas, si bien no se discute que el sentenciado tiene legitimidad para invocar la acción de revisión, **es imperativo que acuda mediante abogado titulado que tenga poder especial para ello**, quien deberá formular una demanda ajustada a los requisitos legalmente establecidos para su admisión, dado que, se trata de un proceso distinto al que culminó en las instancias.*

Sobre el tópico, la Sala se ha pronunciado de manera pacífica y reiterada en este sentido:

“Desde ese punto de vista, la revisión es una acción judicial autónoma, dirigida contra un proceso penal concluido, y por ello la demanda debe ser presentada por un abogado titulado que tenga poder especial para hacerlo, así se trate del mismo profesional que intervino en el trámite ordinario, o de un defensor distinto.

La necesidad de acreditar poder especial no obedece a una exigencia meramente formal, sino que la legitimidad por parte activa es un requisito de procedibilidad de la acción de revisión, la cual no puede

iniciarse sin la presentación de la demanda por un abogado que haya recibido poder para ese efecto, puesto que no es la continuidad del proceso penal, sino el ejercicio de un mecanismo jurídico excepcional y distinto, orientado a remover la entidad de cosa juzgada.

El poder es el instrumento a través del cual la Corte verifica la legitimidad del abogado para actuar, en el sentido de demostrar la existencia del vínculo entre el profesional y el titular del derecho para ejercer la acción de revisión”¹.

Acorde con lo anotado, se tiene que el accionante JIMMY ALBERTO FORY GONZÁLEZ no cumple con la exigencia demandada por la norma y aunque no se discute que él mismo está facultado para promover la revisión de su proceso, es imperativo que se trate de abogado titulado legalmente autorizado para ejercer la profesión, calidad que no le es predicable”².

Ahora bien, en este asunto no se cumple con la exigencia establecida en el artículo 193 C.P.P, esto es, la legitimidad para presentar la acción de revisión, por ser el propio condenado el que presenta esta acción y no un abogado como lo dispone la norma.

Aunque para la decisión que se perfila es suficiente con lo expuesto hasta el momento, importa destacar que en esta caso tampoco se cumplen con otros de los requisitos contemplados en la citada disposición legal, la cual dispone:

“Artículo 194. INSTAURACIÓN. La acción de revisión se promoverá por medio de escrito dirigido al funcionario competente y deberá contener:

1. La determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda con la identificación del despacho que produjo el fallo.

¹ Autos del 8 de agosto de 2002 y 18 e abril de 2012, Radicados Nos. 18.693 y 37.252, respectivamente.

² Auto del 12 de diciembre de 2012. Radicado No. 40.363.

2. El delito o delitos que motivaron la actuación procesal y la decisión.

3. La causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.

4. La relación de las evidencias que fundamentan la petición.

Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de única, primera y segunda instancias y constancias de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda”.

La lectura del escrito presentado por CUERVO OCAMPO permite evidenciar que se refirió de manera genérica a las causales de procedencia de la acción de revisión pero no concretó a cuál de ellas acudía para sustentar su solicitud.

Además, tampoco presentó la constancia de ejecutoria del fallo de condena, providencia que omitió identificar con precisión. A propósito, la Sala de Casación Penal en auto AP1027-2020 del 27 de mayo de 2020, radicado 52199, afirmó que el aporte de la constancia de la ejecutoria de la sentencia que se pretende rebatir constituye una exigencia legal inexcusable para promover la acción de revisión, toda vez que se hace necesario que exista certidumbre de su firmeza, es decir, que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Así las cosas, las omisiones mencionadas son suficientes para inadmitir la demanda de revisión propuesta.

Finalmente, cabe advertir que la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido del auto por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en **SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República

y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda de revisión presentada por JHAN CARLOS CUERVO OCAMPO contra el fallo condenatorio proferido en su contra por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

**Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

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

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

Código de verificación: **8f1773641378296dc916a1abd72d64d1d1341fceb7d8ca7dce73b44b1ed3bdf4**

Documento generado en 13/09/2022 07:37:03 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: María Luz Delia Ossa Rendón

Accionado: Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00391 (N.I. 2022-1274-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

Medellín, nueve (9) de septiembre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 83

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	María Luz Delia Ossa Rendón
Accionado	Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos y otros
Tema	Debido proceso
Radicado	05000-22-04-000-2022-00391 (N.I. 2022-1274-5)
Decisión	Niega por improcedente

ASUNTO

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela presentada por MARÍA LUZ DELIA OSSA RENDÓN en contra de la FISCALÍA 29 SECCIONAL DE SANTA ROSA DE OSOS ANTIOQUIA, EL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL ANTIOQUIA, EL JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, LOS JUZGADOS PRIMERO Y CUARTO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN, EL JUZGADO

Tutela primera instancia

Accionante: María Luz Delia Ossa Rendón

Accionado: Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00391 (N.I. 2022-1274-5)

PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE EL BAGRE ANTIOQUIA Y LA DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE ANTIOQUIA por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

HECHOS

La accionante afirma que miembros de la policía nacional SIJIN de Santa Rosa de Osos Antioquia ingresaron a su residencia, donde convivía con su compañero Iván Camilo Osorio Pérez, en cumplimiento de orden de allanamiento el 24 de abril del 2018 . Allí fue encontrado un revolver marca Smith and Wesson, calibre 38 el cual, según investigación posterior realizada por la Fiscalía y la aceptación voluntaria de cargos de Iván Camilo Osorio Pérez, se concluyó que el arma le pertenecía a su compañero sentimental. La Fiscalía decide celebrar un preacuerdo con su pareja y solicitar la preclusión a su favor.

En sentencia del 3 de diciembre del 2018 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia se condenó a Osorio Pérez a la pena principal de sesenta (60) meses de prisión y multa de mil trescientos cincuenta y un (1351) S.M.L.M.V. al ser hallado culpable, en calidad de cómplice, de los delitos de concierto para delinquir agravado, tráfico de estupefacientes y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Advierte que, a pesar de existir sentencia condenatoria por esos hechos en disfavor de su pareja, el 15 de junio de 2018 la Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos Antioquia, procedió a presentar escrito de acusación por los mismos hechos y las mismas conductas en su contra, a pesar que la Fiscalía

Tutela primera instancia

Accionante: María Luz Delia Ossa Rendón

Accionado: Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00391 (N.I. 2022-1274-5)

en oportunidades anteriores había indicado que solicitaría preclusión a su favor por ese delito. El proceso actualmente se lleva en el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre Antioquia.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Que se decrete la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso radicado No. 050016000000201901296 que actualmente se adelanta en su contra por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones en el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre Antioquia, amparando su derecho al debido proceso.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

La Juez Promiscuo del Circuito de El Bagre Antioquia informó que, conforme a lo dispuesto en el escrito de acusación presentado en disfavor de la tutelante, no es posible afirmar que sea cierto lo expuesto frente a al preacuerdo y a la solicitud de preclusión. Advierte que de la sentencia aportada por la accionante se observa que fue condenada por concierto para delinquir agravado y tráfico de estupefacientes, generando una ruptura frente al delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. El hecho de que un coacusado acepte cargos no implica la desaparición del proceso en contra del otro.

El proceso se encuentra actualmente en etapa de juicio, a la fecha no ha sido posible realizar la audiencia preparatoria, esto, por cuanto se han

Tutela primera instancia

Accionante: María Luz Delia Ossa Rendón

Accionado: Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00391 (N.I. 2022-1274-5)

presentado dos solicitudes de preclusión, la primera de ellas ante el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, quien negó la procedencia de la misma declarándose impedido, y la segunda, ante el Juzgado Penal del Circuito de Caucasia, despacho que luego de haber negado la preclusión se declaró impedido remitiendo las diligencias al Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre Antioquia.

El Juez Penal del Circuito de Yarumal Antioquia indicó que, dentro del proceso de María Luz Delia Ossa Rendón con radicado CUI 05-001-60-00000-2019-01296, el 28 de noviembre de 2019 se radicó solicitud de preclusión (por impedimento del Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos). La solicitud fue resuelta el 11 de diciembre de 2020, mediante auto que negó la preclusión de la investigación, porque no se cumplían los requisitos legales para acceder a ella y se ordenó la devolución del expediente a la Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos Antioquia. Afirma que el 4 de marzo de 2021 se recibió nuevamente solicitud de preclusión, la cual fue remitida al Juzgado Penal del Circuito de Caucasia Antioquia debido a la causal de impedimento de que trata el numeral 14 del artículo 56 del CPP.

Solicita sea desvinculada de la presente acción.

La Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos Antioquia advirtió que para el 15 de junio del año 2018 no se había proferido la sentencia por la que fue condenado su compañero sentimental, emitida el 3 de diciembre del 2018, por tanto, no era posible que la Fiscalía conociera esa sentencia. Además, la Fiscalía 123 especializada envió la carpeta inicialmente a la fiscalía 29 Seccional para que se investigara por cuerda separada el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de Iván Camilo

Tutela primera instancia

Accionante: María Luz Delia Ossa Rendón

Accionado: Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00391 (N.I. 2022-1274-5)

Osorio Pérez y María Luz Delia Ossa Rendón y en ningún momento informó que se había realizado preacuerdo con Iván Camilo Osorio Pérez, incluyendo el porte ilegal de arma.

Luego de varias rupturas procesales recibió la carpeta con SPOA 050016000000201800582. El 15 de junio del 2018 presentó escrito de acusación ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos Antioquia en contra de Ivan Camilo Osorio Pérez y María Luz Delia Ossa Rendón por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, pero la Juez se declaró impedida. En ese momento se desconocía que la Fiscalía 152 Especializada había realizado preacuerdo con Iván Camilo Osario Pérez incluyendo el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. Luego de realizar varios actos investigativos se realizó ruptura de la unidad procesal con Luz Delia Ossa Rendón y se solicitó preclusión ante el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal donde fue negada. Actualmente el proceso se lleva en el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre Antioquia.

El Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia informó que el 3 de diciembre del año 2018 María Luz Delia Ossa Rendón manifestó su deseo de terminar de manera anticipada el proceso, para lo cual decidió aceptar los cargos imputados de concierto para delinquir agravado y tráfico fabricación o porte de estupefacientes, procediéndose a la aprobación de los términos y la lectura de la sentencia el día 12 de junio de 2019. En audiencia del 3 de diciembre del 2018 el delegado de la Fiscalía informó que María Luz Delia le había sido imputado el delito de porte de armas accesorios partes o municiones desde las audiencias preliminares, pero se decretó la ruptura de la unidad procesal asignando el CUI 05001 60

Tutela primera instancia

Accionante: María Luz Delia Ossa Rendón

Accionado: Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00391 (N.I. 2022-1274-5)

00 000 2018 00582 conociendo del mismo el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Osos Antioquia.

Solicita ser desvinculado de la presente acción.

Los demás intervinientes vinculados guardaron silencio pese al requerimiento realizado por la Sala.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

La accionante estima esencialmente que, se afecta su derecho al debido proceso, debido a que la fiscalía indicó que solicitaría preclusión a su favor por la conducta de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego accesorios parte o municiones, pero en su lugar, presentó escrito de acusación, proceso que se lleva en el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre Antioquia y actualmente se encuentra pendiente para celebración de audiencia preparatoria. Solicita se decrete la nulidad de lo actuado.

La pretensión de la accionante no puede ser debatida mediante esta vía, en tanto no se acredita el requisito de subsidiariedad que la haga procedente.

Tutela primera instancia

Accionante: María Luz Delia Ossa Rendón

Accionado: Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00391 (N.I. 2022-1274-5)

Aunque no fue puesto en conocimiento por la accionante, de las respuestas emitidas por las partes se constató que la fiscalía ha presentado en dos oportunidades solicitud de preclusión las cuales fueron negadas, en la primera oportunidad, por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal Antioquia, y la otra, por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca Antioquia.

La Sala revisó con detenimiento la demanda y sus anexos, y nada se dijo al respecto para cuestionar las decisiones que negaron las solicitudes de preclusión, tampoco se informó que se hayan agotado los recursos de ley frente a las mismas.

Ahora, frente a la nulidad que pretende la accionante. No se observa afectación alguna al debido proceso, además, el proceso se encuentra actualmente en etapa de juicio, es decir, cuenta con los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance para sacar adelante su teoría del caso, a fin de que se precluya la acción penal o se emita sentencia absolutoria a su favor. El agotamiento de los mecanismos ordinarios y extraordinarios constituyen un requisito ineludible que el juez de tutela debe verificar como satisfecho para habilitar el amparo de la tutela¹.

De acuerdo a lo anterior, no procede el estudio de la acción. Deberá agotar todos los recursos establecidos en la vía ordinaria previo acudir a ésta, pues, tampoco concurrió de manera oportuna la presunta afrenta de las garantías en juego ni adujo la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

¹ Sentencia C- 590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

Tutela primera instancia

Accionante: María Luz Delia Ossa Rendón

Accionado: Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00391 (N.I. 2022-1274-5)

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales a María Luz Delia Ossa Rendón, según las razones expuestas en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Tutela primera instancia

Accionante: María Luz Delia Ossa Rendón
Accionado: Fiscalía 29 Seccional de Santa Rosa de Osos y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00391 (N.I. 2022-1274-5)

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **22d1cd8560efde7d67df9d4c0a1483f66fc8c4c65676d3030e985f77cbbf3da2**

Documento generado en 13/09/2022 07:36:41 PM

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

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

Radicado Interno: 2022-1088-6

Accionante: JUAN PABLO FLOREZ LONDOÑO por medio de apoderado

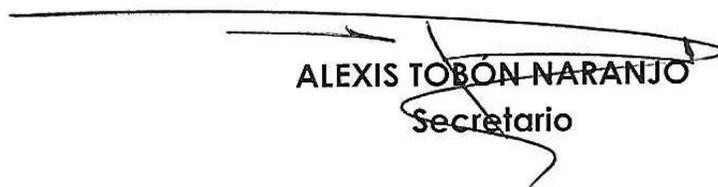
Accionado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y otros

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionado Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC interpone recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Es de anotar que el trámite de notificación culminó el día 08 de septiembre de 2022, fecha en la que tres de los accionados confirmaron recibido de la notificación del referido fallo.

Así las cosas, los términos para impugnar la decisión corrieron desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día 09 de septiembre de 2022 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 13 de septiembre de 2022.

Medellín, septiembre catorce (14) de 2022.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivos 042

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, septiembre catorce (14) de dos mil veintidós (2022)

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionado Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
MAGISTRADO

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **84f068af6701845838574fa53f535e0777c74dbe5c6346392af94a6adc51ddbf**

Documento generado en 14/09/2022 03:18:05 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, seis (06) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 184

PROCESO: 05 001 60 00000 2018 01025 (2020 1125)
DELITOS: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO
SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO
ACUSADOS: HÉCTOR ALONSO ARANGO LONDOÑO
VÍCTOR DANIEL BARRERA
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el Defensor del procesado VÍCTOR DANIEL BARRERA, en contra de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2020, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante la cual ABSOLVIÓ a los señores HÉCTOR ALONSO ARANGO LONDOÑO y VÍCTOR DANIEL BARRERA por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, e igualmente condenó al señor VÍCTOR DANIEL BARRERA por encontrarlo responsable de los delitos de SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO en concurso.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que existe una organización delincuenciales denominada Autodefensas Gaitanistas de Colombia o Clan del Golfo con injerencia en el occidente antioqueño, Frente Occidente Juan de Dios Úsuga David, y que delinque en los municipios de Sopetrán, San Jerónimo, Santa Fe de Antioquia, Caicedo (Antioquia) entre otros. Grupo delictivo con permanencia en el tiempo, debidamente

jerarquizado, con pluralidad de sujetos, con distribución de roles para cada uno de los integrantes y que se ha concertado con la finalidad de cometer delitos de Homicidios, Desplazamiento de Personas, Tráfico de Estupefacientes y Extorsiones.

Igualmente, se afirma que el señor Héctor Alonso Arango Londoño, alias Chun o El Profe perteneció a dicha agrupación desde el año 2013 hasta el momento de su captura, el 7 de mayo de 2018. Se desempeñaba como cabecilla urbano. Su función era la de coordinar y dirigir los integrantes del casco urbano del municipio de San Pedro (Antioquia) quienes debían reportarle de manera oportuna todas las actividades referentes al cobro de extorsiones, así mismo encargado de resolver los problemas que se presentaban en la comunidad y que no acudían a las autoridades legalmente constituidas.

También que el señor Víctor Daniel Barrera, alias Chumero, perteneció a la organización desde el año 2017 hasta el 7 de mayo de 2018. Se desempeñó como integrante urbano. Su función junto con otros miembros era la de retener personas de otros grupos ilegales desconocidas en el sector de San Pedro (Antioquia) que acuden allí a cobrar extorsiones. Una de esas retenciones tuvo ocurrencia el 23 de marzo de 2018, entre las 11 y 21:30 horas, sector Las Margaritas de San Pedro (Antioquia). Allí los señores Víctor Daniel Barrera y Mateo Tamayo Bedoya retuvieron durante aproximadamente 10 horas y media a la joven Kely Andrea Álvarez Marín y al menor G.J.J.C. (con 16 años de edad), ya que al parecer estarían cobrando una extorsión al señor Barrera. Para llevar a cabo la mencionada retención, se utilizó el vehículo de placas MFY246 de propiedad del señor Víctor Daniel Barrera. A las víctimas se les sometió a tortura física y moral.

Por estos hechos, ante el Juez Tercero Penal Municipal Ambulante de Antioquia, el 8 de mayo de 2018, fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso pasó al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia en donde el 4 de octubre de 2018, la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar los días 30 de enero de 2019 y 25 de abril de 2019. El juicio oral se desarrolló los días 8, 9, 15 y 16 de agosto, 2 y 3 de septiembre de 2019, 7, 10 y 11 de febrero y 14 de agosto de 2020. La sentencia fue leída el 27 de octubre de 2020.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo manifestó que con la prueba se demostró la existencia de una estructura delincencial organizada en el municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia). Se cuenta con interceptaciones de líneas telefónicas de presuntos integrantes del Clan del Golfo, quienes activaron un plan criminal de secuestro.

Con respecto al señor Héctor Alonso Arango Londoño señaló que la Fiscalía no logró establecer su pertenencia a dicha estructura criminal, ni que se concertara con otras personas para la comisión de delitos, mucho menos que se desempeñara como cabecilla de urbanos de la organización.

En relación con el señor Víctor Daniel Barrera, encontró en la prueba inexactitudes en los testigos del ente acusador y respecto de la teoría del caso planteada, cuando por una parte lo señalan de ser cabecilla financiero y de otra integrante urbano, entre todo, no se logró

establecer ni su permanencia a la organización criminal, ni su rol de financiero, tampoco como el encargado de secuestrar a quienes llegaban al pueblo a extorsionar, pues únicamente se afirma la participación de alias “Chumero” de quien se supo sostuvo comunicación telefónica con alias Juan El Político, este sí miembro y líder de la organización criminal Clan del Golfo, razón por la que además se tenía interceptada su línea celular. Sin embargo, este hecho no lo vincula *per se* de manera directa como integrante de esta facción, lo que se supo fue que acudió a la organización en busca de ayuda por ser víctima de un delito. Tampoco se demostró dónde se reunía esta organización, ni que el procesado participara de las mismas, incluso para la fuerza pública del municipio de San Pedro se desconoce el alias de “Chumero” o el nombre de Víctor Daniel Barrera.

En cuanto al delito de secuestro, sostuvo que está probado los hechos de secuestros ocurridos en el municipio de San Pedro de los Milagros, el 23 de marzo de 2018 en el sector Quesera Las Margaritas, donde resultaron víctimas Kelly Andrea Álvarez Marín y el menor G.J.J.C.

Dejó claro que fue demostrado en el juicio que el señor Víctor Daniel Barrera tiene el alias de “Chumero”. Es propietario de una finca en zona rural del municipio de San Pedro de los Milagros, sector quesera “Margaritas”. Es propietario de una camioneta Chevrolet Dimax color negro. A él le venían realizando exigencias económicas por parte de la delincuencia común. Para el día 22 de marzo de 2018 hicieron presencia en su finca dos personas a recibir la exigencia económica, siendo citados por Barrera para el día siguiente. Víctor Barrera se comunicó con alias Juan Político, miembro del Clan del Golfo en ese municipio, para solicitar colaboración en tal acontecimiento. A la finca de Víctor Daniel llegaron varios miembros del Clan del Golfo antes que los extorsionistas lo hicieran. El 23 de marzo de 2018 hizo presencia el

menor G.J.J.C. y luego la dama Kelly quienes iban a recoger el dinero exigido. En esa fecha fueron retenidos, amordazados, maltratados, golpeados y trasladados por la fuerza por hombres pertenecientes al grupo armado ilegal, tratando de sacar información de quién o quiénes eran los encargados de la exigencia dineraria, hechos en los que participó Víctor Daniel Barrera.

Expresó que este hecho por sí solo no permite considerar al procesado incurso en el delito de Concierto para Delinquir, sin embargo, que sí se conocía con el Jefe del Grupo y que acordaron para ese día llevar a cabo el secuestro.

Concluyó que el señor Víctor Daniel Barrera prestó un aporte esencial en la ejecución del secuestro, aporte que de no haber existido el secuestro no se hubiera perpetrado, pues fue Víctor Daniel quien hizo todo para que el mismo se ejecutara. Fue quien puso en conocimiento de alias Juan el Político y a quien por demás le pidió colaboración; adicional a ello, las circunstancias de tiempo y modo que rodearon el caso permiten justificar las circunstancias de agravación, no solo por la tortura infringida a las víctimas, sino porque quedó claro que entre los secuestrados había un menor de edad.

LA IMPUGNACIÓN

1. La señora Fiscal 068 Especializada Contra Organizaciones Criminales, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- El recurso se instaura en contra de la absolución emitida en favor del señor Víctor Daniel Barrea, por el delito de Concierto para Delinquir. Solicita se revoque la sentencia en ese aspecto y se condene también por dicho hecho punible.
- El Juez dejó de lado el análisis de fondo de las pruebas que se practicaron en conjunto que eran suficientes para emitir condena también por el delito de Concierto para Delinquir Agravado, pues no de otra forma pudo haber participado activamente en el secuestro sin concertarse con el grupo armado organizado al cual se le atribuyó el hecho.
- El A quo se contradice cuando le da valor a la comunicación previa y el contacto que tenía el procesado con el cabecilla de zona de ese grupo al margen de la ley para condenarlo por el secuestro, pero le resta relevancia para condenarlo por el Concierto, cuando es esta misma circunstancia la que propició que se llevaran a cabo los dos secuestros, para lo cual el señor Víctor Daniel no sólo solicitó el apoyo del grupo ilegal, sino que participó con ellos directamente y de manera concertada en la retención de estas dos personas.
- No hubo discusión sobre la existencia, la zona de injerencia y finalidades como lo son las extorsiones, secuestro, desplazamiento forzado y homicidio por parte de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia o Clan del Golfo.
- En el juicio también declararon las dos víctimas de secuestro. La señora Kelly Andrea Álvarez Marín quien hizo un detallado recuento de lo que fue su secuestro y el joven G.J.J.C. Las personas que los secuestraron decían todo el tiempo que por qué fueron a robarle al patrón, refiriéndose a alias Chumero. La testigo reconoce y señala en

la sala al señor Víctor Daniel Barrera como la persona a la que se refiere como Chumero, que estuvo presente durante su retención y que era a quien los demás se referían como el patrón, por eso ella le imploraba que le ayudara. Dice que los hombres grababan todo lo que estaban haciendo y le enviaban los videos a alguien. Inicialmente los montaron en una camioneta negra de propiedad de Chumero, porque era él quien la conducía y que finalmente los subieron a un vehículo diferente y los sacaron hasta la carretera.

- G.J.J.C, otra de las víctimas dijo que llegó a la finca y preguntó por Chumero y éste lo atendió y le dijo que volviera al otro día por la plata. Al otro día Chumero lo estaba esperando con varios hombres armados, quienes lo golpearon y le dijeron que por qué le iban a robar al patrón. También manifestó que Juan le dijo que ellos eran Los Gaitanistas y que asumió que Chumero era el patrón porque así lo decían los demás.

- De los testigos presentados por la Fiscalía se puede concluir que Víctor Daniel sabía quiénes eran las personas a las cuales solicitó apoyo (es decir integrantes del Clan del Golfo) y así mismo ellos lo conocían perfectamente a él y lo mencionan como Chumero, remoquete con el cual efectivamente se le conoce al señor Barrera, además tenían conocimiento cuál era la finca de éste, porque a ninguno se le aportan indicaciones durante la planeación, sólo se les indica llegar a la finca de Chumero. Víctor Daniel tenía comunicación con alias Juan, cabecilla del grupo ilegal en ese sector de San Pedro de los Milagros. Alias Chumero pudo informar sobre la posible extorsión a las autoridades legítimas, pero prefirió hacerlo al grupo ilegal para que tomaran cartas en el asunto asesinando a los extorsionistas. No solo informó para que le ayudaran, sino que también tomó participación activa en la planeación y ejecución del

secuestro con los integrantes del grupo armado que llegaron a su casa para apoyarlo.

- Hace referencia a los requisitos del Concierto para Delinquir y cómo los cumple la organización Criminal Clan del Golfo. Todas las acciones de esta organización ponen en peligro la seguridad pública y no sólo ésta sino otros bienes jurídicos que se ven afectados con sus actividades ilícitas; de ello tenía pleno conocimiento Víctor Daniel cuando acudió a ellos. Por eso, considera se demostró el tipo penal de Concierto para Delinquir Agravado y la responsabilidad del Acusado. El procesado tenía comunicación previa con integrantes del grupo delictivo, éstos lo conocía a él y a su finca, contactó vía telefónica a alias Juan para que lo apoyaran ante una extorsión que le estaban haciendo, que junto con los demás integrantes planeó y llevó a cabo el secuestro de los presuntos extorsionistas, que facilitó su finca y su vehículo para consumir el hecho planeado por la organización criminal y en desarrollo del secuestro mantenía informados a sus compañeros sobre movimientos de la fuerza pública, todo lo cual constituyó un aporte necesario para la comisión de la conducta delictiva para la cual se habían concertado y que su conducta fue más allá de pedir una simple ayuda al grupo ilegal ante una supuesta extorsión que le estaban realizando.

2. El señor defensor del procesado Víctor Daniel Barrera, también inconforme con la decisión interpuso y sustentó el recurso de apelación así:

- El A quo no hizo una valoración conjunta de la prueba. Extrajo en forma aislada conclusiones en contra del acusado. Se dan por probados hechos no probados o se les achaca veracidad factual a acciones ocurridas a lo largo del proceso, uniendo circunstancias de

diversas escenas, para obtener conclusiones ilógicas desde la noción de la teoría de la prueba judicial. Se obvió aspectos relevantes e importantes traídos a colación por el Despacho: la edad del menor, lo cual se dice que salió a relucir en el momento en que los secuestradores se dieron cuenta cuando lo requisaron y encontraron la tarjeta de identidad. No obstante, se acepta el agravante de la minoría de edad, aduciendo que el señor Víctor Daniel Barrera no le entregó el dinero el día 22 de marzo de 2018 porque aparentaban ser menores de edad. En los audios analizados en el proceso quedó claro que el grupo que cometió el delito se dio cuenta de la minoría de edad cuando le esculcan su billetera. Antes la edad no se había tenido en cuenta. El despacho acepta que no fue asesinado porque era menor de edad, situación que se puede deducir y concluir fácilmente de los audios utilizados por el analista de comunicaciones en el juicio. No se puede deducir el agravante, porque tiene el físico de una persona mayor de edad, lo cual quedó comprobado en el juicio, tanto que los mismos secuestradores cuando se percatan de la edad del menor no le creen, tienen duda y así lo manifiestan en las conversaciones interceptadas.

- Su defendido fue condenado por las comunicaciones, pero el testigo de la Fiscalía Juan Agudelo Álvarez es claro en dos hechos, primero que existen solo dos comunicaciones que dice el testigo corresponden al señor Barrera, pero en ninguna de estas dos comunicaciones aparece el teléfono celular, además no hay cotejo de voz, sin embargo el Despacho acepta, sin explicar cómo llegó a esa conclusión que esas comunicaciones corresponden al abonado celular incautado en el allanamiento a la vivienda del condenado. El Despacho acepta que el señor Víctor Daniel llamó de un abonado celular cuando no existe esa prueba en el proceso penal, es decir el testigo de la Fiscalía, el analista de comunicaciones dijo que no existía el número celular del

cual se comunicó presuntamente el señor Barrera con el cabecilla Juan.

- Ahí nace la duda que es crucial en este proceso: quedó demostrado que “chumero” no es un alias particular de Víctor Daniel Barrera, sino que es un alias de la familia Barrera, a quienes les dicen los Chumeros y como tal son muchos los chumeros que existen en San Pedro de los Milagros. En el sitio había muchas personas cualesquiera de ellas con el alias de Chumero.

- El Despacho acepta en la sentencia que un miembro de la Policía nacional se comunicó con el grupo ilegal, como un nazareno que busca ayudar a superar la situación de unas personas secuestradas en peligro. Esto resulta ilógico y atentatorio contra el orden jurídico. En el proceso quedó claro que el analista de comunicaciones, testigo de la Fiscalía, Juan Agudelo Álvarez generó la alerta de los hechos que conocía por las interceptaciones al jefe de la investigación, quien es la única persona que conocía de los hechos. Si él era la única persona que conocía de estos hechos es la única persona que pudo comunicarse con el grupo delincuencia para avisarles.

- Los secuestrados nunca se internaron en una zona boscosa, porque allí no había bosques y del lugar donde estaban escuchaban el ruido de las motos de policía. Es decir, estaban a poca distancia. No fue la presión de la fuerza pública lo que obligó a la liberación de los secuestrados, cuando ellos fueron dejados en libertad, caminaron durante dos horas aproximadamente hasta encontrar una estación de servicios y allí dieron que los habían robado y llamaron a la policía que tardó aproximadamente otras dos horas para recogerlos. Nunca se hizo un operativo serio para perseguir a los presuntos secuestradores, no se utilizaron herramientas tecnológicas para ubicar a los

secuestradores. En vez de buscar a los secuestradores se comunicaron con ellos y les dijeron que no dejaran regueros por ahí. El testimonio de las víctimas es contundente, cuando ellos escuchan la llamada de quien ellos afirman es un miembro de la policía en ese momento los secuestradores cambian con ellos y de ahí en adelante no los maltratan y les dicen que los van a liberar.

- La actuación de los policías del Comando de San Pedro de los Milagros estuvo precedida de una información falsa. Con esa información los policías visitaron la casa del señor Víctor Daniel Barrera y le preguntaron a la señora Leydy Lucía Galeano Monsalve por el caso y ella contestó que no sabía nada, porque los que participaron en los hechos le dijeron a su esposo que ellos tenían controlada la situación y que todo estaba coordinado con la Policía, ante una advertencia de esa naturaleza se entiende que niegue sobre los hechos que tenga conocimiento.

- Apenas está probada la presencia del señor Víctor Barrera en el lugar de los acontecimientos y con alguna ayuda a los captores, pero no se estableció el dolo en su conducta. En cambio, sí está probado la presencia de un grupo criminal dedicado a extorsionar y secuestrar entre otros ilícitos.

- Resalta la importancia que merece el no haberse establecido que el acusado incurrió en el delito de Concierto para Delinquir.

- Advierte la sumisión en la cual se encuentra la población frente a los grupos al margen de la ley y se ve compelida en aceptar la protección ofrecida por los ilegales. Los ciudadanos están maniatados frente a ellos y obligados a colaborar a como dé lugar. El señor Víctor Daniel

está presente en los hechos solamente para cumplir su obligado papel de patrón o protegido.

- La técnica para evaluar los testimonios fue desconocida por el A quo. Por ejemplo, el testigo Juan Agudelo Álvarez fue contradictorio, especuló demasiado y no tenía la razón del dicho. No establece quién se comunica con el jefe de la banda. Afirma que solo dos llamadas se le atribuyen a Víctor Daniel Barrera. Ni el testigo, ni nadie puede saber quién habla por mucho que crea reconocer esa voz, porque tampoco proceden del celular incautado o en todo caso, de un teléfono de propiedad del acusado. Solo deduce porque de esta y otra llamada se le pudo nombrar con el alias de Chumero quedando en la incertidumbre quién hablaba.

- En otra valoración tendenciosa, a los dos testigos, por ser los retenidos en el secuestro, les cree sin sopesar las versiones propias de un testigo sospechoso. Les perdona las contradicciones y mentiras, como quiera que ni las menciona. Todo esto a pesar de que son dos avezados delincuentes con interés en el proceso, como quiera que su calidad de víctimas les podría otorgar “el botín” que no consiguieron extorsionando.

- El A quo no le cree a la señora Leidy Lucía Galeano Monsalve. Mide con un rasero distinto a una testigo que no da cuenta de por qué no informó a la policía lo sucedido con su esposo, como si fuera imposible tener miedo en tales circunstancias; pero le creyó sin atender detalles, las versiones sesgadas de los testigos presenciales.

- Ante la prueba recaudada, era imposible afirmar tan ligeramente la certeza fundante de la condena. Fueron establecidas tantas

irregularidades de parte de la policía que indican la participación de la entidad con dominio del hecho en contubernio con el grupo ilegal.

- No hay prueba del dolo y en consecuencia alguna participación está desprovista de la culpabilidad exigida para adecuar la conducta típica. El señor Víctor Daniel Barrera fue acusado infundada y falsamente al final, de ser el jefe de finanzas del Clan del Golfo en San Pedro de los Milagros, por algún aporte menor que, dicen, entregó en el momento de los hechos para proveer de alimentos a los retenidos.

- Se probó que alguien de la policía, sin que el testigo Juan Agudelo Álvarez precisara quién, estaba en contacto con los delincuentes y trabajaba en connivencia con ellos, según se desprende de las comunicaciones aportadas. En ellas un tercero tampoco identificado, perteneciente a los secuestradores, manifiesta que el comandante de la policía les sugiere que no le vayan a dejar “chulos” (muertos) por ahí. Esto demuestra una conducta irregular, por decir lo menos, del jefe de la investigación, lo que no permite establecer culpabilidad en la participación del acusado, porque es aquel quien precisamente lo vincula, además como jefe de finanzas.

- En el peor de los casos, si el acusado tiene alguna responsabilidad sería la de cómplice, pero nunca la de un coautor. No es posible afirmar que hay participación coautora en el delito porque no hay prueba que el acusado fuera el autor de las llamadas. No hay una ideación del delito sino una denuncia de un tercero por fura de la ley, inepta para determinar acontecimientos futuros. La denuncia de la presencia de extraños no fue la primera causa del desenlace delictual como quiera que los retenidos son quienes se meten a la boca del lobo con la intención de extorsionar. Es claro que la única causa que precede al secuestro es la voluntad extorsiva de las víctimas de

retención. El acuerdo previo sucumbe también para que desaparezca la coautoría, por falta de este elemento normativo. No es cierto que las palabras de quien habla telefónicamente constituyan un acuerdo para delinquir con su interlocutor. Solamente avisa la presencia de extorsionistas.

- El grupo delincencial por sí solo tenía mayor interés en infringir el delito, puesto que esa es la razón de su existencia. Existen para delinquir y actuar tal como en el caso se hizo, y no necesitan de terceros improvisados para desplegar sus tareas ilegales.

- El acusado solamente conduce el vehículo para transportar a los retenidos, los cuales pudieran conducirse a pie como se hizo en gran parte del recorrido. La alimentación provista, es menos propia de ayuda para consumar el secuestro que una conducta ajena a cualquier delito. Es simplemente un hecho no punible ni tiene calidad de una ayuda por ser opuesta a los elementos que constituyen el ilícito, sobre todo si este duró apenas unas horas donde los requerimientos alimenticios no eran urgentes. Apenas cuando se considere probado que hubo un acuerdo previo, existe la posibilidad de que estas conductas constituyan actos de autor. El acuerdo no está probado, lo que quiere decir que no lo hubo. No hubo codominio del hecho imputable al acusado. Su participación fue pasiva. No podía hacer nada frente a lo que estaba pasando y parecía más una persona utilizada contra su voluntad que un colaborador.

- Quedó probado que la participación del acusado fue mínima y distante de liderazgo alguno. Fue una participación subordinada ajena al rol propio de los coautores. Dentro de la coautoría impropia se les exige una conducta esencial configurativa de la importancia del aporte. No hubo acuerdo común porque el medio de prueba no fue

conducente y la eficacia probatoria no advino. El testimonio no pudo suplir la falta de prueba pericial para acreditar que el acusado concertara vía telefónica lo sucesivo en pro de secuestrar. La conducción del vehículo no es esencial para la comisión del secuestro y no es significativo. Además, el acusado estaba impotente frente a la actuación de los secuestradores, como la misma testigo Kelly Andrea Álvarez explica y como se deduce de los actos desplegados por aquél y fueron probados.

- En cuanto a la agravante por la edad del menor, el juez se apresura a darle validez solamente al dato documental sobre la edad y desatiende la gran prueba sobre el error de tipo por la apariencia del sujeto que indicaba una mayoría de edad a primera vista.

- La agravante del numeral 2 del artículo 170 de la ley 599 de 2000, no encalla en la prueba recaudada porque ningún sujeto procesal desconoce que el señor Víctor Daniel Barrera no infringió tortura moral ni física a los retenidos. Al señor Víctor no puede imputársele la conducta de terceros, pues no infringió las supuestas torturas y porque tales circunstancias son de índole material, por ende, dan paso a la aplicación del inciso segundo del artículo 62 del Código Penal. No se le puede comunicar la agravante de la tortura al acusado quien no infringió la misma y a quien no se le estableció un dolo anterior a dicha conducta, así todo estuviera ocurriendo dentro de la ejecución de los hechos.

- Ya que no puede hablarse de un secuestro agravado, el tipo penal aplicable si no se absolviera sería el secuestro simple en grado de complicidad. Pero los detenidos fueron dejados en libertad el mismo día. Por ello, se atenía según lo establecido en el artículo 171 del Código Penal. La policía nunca se adentró en terreno rural y no pasó

de la vía principal que conduce de San Pedro a Medellín. No pudo haber presión policial para la liberación de los secuestrados, pues si las víctimas caminaron por lo menos dos horas, la distancia entre la policía y los captores era de por lo menos diez kilómetros. Tampoco se puede hablar de presión cuando el propio testigo Juan Agudelo Álvarez afirma que algún funcionario de la fuerza pública se comunicó con los delincuentes para persuadir. Es claro que la persuasión no procede de un adversario sino de un cómplice, pues las palabras textuales fueron “no me vayan a dejar un reguero o no me vayan a dejar chulos”. Nunca se estableció cual era la intención final de los captores. Las víctimas eran dos extorsionistas a quienes se retuvo para impedir el cobro ilícito que realizaban. Los hechos demuestran que fueron liberados después y la supuesta presión policial está desvirtuada.

Como sujeto no recurrente, manifiesta que los asertos de la Fiscalía van en contra de la lógica elemental. El analista Juan David Agudelo Álvarez dijo que a Víctor Daniel Barrera sólo le interceptaron dos comunicaciones con el individuo Juan, frente a las cuales no existía el número del abonado celular. Que el testigo diga o afirme que es el número celular no significa que sea verdad, es labor del Juez hacer la valoración correspondiente. El hecho que entre miembros del grupo armado se refieran a chumero no significa que sea el señor Víctor Daniel Barrera en el proceso quedó demostrado que chumero no es un alias exclusivo de él, sino que se trata de un alias de la familia, por tanto, son muchas las personas que se conocen con este alias. Las dos llamadas fueron realizadas por un sujeto no identificado, frente al cual no se tiene el número del abonado celular y tampoco existe el mecanismo tecnológico para deducir que esa voz pertenecía a una persona X o Y. Quedó claro que la incriminación como financiero del Clan del Golfo fue por unas entrevistas y que el entrevistado G.J. dijo

que era mentiras porque tenía desconfianza de la policía. La Fiscal no hace alusión a las contradicciones de los testigos, que no fue una, sino múltiples, en todas tratando de incriminar al señor Barrera.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si existe o no prueba suficiente para emitir sentencia condenatoria en contra del señor Víctor Daniel Barrera por los delitos de Concierto para Delinquir Agravados y Secuestros Simples Agravados.

Para el A quo, únicamente pudo llegarse a un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad del señor Víctor Daniel Barrera en cuanto a la comisión de los delitos de Secuestros Simples Agravados, no así frente al delito de Concierto para Delinquir Agravado. En cambio, para la Fiscalía, el acusado debe ser condenado por los delitos cometidos, incluyendo el concierto para delinquir agravado. En tanto, el señor defensor sostiene que el A quo también debió emitir sentencia absolutoria por los delitos de Secuestro o por lo menos degradar la responsabilidad del acusado a unos delitos de Secuestro Simples atenuados en calidad de cómplice. Ambos recurrentes sostienen que el Juez de conocimiento no hizo una valoración adecuada de la prueba en forma individual y conjunta con los criterios de la sana crítica.

Para decidir, la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en el juicio oral y pudo establecer que a los recurrentes no les asiste razón en sus críticas y se anuncia desde ya que la sentencia objeto de apelación será confirmada en su integridad.

1. La fundamentación de la sentencia. Observados los argumentos del A quo para emitir el fallo, puede percibirse un análisis juicioso de todo el material probatorio recaudado. Se estudió detenidamente la prueba en forma individual y, sobre todo, las conclusiones fueron el resultado de la valoración en conjunto de todo el material probatorio recaudado. Dejó claro que el señor Víctor Daniel Barrera fue acusado como integrante urbano de la Organización Criminal “El Clan del Golfo” y también como financiero del grupo y con el papel de ser quien retenía a las personas que acudían al municipio a cobrar extorsiones. Pero también que con la prueba recaudada la acusación por el Concierto no fue demostrada, pues únicamente se afirmó su participación en un delito de secuestro, lo cual no lo vinculaba *per se* como integrante de esa facción, pues se supo que acudió en busca de ayuda por ser víctima de un delito. Para aseverar esto, estudio con detenimiento cada uno de los testimonios vertidos en el juicio. Algo distinto sucedió con el análisis de la prueba con respecto a los secuestros, pues pudo evidenciar la participación del acusado en ellos en forma libre y voluntaria.

2. Sobre el delito de Concierto para Delinquir Agravado.

La señora Fiscal en la sustentación del recurso interpuesto se dedicó a demostrar que existe prueba suficiente para enrostrar al señor Víctor Daniel Barrera la comisión de los delitos de secuestro simple agravado y de allí hace un giro en su argumentación para concluir que esa misma prueba la lleva a afirmar la participación del acusado en el delito de Concierto para Delinquir, apoyándose en el hecho que nadie discute y es que en realidad en el municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia) existe un grupo perteneciente al autodenominado Autodefensas Gaitanistas de Colombia o Clan del Golfo. Demostrada la autoría de los secuestros por parte de miembros de este grupo pasa

a concluir que como el procesado participó en los secuestros también era integrante activo de la organización.

Olvida la señora Fiscal que como hecho jurídicamente relevante señalado en el escrito de acusación se señaló que este grupo también se encargaba de resolver los problemas que se presentaban en la comunidad y que no acudían ante las autoridades legalmente constituidas sino ante un miembro de la organización por considerar que daban una solución de manera más oportuna, por lo que no puede señalar que cualquier persona que por alguna razón tenga contacto con la organización, es porque pertenece a ella.

No es cierto que la única forma para participar de una persona en un delito cometido por una organización criminal sea la de pertenecer a ella. Es evidente que el acusado era la persona que tenía interés en resolver el problema presentado con el delito de extorsión que era cometido en su contra y en vez de acudir a la autoridad legítima decidió ponerlo en conocimiento de una organización criminal y tal como lo explicó el A quo, ese solo hecho no permite deducir sin duda que hace parte como integrante del grupo al margen de la ley.

Ninguna contradicción se presenta en el fallo revisado, ya que, si bien de la prueba se deduce con claridad que algunos integrantes de la organización conocían al procesado, esto pudo deberse por ser una persona que les sirviera en actividades cotidianas como el mismo investigador analista de los audios lo dijo en el juicio, cuando señaló que existían otras comunicaciones que no dejó anotadas en el informe porque se trataba de situaciones normales. El conocer a las personas del grupo y tener alguna comunicación con algún miembro no hace a la persona integrante de la estructura.

La participación del señor Víctor Daniel en los secuestros es evidente y salta a la vista, pero debe recordarse que, para demostrar la participación de una persona como integrante en una organización criminal, la prueba debe señalar en forma inequívoca que ha realizado un acuerdo, no para cometer un delito determinado y particular, sino para ayudar a los fines de la organización que implica la comisión de delitos indeterminados en el tiempo.

Para demostrar la pertenencia del acusado a la organización, la fiscalía no puede apoyarse en las declaraciones de las víctimas del secuestro, Kelly Andrea Álvarez Marín y G.J.J.C. pues es evidente que estas dos personas nada conocían del grupo y su estructura y solo percibieron durante su cautiverio el trato que sus captores le daban al señor Víctor y su comportamiento con respecto a los secuestrados y el resto de los captores. Es de esas declaraciones que puede deducirse sin duda alguna que el señor Víctor estaba allí como parte interesada en los hechos que estaban ocurriendo y como partícipe en forma voluntaria del secuestro y tortura, pero de ahí a la pertenencia al grupo en cuanto al conocimiento de que el señor Víctor se hubiese concertado para la consecución de los fines de la organización y cometer delitos indeterminados, estas personas nada podían aportar.

3. De los delitos de Secuestro Simple Agravado.

Como se expresó, para la Sala es evidente que el señor Víctor Daniel Barrera acudió a un grupo criminal para lograr que le colaboraran en la retención de unas personas que lo estaban extorsionando. Si bien los investigadores no pudieron en el juicio demostrar que la llamada recibida por alias Juan El Político, cuyo teléfono se tenía interceptado con anterioridad en una investigación contra el grupo Clan del Golfo, salió del teléfono perteneciente a Víctor Daniel Barrera, porque no

quedó en el registro su número, al escuchar el contenido de las interceptaciones que fueron hechas públicas en el juicio oral, fácilmente se puede concluir que el señor Juan y otros integrantes de la organización criminal conocían a la persona apodada “Chumero”, pues en una de las conversaciones se escucha que explica que era la persona que lo había llevado a Medellín. Igualmente, conocían donde estaba ubicada la finca y todos los pormenores que les permitió acudir a la solicitud de ayuda para retener a las personas que lo estaban extorsionando. Nadie discute que el señor Víctor tiene ese apodo y la defensa pretende sin éxito, introducir dudas, manifestando que es un apodo de la familia, pero es claro que alias “Chumero” llamó a solicitar la ayuda, inmediatamente el grupo se trasladó a la finca del señor Víctor Daniel, quien fue reconocido por las víctimas de secuestro en el juicio y lo conocían también con el apodo de “chumero”.

También, para la Sala quedó evidenciado que no solo el señor Víctor pidió y aceptó la ayuda del grupo criminal, sino que también directamente realizó la conducta punible de retener a dos personas por muchas horas con el fin de torturarlas y hacerlas revelar quienes estaban detrás de la extorsión y sobre todo al menor G.J.J.C. para obligarlo a que otra persona mayor de edad también participante del hecho extorsivo, acudiera ante ellos.

El señor defensor considera que su pupilo actuó con error en cuanto a la edad del menor, pero el contenido de los audios es claro y en el juicio pudo escucharse que rápidamente los captores de G.J.J.C. pudieron conocer que se trataba de un menor de edad, sin que de sus manifestaciones pudiera inferirse que no lo creían. Pero, además, alias Juan les comunica a sus superiores la situación de tener retenido a uno de los extorsionistas, por lo que inmediatamente recibe la orden de matarlo, la cual cambia cuando el señor Juan le informa que se

trata de un menor de edad. En ese momento, se imparte orden también para que continúe la retención y además se le obligue a hacer comparecer a su compañero mayor de edad, lo cual se ejecuta por todos los que están participando en el secuestro. Así que no pueden alegar en ningún momento que desconocían que estaban reteniendo a una persona de 16 años de edad. Por otra parte, salta a la vista que esa circunstancia no les impidió a los actores cometer el delito de secuestro y lo realizaron conociendo que se trataba de una persona joven y podría ser menor de edad, lo cual verificaron al momento.

El señor defensor expresa que los secuestrados no se internaron en zona boscosa y que pudieron ser liberados por la policía, pero no lo hicieron. No obstante, el analista explicó en el juicio que él no conocía la zona y que solo mencionó que era zona boscosa por los datos de referencia que dan el programa. Lo que sí quedó claro con los testimonios de las víctimas es que los captores tuvieron conocimiento que la policía y la SIJIN llegaron al lugar y estaban buscando a los secuestrados, por lo cual se alejaron y escondieron.

En cuanto a la aplicación de la atenuante consagrada en el artículo 171 del Código Penal por la liberación voluntaria de las víctimas, es necesario precisar que, si bien la fuerza pública estuvo en el lugar de los hechos, no lograron encontrar a los secuestradores y secuestrados, porque ellos tuvieron información constante de la actividad de la policía en el sector. En las comunicaciones se puede apreciar que solo bajaron a la carretera cuando estuvieron seguros que los policías ya no estaban presentes y entonces fue que procedieron a dejar en libertad a las víctimas, quienes se fueron caminando por la carretera por un tiempo hasta que decidieron pedir ayuda.

Si bien estuvieron preocupados por la acción de la policía y por la posibilidad de ser rastreados con el teléfono de una de las víctimas, de allí no se puede afirmar que entonces la presión de la policía los obligó a huir y dejar a los secuestrados libres. En la comunicación que se escuchó en el juicio se percibe claramente que alguien les estuvo informando lo que ocurría y les dijo que ya la policía había tomado camino hacia San Pedro y solo les mencionó que tuvieran cuidado por si alguien de la SIJIN estuviera por ahí. Desistieron de matar a las víctimas por dos razones, una porque el jefe les señaló inicialmente que al menor no lo mataran y la otra, porque quien les informaba lo que estaba ocurriendo alrededor, les dijo que una persona decía que no fueran dejar muertos por ahí. No se puede entender este último hecho como una presión, sino más bien como una recomendación proveniente de posibles cómplices.

Ahora, sí es factible que algún miembro de la policía se haya comunicado con los integrantes del grupo criminal para prevenirlos y pedirles que no fueran a dejar alguna persona muerta por el sector, pues en una de las comunicaciones es evidente que un integrante del grupo les dice que un señor del cual no da datos, recibió el mensaje del comandante de la policía y ellos inmediatamente decidieron salir del lugar y para ello le preguntaron al interlocutor si era seguro y éste les explicó que la policía había regresado al pueblo pero podían estar los de la SIJIN. Este hecho que debió ser investigado por la fiscalía, no puede interpretarse como lo hace el señor defensor, esto es, que el procesado estuviera atemorizado y obligado a participar en el secuestro, porque los captores estaban apoyados por la policía, pues salta a la vista que la participación del señor Barrera fue voluntaria, como lo deja claro el hecho de haber pedido inicialmente ayuda al grupo y luego su comportamiento con estas personas y con los secuestrados que demuestra claramente su intención de actuar en

contra de la ley y para lesionar los bienes jurídicos de la libertad e integridad de estas dos personas. Igualmente, tampoco puede interpretarse que fue el mismo investigador quien suministró información a la policía para ser filtrada a la organización criminal, pues de los audios se puede extraer con claridad que ellos se dan cuenta de la acción de la policía cuando advierten que están en la casa del señor Víctor buscando a los secuestrados. Esto quiere decir que la policía tuvo conocimiento del operativo que se estaba realizando y, por ello, si alguien de la institución era informante, tenía el conocimiento necesario para hacerles llegar el mensaje que pudo escucharse en los audios.

No tiene razón la defensa cuando pretende justificar a la esposa del acusado, quien ante la presencia de la autoridad no quiso dar ninguna información de lo que estaba ocurriendo, pues tal presencia le tenía que dar la confianza necesaria sobre la no participación de la autoridad en esos hechos. Es claro que si la policía estuviera ayudando a los secuestradores nunca habrían acudido a la casa del señor Víctor buscando a los retenidos.

El comportamiento del señor Víctor antes y durante el secuestro del joven G.J.J. y la señora Kelly no permite afirmar la teoría de la defensa, esto es, que estuviera siendo obligado para participar en los hechos. Los testigos dejaron claro que los hombres que estaban allí lo trataban como el patrón y él estaba dispuesto a realizar todo aquello que fuera necesario para cumplir con los objetivos, así directamente no torturara a las víctimas. Por ello, se puede predicar que actuó con dolo y que se le comunica la circunstancia agravante de la tortura. El acusado directamente actuó realizando la conducta punible de retener a unas personas. Utilizó su finca y su propio vehículo, que condujo personalmente para ese fin. Todos y cada una de las personas allí

presentes realizaron la conducta que tipifica el secuestro agravado, por las circunstancias de la tortura de las víctimas y la minoría de edad de una de ellas. Salta a la vista que, sin la participación de todos, el hecho no podría realizarse. Por ello, la Sala no comparte las manifestaciones del recurrente que pretende minimizar la participación de su pupilo, como si sus acciones no fueran esenciales en la comisión de la conducta. Para determinar este aspecto basta con mirar el caso en concreto, dio la información y solicitó la colaboración para la retención y cumplir un fin específico. Además, utilizó los medios que tenía a su alcance para el cumplimiento y ejecución de las conductas punibles. Hay que precisar que en la llamada el señor Víctor no solamente avisa la presencia de unos extorsionistas, sino que en los audios puede escucharse que solicita su retención y señala por donde están en ese momento.

Visto lo anterior, la Sala confirmará la sentencia impugnada por encontrarla conforme con la verdad procesal, pero hará la reducción solicitada por la defensa con aplicación de la atenuante consagrada en el artículo 171 del Código Penal.

Como el A quo impuso el mínimo de la pena por cada uno de los delitos de Secuestro Simple Agravado, esto es, 256 meses de prisión y multa de 1066.66, la sanción a imponer con la disminución de la mitad prevista en la norma en comento queda en 128 meses de prisión y 533,33 SMLMV de multa. Por razón del concurso, se incrementará la pena de prisión en 12 meses y las multas se sumarán.

En consecuencia, el señor VÍCTOR DANIEL BARRERA deberá purgar la pena de CIENTO CUARENTA (140) MESES DE PRISIÓN y multa de 1066.66 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. La pena accesoria a la de prisión de inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas se estable en el mismo término de la pena principal.

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, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia, con la siguiente MODIFICACIÓN: el señor VÍCTOR DANIEL BARRERA deberá purgar la pena de CIENTO CUARENTA (140) MESES DE PRISIÓN y multa de 1066.66 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. La pena accesoria a la de prisión de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se estable en el mismo término de la pena principal.

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: **40bdf26828758d5aa90af89403308497a7c6a53ec4aae510acabcc4af76ba2c3**

Documento generado en 06/09/2022 03:24:58 PM

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