

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 191

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
2022-1495-1	Tutela 2ª instancia	LUÍS HORACIO VARGAS PULGARÍN	Nueva EPS y otro	Revoca fallo de 1º instancia	Octubre 21 de 2022
2019-1263-1	auto ley 906	actos sexual violento y otro	VICTOR MANUEL MEZA SALAS	Concede recurso de casación	Octubre 21 de 2022
2022-1589-4	Habeas Corpus	JUAN FERNANDO QUINTERO GUTIERREZ	JUZGADO 105 PENAL MUNICIPAL DE GARANTIAS	Concede recurso de apelación	Octubre 21 de 2022
2022-1342-6	Tutela 1ª instancia	EDWAR DÍAZ LASCANO	Juzgado Penal del Circuito de Cauca y otros	Concede recurso de apelación	Octubre 21 de 2022
2022-1612-6	auto ley 906	concierto para delinquir	YULIANA QUIROZ BEDOYA y otros	Se abstiene de resolver recurso de apelación	octubre 24 de 2022
2022-1183-1	auto ley 906	concierto para delinquir agravado y otro	MAURICIO DE JESÚS ECHAVARRÍA CAMPERO	Revoca auto de 1º instancia	octubre 24 de 2022
2022-1298-1	auto ley 906	HOMICIDIO AGRAVADO	FRITZ EDOUARD	confirma auto de 1 instancia	octubre 24 de 2022
2022-1345-1	auto ley 906	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	JHON DARÍO GARCÉS LÓPEZ	confirma auto de 1 instancia	octubre 24 de 2022
2022-1372-1	auto ley 906	FAVORECIMIENTO Y FACILITACION DE CONTRABANDO	JOVANNY HERNANDO ÚSUGA CARDONA	confirma auto de 1 instancia	octubre 24 de 2022
2022-1227-6	Sentencia 2ª instancia	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	Álvaro Humberto Blandón Blandón	Revoca sentencia de 1 instancia	octubre 24 de 2022

FIJADO, HOY 25 DE OCTUBRE DE 2022, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 233

PROCESO : 05042-31-89-001-2022-00152 (2022-1495-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : LUÍS HORACIO VARGAS PULGARÍN
ACCIONADO : NUEVA EPS S.A. y OTROS
PROVIDENCIA : FALLO SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la accionada en contra de la sentencia del 19 de septiembre de 2022, a través de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia (Antioquia) concedió la solicitud de amparo presentada por LUÍS HORACIO VARGAS PULGARÍN.

LA DEMANDA

Manifestó el accionante que tiene actualmente un contrato como mayordomo en la Finca La Caucana en Sopetrán-Antioquia, siendo sus jefes inmediatos Fabio Gómez y Claudia Upegui, pero quien realiza el pago de aportes a seguridad social es la empresa MANGOMEZ S.A.S.

Indicó que sufrió un accidente de tránsito el 11 de noviembre de 2020, que le produjo un traumatismo intracraneal, fractura de la base del cráneo, contusión del tórax, obesidad no especificada, hemorragia subaracnoidea traumática, fractura de la clavícula derecha, otros traumatismos intracraneales, fractura de la epífisis inferior del fémur izquierdo, fractura de

otro dedo de la mano, según su historia clínica.

Afirmó que como consecuencia del accidente, ha estado incapacitado desde el 11 de noviembre de 2020 hasta el 16 de abril de 2022, incapacidades emitidas por el médico tratante de la Nueva EPS, por un total de 501 días. Sin embargo, continúa con sus dolencias, pero no han sido autorizadas por parte de la Nueva EPS, las incapacidades desde el 17 de abril de 2022, hasta la fecha, pues a pesar de haber acudido a dicha entidad el 17 de junio de 2022, solo le transcribieron y autorizaron las incapacidades generadas hasta el 16 de abril de 2022.

Señaló que a la fecha ha informado a su jefe inmediato sobre las incapacidades emitidas, pero, aun así, no ha recibido pago de las mismas, ni por su empleador, EPS, ARL o fondo de pensiones, a pesar de que no puede laborar, quedando a la merced de la caridad de sus familiares para satisfacer sus necesidades básicas.

Dijo que le ha solicitado a su jefe inmediato y empleador que realicen los trámites necesarios para reclamar tal pago, pero el empleador ha hecho caso omiso y sólo ha indicado que revisaría el asunto y se comunicaría con el abogado.

Por último, solicitó que se ordene al empleador que proceda al pago de los dineros causados por las incapacidades hasta el 16 de abril de 2022, y se ordene a la NUEVA EPS transcribir y autorizar las incapacidades del accionante desde el 17 de abril de 2022 hasta la fecha.

LAS RESPUESTAS

1.- La empleadora MANGOMEZ S.A.S., aporta respuesta, informando que ha contratado a LUIS HORACIO VARGAS PULGARIN, el 12 de septiembre de 2019, contrato que terminó el 02 de abril de 2021.

Indicó que el accionante con su hijo venían desarrollando actividades muy diferentes a las contratadas, y en esas actividades se originó el accidente de tránsito (dando origen a una enfermedad no profesional), que no tenía por qué darse pues era interno en la finca LA CAUCANA.

Mencionó que el accionante presenta renuncia voluntaria ante la empresa MANGOMEZ S.A.S, cuya constancia se aporta, declarando que la empresa se encuentra a paz y salvo por todo concepto, cancelando todas y cada una de las prestaciones sociales a que tenía derecho. Sin embargo, como un acto de buena voluntad siguieron pagando el aporte a la seguridad social y le informaron los trámites a seguir para el cobro de las incapacidades. Por lo tanto, consideró que la empresa en ningún momento le ha vulnerado derechos fundamentales.

Consideró que la acción es improcedente, en la medida que lo pretendido es el reconocimiento de una prestación económica, por lo tanto no susceptible de reconocimiento a través de la acción de tutela, máxime cuando el accionante se encuentra vinculado al régimen contributivo, por lo que, se presume su capacidad (ley 1438 del 2011 artículo 11), contando con otros mecanismos para tramitar el conflicto; asuntos relacionados con el pago de prestaciones económicas derivadas del otorgamiento de incapacidades de origen común o profesional corresponde a la jurisdicción laboral según el artículo 622 del Código G. P.

Expresó que ese reconocimiento de incapacidad, resulta improcedente mediante la Acción de Tutela, a menos que no exista otro medio de defensa judicial, estimando que ese derecho económico pueda ser considerado como fundamental y su violación sea consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, exigencias que no se dan en este caso, pues además de existir otros mecanismos de defensa, no puede calificarse la conducta de NUEVA EPS como "indiscutiblemente arbitraria", al no haber prueba de la vulneración a sus derechos fundamentales.

Por último, dijo que no procede si existe un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable entendido este último como aquél que tan sólo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización.

2.- Por su parte, la NUEVA EPS da respuesta a la Tutela, indicando que para el pago por incapacidades ha de tenerse en cuenta su duración, para determinar quién es el obligado a cancelarla, y explicó, pues el primero y segundo día el auxilio estará a cargo del empleador, del tercer día hasta el día 180, a cargo de la EPS y del día 181 a 540, corresponde por regla general, a los fondos de pensiones, sea o no favorable el concepto de rehabilitación emitido por la EPS, siempre y cuando hubiese sido emitido antes del día 120 de incapacidad y enviado a los fondos de pensiones antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales la EPS no ha expedido tal concepto, será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto. Lo anterior en virtud del artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

Agregó que la Administradora de Fondo de Pensiones tiene la obligación legal de expedir el dictamen sobre calificación de la pérdida de capacidad laboral, dentro de los precisos términos señalados en el Decreto Ley 019 de 2012. Como también aclaró la EPS accionada que de acuerdo con sus funciones dentro de la entidad, la responsabilidad subjetiva con respecto a un posible fallo de tutela con órdenes judiciales dirigidas a NUEVA EPS, deberán ser adelantadas por parte del Área de Prestaciones Económicas, en cabeza del Doctor César Alfonso Grimaldo Duque, Director de Prestaciones Económicas, siendo su superior jerárquico el Doctor Seird Núñez Gallo, Gerente de Recaudo y Compensación, y en un eventual escenario de cumplimiento al fallo de Tutela se ha de vincular a quien corresponde según la organización y estructura de la entidad, que cuenta con diferentes áreas técnicas que se califican de acuerdo con el objeto de la acción de tutela, lo que permite designar a los funcionarios

encargados de su cumplimiento y a su superior jerárquico, de conformidad con sus funciones y su ubicación territorial.

Afirmó que el Juez ha de individualizar al llamado a dar cumplimiento a la orden de tutela, determinando que es esa persona y no otra quien tiene la capacidad administrativa, funcional y territorial para resolver la orden constitucional proferida.

Por último, solicitó se deniegue la Acción de Tutela por tratarse de pretensiones de índole económico, además que no se evidencia vulneración por parte de la EPS.

Posterior, en respuesta complementaria, la NUEVA EPS informó que MANGOMEZ S.A.S. le solicitó el pago de 10 incapacidades emitidas al accionante afiliado el 5 de noviembre de 2021, y la Dirección de Prestaciones Económicas el 17 de ese mismo mes respondió a través de email, informando que la empleadora se encontraba en mora en los pagos correspondientes a los meses de diciembre de 2020, enero a mayo y julio de 2021 a pesar de haber informado las fechas oportunas de pago de las cotizaciones, por lo cual no era posible el reconocimiento de tales incapacidades requisito necesario para hacer el reconocimiento.

Dijo que también ha informado la EPS a la empleadora, que no era posible dar reconocimiento económico a la incapacidad N° 7200476, pues el señor VARGAS PULGARIN, presentó al 17/05/2021, 180 días continuos de incapacidad como consecuencia del diagnóstico: (M842), cuando las EPS están obligadas a reconocer hasta 180 días consecutivos de incapacidad por un mismo diagnóstico o patología relacionada, según el Decreto 2463 de 2001-Artículo 23. Y a partir del día 181 el reconocimiento económico queda bajo responsabilidad del fondo de pensiones donde esté afiliado, bien hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral, se restablezca su salud o se gestione su pensión con dicha entidad.

Afirmó que en cuanto a la solicitud de pago de la incapacidad 6489674,

informó la EPS que revisado el Sistema de Información, se evidenció que para el periodo de inicio de dicha incapacidad solicitada noviembre de 2020, el afiliado se encontraba ACTIVO en la entidad MEDIMAS EPS, por lo cual el pago realizado para ese periodo no fue reconocido en los procesos de compensación a favor de NUEVA EPS, lo que impide el reconocimiento de la prestación económica.

Aclaró que las EPS no pueden asumir incapacidades superiores a 180 días; estas quedan a cargo del Fondo de Pensiones al cual esté afiliado el usuario (Decreto 2943 de 2013) y bajo el cumplimiento de los parámetros consagrados en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, cuando exista concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, la Administradora de Fondo de Pensiones –AFP postergará el trámite de Calificación de Invalidez, hasta por un término máximo de 360 días calendario, adicionales a los primeros 180, reconocida por la EPS caso en el cual, se otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía percibiendo, a cargo de la AFP, con arreglo además a lo dispuesto por la Corte Constitucional al considerar que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los Fondos de Pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral, o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, línea que se recoge en sentencia como la T-468 de 2018.

Concluyó que es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones.

Solicitó declarar la improcedencia de la Acción invocada al tener el accionante otro medio de defensa como la justicia ordinaria para este tipo de requerimientos, en tanto que la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero y/o incapacidades, no existiendo así vulneración a los derechos fundamentales, máxime que la acción de tutela no prevé pagos de dinero por conceptos médicos, transportes, licencias e incapacidades y riñe

con la subsidiariedad.

Aseveró que no se evidencia el cumplimiento del principio de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela, ya que el accionante no demuestra haber agotado todos los medios ordinarios de defensa, que se encuentran establecidos y asignados a la jurisdicción laboral, para reclamar pago de prestaciones económicas.

Pidió que se conmine a la Administradora de Fondo de Pensiones donde se encuentre afiliado el accionante, teniendo en cuenta que el Fondo de Pensiones debe iniciar el pago de incapacidad a partir del día 181 de incapacidad, prorrogando el pago por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocida por Nueva EPS y al finalizar este último período, le calificará la pérdida de capacidad laboral.

Por último, solicitó desvincular a la NUEVA EPS de conformidad con los argumentos de hecho y de derecho esbozados.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de Primera Instancia concedió el amparo por considerar que:

“...Pretende con la Acción de Tutela, se protejan al accionante los derechos fundamentales a la Vida, Mínimo Vital y Dignidad Humana, ordenando al empleador, que proceda al pago de los dineros causados por las incapacidades hasta el 16 de abril de 2022, y se ordene a la NUEVA EPS transcribir y autorizar las incapacidades del accionante desde el 17 de abril de 2022.

No hay duda que el accionante ha venido afiliado a la NUEVA EPS en el Régimen contributivo, tal como además fue aceptado por la accionada; también queda claro que se han generado varias incapacidades luego del accidente sufrido el 11 de noviembre de 2020.

Ahora bien. Indica la parte empleadora, que contrató los servicios del accionante como mayordomo, desde el 12 de septiembre de 2019 hasta el 2 de abril de 2021, cuando éste formuló renuncia del cargo manifestando estar su empleador a paz y salvo con él, aunque pendientes algunas incapacidades, según consta en la prueba documental aportada.

Se dice que, a pesar de la renuncia voluntaria, la empleadora continuó con los aportes a seguridad social, aunque según se dice en el escrito de Tutela, está pendiente el pago de los dineros causados por las incapacidades hasta

el 16 de abril de 2022, lo cual constituye justamente una de las pretensiones. Está pendiente, además, por parte de a la NUEVA EPS, la transcripción y autorización de las incapacidades a partir del 17 de abril de 2022.

Se dijo que, en su respuesta, la NUEVA EPS considera improcedente la Acción, por no reunir las exigencias de inmediatez y subsidiariedad.

En cuanto al primer principio referido, tenemos que el fin de este mecanismo es garantizar la efectiva protección, actual y expedita, ante la amenaza o la vulneración de un derecho fundamental, lo que implica que desde el hecho generador y la presentación de la Tutela el lapso de tiempo transcurrido debe ser razonable.

Para el caso a estudio, se pretende el pago de las incapacidades; existe pronunciamiento de la Corte Constitucional en el sentido que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez para formular la tutela, si se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez sea muy antiguo, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos continúa y es actual, requisito que en este caso se cumple, pues la vulneración de los derechos invocados es continuada y persiste, pues la omisión de la empleadora accionada se ha prolongado en el tiempo y a la fecha, en principio, el solicitante sigue sin percibir el pago de las incapacidades reclamadas, lo cual en su decir, afecta su mínimo vital y su vida digna.

Y al tratarse de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad radica en distintos actores del sistema dependiendo de su prolongación, así:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día 3 al día 180 están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persistan y superan el día 181, fueron antes objeto de debate pues se asumía que su pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, la Corte Constitucional es enfática en afirmar que su pago corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, haya concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Y si la EPS no cumple con la emisión del concepto de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, si la incapacidad se prolongue más de 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”. Se reitera, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, quedan a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

Se aporta constancia de la renuncia del accionante a su trabajo, e informa

que no ha recibido pago de las incapacidades emitidas, ni por su empleador, EPS, ARL o fondo de pensiones, a pesar de que ya no puede laborar y según lo informa la EPS, el empleador no se encuentra al día con los aportes en Salud en el Sistema de Seguridad Social, pues se encuentra en mora en los pagos correspondientes a los meses de diciembre de 2020, enero a mayo y julio de 2021, por lo cual no era posible el reconocimiento de algunas incapacidades.

Tal mora no impide que la accionada EPS emita el concepto de rehabilitación que haya dejado de realizar respecto de los diagnósticos mencionados. Al contrario, es una razón para considerar la importancia de que la EPS cumpla con tal mandato, ya que los 120 días de incapacidad por cada diagnóstico se cumplieron estando el accionante como afiliado activo en la EPS y, además, se trata de una omisión de la EPS que puede amenazar la posibilidad del accionante de acceder a una pensión de invalidez.

Y en lo que tiene que ver con el carácter de la subsidiariedad de la Tutela, que lleva a la accionada a solicitar se declare improcedente por existir la vía ordinaria para la pretensión económica, se ha pronunciado la Corte Constitucional para efectos de determinar su procedencia cuando se hacen estas pretensiones, acorde con la edad del afectado (menor de edad, adulto mayor), su situación económica, estado de salud, grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), y la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.

El caso del pago de incapacidades a personas afectadas en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental, según lo considera la Corte Constitucional cuando expone: i) a la salud “en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación”; y ii) el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, “por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar”. (Sentencia T-194/21).

En el presente caso se acusa el no pago de las incapacidades por parte de la empleadora accionada, reclamación que sería competencia del juez ordinario laboral.

Sin embargo, vemos como la acción la ejerce una persona con afectaciones y padecimientos en su salud de manera persistente -por distintos diagnósticos- resultado de un accidente de tránsito ocurrido desde noviembre de 2020, ya que desde entonces se le han prescrito incapacidades médicas. Por ende, es fácil determinar que no se encuentra en capacidad de retomar sus labores en aras de obtener un ingreso que le permita cubrir sus necesidades básicas, ni las que ha tenido a su cargo con anterioridad al accidente. Por ello, el solicitante requiere del pago de tales incapacidades para que su derecho al mínimo vital sea protegido, toda vez que no cuenta con otro ingreso ante sus condiciones de salud, quedando sometido a la caridad como se indica en su escrito.

Así, ante la ausencia de fuente de ingresos implica por su condición de salud, en los términos expuestos, que la ausencia y/o la dilación de los pagos que reclama, lo ubican en circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud. Por lo tanto, este Despacho estima que en el asunto bajo examen el medio judicial ordinario carece de eficacia, más aún cuando existe

una amenaza sobre su mínimo vital. (Sentencia T-194/21 antes referida).

En consecuencia, considera el Despacho que la Tutela satisface también el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de una vía judicial ordinaria para efectuar este reclamo, esta no resulta efectiva ante las precarias condiciones de salud del accionante.

Se concluye entonces que, a consideración del accionante, cesa la vulneración de sus derechos invocados AL MÍNIMO VITAL, A LA DIGNIDAD HUMANA y DERECHO A LA VIDA, si el Despacho ordena a su empleador - Sociedad MANGOMEZ S.A.S., que se paguen los dineros causados por las incapacidades hasta el 16 de abril de 2022. Además, se ordene a la Nueva EPS, transcribir y autorizar las incapacidades causadas a partir del 17 de abril de 2022.

Reiteramos, la accionada Nueva EPS solicita se declare improcedente la Tutela, por pretender el reconocimiento de una prestación de carácter económico, situación que la excluye de tal posibilidad, más aún cuando el accionante figura vinculado al régimen contributivo, de donde se presume su capacidad económica; conocimiento de asuntos sobre pago de prestaciones económicas derivadas del otorgamiento de incapacidades de origen común o profesional corresponde a la jurisdicción laboral (artículo 622 del Código general del proceso).

Independiente de la modalidad del vínculo de afiliación a la EPS por parte del accionante, ha detenerse en cuenta su condición de salud que no le permite continuar con el desempeño de las actividades que venía ejerciendo y al contrario, como se anota en el escrito de tutela y no fue desvirtuado en el curso del trámite correspondiente, ha quedado supeditado a la caridad por sus limitaciones físicas.

La aplicación a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, si después de los 180 días iniciales la EPS no ha expedido el concepto de rehabilitación, será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Sobre el tema ha considerado la Honorable Corte Constitucional, en relación con la obligación en el pago de las incapacidades laborales de origen común, que si son menores a tres días corre por cuenta del empleador según el Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°.

Desde el tercer día hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS, como lo dispone la Ley 100 de 1993, artículo 206, correspondiendo en todos los casos a la parte empleadora, adelantar el trámite para el reconocimiento de estas, conforme al Decreto Ley 19 del 2012, artículo 121.

Deberá la EPS examinar al afiliado y emitir, antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal, el concepto de rehabilitación que será enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad acorde con lo dispuesto por el Decreto Ley 19 del 2012, artículo 142, de manera que recibido el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días más, reconociendo el pago de las incapacidades causadas a partir del día 181, hasta que se recupere en su salud el afiliado o se dictamine la pérdida de su capacidad laboral conforme al Decreto 2463 del 2001, artículo 23.

Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido. (Corte Constitucional, Sentencia T-199, abril 3/17).

No se acredita por parte de la EPS accionada, el trámite correspondiente al proceso que apunte a examinar al afiliado y emitir, antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal, el concepto de rehabilitación para enviar a la AFP antes del día 150, en virtud de lo cual será la EPS la encargada de

cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181 conforme a lo antes expuesto.

Por las razones expuestas, considera el Despacho que, contrario a la improcedencia que predica la parte accionada, la Acción de Tutela aplica para el caso a estudio, desvirtuando los argumentos esbozados en su contra, como la falta de subsidiariedad y de inmediatez, ante las condiciones físicas en las que se encuentra el señor Vargas Pulgarín, que no le permiten captar recursos con actividad alguna, como bien se ha expuesto. Por lo tanto, se concederá el amparo deprecado, en aplicación a la posición tomada por la Honorable Corte Constitucional en la decisión anunciada.

Se trata pues de una persona que por su condición de salud no está en capacidad de laborar para obtener recursos, quedando inmerso en la situación planteada por la Corte, para terminar considerando procedente el amparo solicitado, tanto con el pago por parte del empleador, de las incapacidades que reúnan las exigencias legales, y estén pendientes de pago, causadas hasta el 16 de abril de 2022, como la orden a la Nueva EPS, de transcribir y autorizar las incapacidades que estén pendientes y sean susceptibles de tal reconocimiento, a partir del 17 de abril de 2022.

Aunado a lo acontecido y bajo las directrices de esta providencia se prevendrá a la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. –NUEVA EPS-y a MANGOMENZ S.A.S. que, en lo sucesivo, observe las reglas establecidas en la normativa y en la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, especialmente en la Sentencia SU-508 de 2020, con el fin de no imponer barreras que impidan que sus usuarios accedan a los servicios de salud que requieran, puesto que la acción de tutela no puede ser el mecanismo que los pacientes deban tramitar para acceder a los servicios a los que tienen derecho. La tutela es un mecanismo subsidiario y urgente que no puede convertirse, de hecho, en un trámite administrativo más que los pacientes deban surtir para acceder a los servicios de los que depende su derecho fundamental a la salud.

En consecuencia, además, se exonera de responsabilidad frente a la vulneración de los derechos invocados, a la AFP vinculada, en tanto no se considera agotado el procedimiento en relación con el concepto de rehabilitación, que le genera la competencia para su intervención en el pago de incapacidades al accionante, conforme a lo expuesto...”

LA IMPUGNACIÓN

1.- La Nueva EPS S.A. manifestó que el área técnica de prestaciones económicas se permite informar al despacho, que se le han reconocido y pagado las incapacidades solicitadas por medio de la acción constitucional.

Afirmo que, la Nueva EPS ha dado cumplimiento a lo requerido por el usuario generándose una carencia actual de objeto por hecho superado, con relación al reconocimiento y pago de las incapacidades.

Indicó que, no existe acción u omisión de Nueva EPS que vulnere o amenace vulnerar el derecho fundamental invocado por el accionante, por lo tanto, al existir un hecho superado, la misma debe ser declarada improcedente por carencia actual de objeto.

Por último, solicitó dar aplicación al artículo 328 del CGP “ Reformatio in peius”, en el evento de que la EPS sea el único apelante, en el sentido de no aumentar la providencia en lo que no es asunto del recurso. En consecuencia, revocar el numeral tercero de la sentencia proferida y en su lugar, se denieguen las pretensiones del accionante contra Nueva EPS, por carencia actual de objeto por hecho superado.

2.- La empresa MANGOMEZ S.A.S. impugnó el fallo indicando que, en su primera oportunidad indicando que la EPS se había allanado a la mora ya que siguió recibiendo los pagos y no hizo ningún requerimiento a la entidad por el pago extemporáneo, en la segunda ocasión expresó que en decisión del 29 de agosto de 2022, se le ordenó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, que reconstruyera en todos sus apartes la tutela, toda vez que no se habían vinculado entidades de suma importancia como lo es el fondo de pensiones, COLPENSIONES, el Juzgado no vinculo a Colpensiones por el contrario respondió lo siguiente “Se dispuso en consecuencia ordenar cumplir lo dispuesto por el Superior y por ende vincular a la AFP COLPENSIONES como en efecto se hizo, fue luego notificada pero no hizo pronunciamiento alguno”, igualmente solicitó que para enriquecer la parte probatoria se vincule a los señores Aníbal Ruiz y Fredy Vivas, ya que fueron testigo de cuando el señor Fabio Gómez Zuleta, entregó al señor Luis Horacio Vargas Pulgarín, la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000).

Afirmó que dicha suma que incluso no correspondía al valor que en ese momento se alegaba sobre las incapacidades, puesto que esas no sumaban más allá de cuatro millones de pesos (\$4.000.000), sin embargo el señor Pulgarín, aprovechando las circunstancias como lo ha señalado, hizo que se le entregara más del doble de dichas incapacidades alegadas, esto

nunca lo tuvo en cuenta ni lo copio el juzgado AQUO, puesto que para llegar a un fallo justo debió haber citado a esos señores o al menos solicitar que se le enviara por internet o algún otro medio técnico su declaración.

Expresó que la forma como ese Juzgado tasa las incapacidades, cuando dice que hasta el 16 de abril de 2022, sin tener en cuenta que cuando el accionante tuvo el accidente Mangomez le pago más de 50 días de incapacidad y que si es bien cierto se interrumpió, igualmente en julio de ese mismo año se normalizaron los pagos para que el señor de una u otra forma reclamara sus incapacidades, esto en cierta forma es superfluo porque al señor PULGARIN, se le dieron más del doble del valor de las incapacidades, hecho que está claro con las personas a las cuales se les vendió la finca, pues el accionante manifestó que si no se le pagaban las incapacidades no entregaba la finca, por eso siempre lo alegamos como algo probado que el juzgado no tuvo en cuenta y que deseamos que el despacho si cite a estas personas o de alguna forma técnica tenga una declaración jurada de los mismos.

Adujo qu, el Juzgado manifestó que no fue posible comunicarse con la AFP y deja de lado tal vez una de las razones más importantes por las cuales el Tribunal anuló dicha acción y es sin duda una vinculación que debía hacerse pues existen demasiados medios para comunicarse con ellos ya que son una entidad reconocida como lo es el fondo de pensiones como para que el funcionario diga que no fue posible la comunicación y entonces empieza en su resolución a hacer una especie de yo con yo, a interpretar las normas sobre las cuales funciona el fondo de pensión y a estar asumiendo lo que él no puede asumir, porque el obligado tenía el tiempo suficiente para vincular al fondo de pensiones.

Aseveró que si se leyó y copio la sentencia del Honorable Tribunal debió sin duda vincular a los señores Aníbal Ruiz y Fredy Vivas, puesto que en el contradictorio dichas declaraciones son vitales para demostrar que el origen dela tutela no es el mínimo vital, que el origen de la tutela es en realidad un engaño de dicho señor, pues el señor ya había recibido más del doble y sin

embargo aprovecha las circunstancias para colocar una tutela que es totalmente injusta obligando a un fallo a favor, ahora bien el derecho de tutela como un derecho constitucional que tienen las personas o un derecho donde la persona que lo inicia tiene la carga de la prueba, por eso no solo se puede decir que por experticios médicos y por pruebas de tipo calamidad, se tenga que aceptar que la persona está en un mínimo vital, sin embargo de darse esa situación, pues esa es una situación que puede tener el 20 o el 30% de la población colombiana, pero que no da derecho a originar un proceso injusto, entonces por eso insiste que estos dos testimonios y la vinculación del fondo de pensiones se vuelven vitales para la resolución de esta tutela, pues al final lo que se busca aquí no es solo la verdad del mínimo vital, es la verdad integral, la culpabilidad de Mangomez, eso es lo que se debe establecer y aquí lo que se ha quedado es violando probatoriamente el debido proceso, se viola el debido proceso por que no se tienen en cuenta las pruebas vitales que van a llevar a la verdad, pero lo que hay que probar en ese caso es que Mangomez fue la causa de que esa persona llegara a esas circunstancias y como lo ha dicho claramente e indudable, MANGOMEZ pago el doble de esas incapacidades al accionante, una persona muy difícil, no legal, con una conducta que deja mucho que desear, más sin embargo a fuerza y por circunstancias de la vida como lo fue la venta de la finca hubo que pagarle lo que el exigió, que eran diez millones de pesos (\$10.000.000).

Aseveró que, el señor juez del circuito entrega un análisis muy completo y una cátedra de todo lo referente de las incapacidades, pero no va más allá de hacerlo para justificar su sentencia, quiere decir, que el Juez omitió la valoración de la prueba aquí Mangomez, puesto que si bien es cierto analiza todos y cada uno de los parámetros del fondo de pensiones y de la EPS, referente al tema sin embargo, no valora las pruebas necesarias y los instrumentos que el necesita para poder fallar, puesto que para poder fallar debe haber un contradictorio, nada se gana si se cumplen todas las particularidades de incapacidades y de todo tipo si existe una prueba clara de que eso ya se pagó, una prueba clara de que hay dos personas que pueden atestiguar que lo pagaron, ahí en ese contradictorio que ni siquiera

en ningún momento se armó es que encuentra la injustificada acción.

Concluyo que, el señor juez del Circuito de Santa Fe de Antioquia, no tuvo en cuenta sino los elementos que a la larga le servían al señor Pulgarín para llegar a un fallo, puesto que hay muchas otras pruebas que son las testimoniales, el fondo de pensiones y que son el análisis circunstancial o lo que llamamos nexo de causalidad, y ahí es donde se tiene que buscar un análisis para tener una sentencia justa, porque así se trate de una acción de tutela como lo hemos dicho, donde la carga de la prueba la tiene el accionante con más veraz se tiene que buscar una sentencia justa, sentencia que sin duda aquí no ha llegado y lo que se ha hecho es una violación clara del debido proceso

Por último, solicitó se revoque la sentencia del Juzgado Circuito de Santa Fe de Antioquia en todas sus partes con fecha septiembre 19 del 2022.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en el presente caso invita a determinar si el no pago de las incapacidades laborales reconocidas al accionante viola sus derechos constitucionales fundamentales, si la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para su protección y en caso tal, a cuál entidad de las accionadas debe ordenársele el pago correspondiente.

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

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

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

“(i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público”¹.

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

La Corte ha expresado que:

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

¹ Ver Sentencia T-195 de 2014

² Ibídem

Igualmente, es necesario advertir que en caso de enfermedad común, cuando la incapacidad supera los 180 días, la competencia para el pago corresponde al fondo de pensiones, pero siempre y cuando la EPS haya cumplido con sus obligaciones, tal como lo ha dejado claro la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional³:

27. Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, claramente, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación –superados 180 días de incapacidad– debe ser efectuada y promovida por las AFP, hasta agotar las instancias del caso.

Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo **deben remitirlo antes del día 150, a la AFP que corresponda.**

En los eventos en que ello no sea así, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. Asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

La AFP, una vez tenga concepto favorable de rehabilitación, habrá de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”*. El régimen de calificación prevé como condición, el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. De este modo es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se dejó dicho. **(Negrillas fuera del texto original)**

Es necesario aclarar que el señor LUÍS HORACIO VAARGAS PULGARÍN expuso que viene incapacitado desde hace el 11 de noviembre de 2020 por un accidente de tránsito y según los certificados allegados el accionante y expedido por la EPS, van desde el 11/11/2020 al 15/02/2022, las mismas se relacionan así:

³ Sentencia T-144 de 2016

N° de Certificado	Fecha inicial	Fecha final	Días otorgados	Días Acumulados
0006489674	11/11/2020	10/12/2020	30	30
0006489975	11/12/2020	09/01/2021	30	60
0006734741	10/01/2021	08/02/2021	30	90
0006725780	09/02/2021	10/03/2021	30	120
0006725263	19/03/2021	02/04/2021	15	135
0006725798	03/04/2021	08/04/2021	6	141
0006757824	09/04/2021	08/05/2021	30	171
0006908635	09/05/2021	07/06/2021	30	201
0006908642	08/06/2021	07/07/2021	30	231
0007200450	08/07/2021	05/08/2021	29	260
0007200476	06/08/2021	04/09/2021	30	290
0007218175	05/09/2021	05/09/2021	1	291
0007218182	06/09/2021	05/10/2021	30	321
0007309638	06/10/2021	04/11/2021	30	351
0007486674	18/11/2021	17/12/2021	30	381
0007486681	16/01/2021	16/01/2022	30	411
0007586823	17/01/2022	15/02/2022	30	441

Además de manera independiente al certificado emitido por la EPS adjunta las siguientes incapacidades:

N° de Certificado	Fecha inicial	Fecha final	Días otorgados	Días Acumulados
0008001073	16/02/2022	17/03/2022	30	471
0007997543	18/03/2022	16/04/2022	30	501

Por ende, se advierte en los certificados allegados que los días acumulados de incapacidad superan los 180 días y si bien es cierto las incapacidades que superen los 180 días deberían ser asumidas en este caso por la AFP COLPENSIONES, no se puede desconocer que con la entrada en vigencia del decreto ley 019 de 2012, la NUEVA EPS tiene la obligación de enviar su concepto médico dentro de un término, caso en el cual si la EPS no lo hubiese realizado deberá asumir el pago de las incapacidades generadas hasta que remita el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, siendo a partir de ese momento en que el Fondo de Pensiones se encarga de pagar las incapacidades y remitir los documentos a la Junta de Calificación de Invalidez, si es del caso.

En el presente caso, se presume que la Entidad Promotora de Salud ha venido incumpliendo con sus obligaciones, toda vez que no brindó información alguna de haber remitido el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación a COLPENSIONES, de conformidad con la exigencia establecida en el Decreto-Ley 019 de 2012, que consagra que las EPS deben emitir dicho concepto antes del día 120 de incapacidad temporal y luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150, a la AFP que corresponda; pues no se acreditó por parte de la EPS haber emitido y puesto en conocimiento de la Administradora de Pensiones dicho documento, entidad sobre la cual recaer la obligación legal de enviarlo.

Como se advierte, el legislador impuso unas cargas a las Empresas Promotoras de Salud, las cuales no deben ser desconocidas, pues como en el caso que nos ocupa, este desconocimiento conlleva a ser más angustiosa la situación en que se encuentra el accionante.

Lo anterior frente a la afirmación realizada por Nueva EPS al momento de la respuesta a la acción informó que la empresa solicitó el pago de 10 incapacidades de las cuales se le informó que la primera incapacidad con número 6489674 no se pagó porque en ese momento de la incapacidad - 11/112020-, el accionante se encontraba afiliado como activo en la EPS Medimás y dicha entidad no compensó dicho pago a su favor, las otras ocho incapacidades no se podían pagar porque el empleador se encontraba en mora de sus pagos, y además indicó que la incapacidad N° 7200476 no les correspondía el pago porque el señor Vargas Pulgarín el 17/05/2021 cumplió los 180 días de estar incapacitado, por lo que le corresponde asumir el pago a la AFP donde esté afiliado el accionante.

La Nueva EPS, impugnó el fallo, indicando que ya cumplió con lo ordenado en el fallo de tutela, cancelando la suma de \$2.000.000, equivalente a las incapacidades expedidas el 17/04/2022 y el 17/05/2022, ambas por 30 días.

Mientras que la empresa Mangomez, impugnó el fallo indicando que el Juzgado A quo no analizó las pruebas aportadas y que mucho menos vinculó a la AFP Colpensiones, entidad necesaria para determinar el encargado de realizar los pagos, además que la Nueva EPS se allanó a la mora.

Claro está que la entidad haya cancelado los aportes a la seguridad social de manera extemporánea, sin embargo, también es claro que como la EPS ha aceptado los pagos, ello implica que ha existido un allanamiento a la mora, asunto sobre el que la Corte Constitucional se ha pronunciado reiteradamente, tal como lo podemos leer en la sentencia que se viene referenciado, veamos:

“...Allanamiento a la mora de la EPS en el pago de las cotizaciones.

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 establece que son las Entidades Prestadoras de Salud del régimen contributivo las encargadas de reconocer el pago de las incapacidades por enfermedad general prescritas por los médicos a sus afiliados. Sin embargo, para dar cumplimiento al artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo en lo referente al auxilio monetario por enfermedad no profesional⁴, en la práctica, el empleador efectúa el pago de las incapacidades al empleado y, luego de ello, solicita a la EPS el reembolso del valor de las incapacidades.

El cobro que pueden hacer los empleadores a la EPS se encuentra regulado en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 que establece que:

“Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

- 1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. (...)*
2. Sin embargo, la Corte ha indicado en numerosas sentencias que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía o incompleta las cotizaciones a salud de un trabajador, si la EPS demandada no lo requiere

⁴ Este artículo establece que: “En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”. Al respecto, ver sentencia C-065/95.

para que cumpla a cabalidad, ni rechaza el pago que realiza fuera del término, se entenderá que se allanó la mora y, por tanto, la EPS se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral del trabajador⁵.

Tal como lo indicó la Corte en la sentencia T-177 de 1998, el allanamiento a la mora es una aplicación del principio de buena fe, pues si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes y luego se autoriza la negación de la prestación económica al trabajador, se estaría favoreciendo la propia negligencia de la empresa en el cobro de la cotización y se desestimarían los efectos jurídicos que genuinamente se espera que genere el pago de los aportes⁶. Adicionalmente, la figura del allanamiento a la mora cumple con el propósito de proteger el derecho a la remuneración y el mínimo vital de los trabajadores⁷. En razón de ello, la Corte ha ordenado el pago de las incapacidades laborales de los trabajadores dependientes aun cuando el empleador haya efectuado el pago de los aportes fuera del plazo establecido, siempre que la EPS se ha allanado a la mora..." (Se subraya por fuera del texto).

Contextualizando la jurisprudencia citada en el presente caso se dirá que se configura el allanamiento a la mora por parte de la Nueva E.P.S., ya que se insiste, tal y como puede verse en la misma respuesta de la accionada, la entidad recibió los aportes aunque de manera tardía y no hay constancia de que haya existido algún requerimiento por parte de la accionada o se haya opuesto al pago de los mismos, de tal modo que han sido aceptados sin oponer razones por parte de la entidad para la no aceptación de los mismos.

Por tanto, es claro que la entidad no ha efectuado las exigencias correspondientes para el pago oportuno y además se tiene que le ha recibido sus pagos extemporáneos sin adelantar ninguna de las acciones correspondientes, lo que nos permite afirmar que la Nueva E.P.S. se allanó a la mora y en consecuencia no puede alegar el pago tardío de los aportes para sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones legales. Siendo así, la afectación de los derechos fundamentales es atribuible en este evento a la E.P.S.

Por lo anterior puede afirmarse, conforme a la jurisprudencia constitucional que la Nueva E.P.S. se allanó en la mora al momento de no requerirle el pago oportuno de los aportes a la Empresa que funge como razón social para el

⁵ Ver sentencias T-468/10, T-786/09, T-418/08, T-533/07, T-267/07, T-001/07, T-761/06 y T-094/06.

⁶ Esta posición ha sido reiterada en otras sentencias tales como T-418/08, T-483/07, T-466/07, T-274/06 y T-094/06.

⁷ Ver sentencias T-786/09, T-789/05, T-1059/04, T-885/04, T-413/04, T-972/03, T-497/02, T-765/00 y T-177/98.

pago de los aportes al señor VARGAS PULGARÍN ni haberle rechazado los mismos por ser extemporáneos; por tanto, dicha entidad no puede ahora oponerse al pago de la prestación reclamada.

En consecuencia, tras guardar silencio sobre esta situación y seguir aceptando los pagos realizados por MANGOMEZ, no puede ahora pretender la E.P.S. accionada alegar en su favor dicha mora y negar al accionante el pago de la prestación económica reclamada. Por ello, teniendo en cuenta las consideraciones respecto del allanamiento a la mora y la posición asumida por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre el particular, considera el despacho que en el presente caso habrán de reconocerse y pagarse dichas incapacidades, pues tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, el no pago de dichas licencias por incapacidad general compromete de manera directa y contundente derechos fundamentales como el mínimo vital; éste último, en cuanto dicha prestación entra a reemplazar el único ingreso con que cuenta tanto ella como su grupo familiar.

En consecuencia, se ordenará a la Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al fallo se proceda a reconocer y pagar las incapacidades que el médico tratante le expidió desde el 11/11/2020 hasta la fecha, hasta tanto se obtenga una valoración médica que permita su reincorporación laboral, se haga efectivo el reintegro laboral u obtenga el derecho a alguna pensión conforme dictamen que establezca la pérdida de la capacidad laboral. Lo anterior, por no haber acreditado el envío del concepto favorable o desfavorable de rehabilitación a COLPENSIONES, con la facultad de repetir contra la entidad en caso de acreditar el cumplimiento de las obligaciones en la oportunidad legal.

Igualmente, se ordena a COLPENSIONES que en el caso en que NUEVA EPS haya emitido el concepto sobre rehabilitación exigido por la ley antes de cumplirse con los 540 días de incapacidad, asuma el pago de las incapacidades que se generen en favor del accionante a

partir del momento en que la EPS realice el trámite de ley para el efecto por superar la incapacidad más de 180 días y hasta los 540 días de incapacidad, o se reintegre al accionante a laborar.

Con lo anterior, la Sala REVOCARÁ la desvinculación del presente trámite de la AFP Colpensiones.

Se comunicará la decisión al Juez de Primera Instancia para que esté atento a su cumplimiento.

Con fundamento en 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: REVOCAR orden de desvinculación del presente trámite frente a la AFP COLPENSIONES.

SEGUNDO: Modificar la orden conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia y en consecuencia, la Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al fallo se proceda a reconocer y pagar las incapacidades que el médico tratante le expidió desde el 11/11/2020 hasta la fecha, hasta tanto se obtenga una valoración médica que permita su reincorporación laboral, se haga efectivo el reintegro laboral u obtenga el derecho a alguna pensión conforme dictamen que establezca la pérdida de la capacidad laboral. Lo anterior, por no haber acreditado el envío del concepto favorable o desfavorable de rehabilitación a COLPENSIONES, con la facultad de repetir contra la entidad en caso de acreditar el cumplimiento de las obligaciones en la oportunidad legal.

Igualmente, se ordena a COLPENSIONES que en el caso en que NUEVA EPS haya emitido el concepto sobre rehabilitación exigido por la ley antes de cumplirse con los 540 días de incapacidad asuma el pago de las incapacidades que se generen en favor de la accionante a partir del momento en que la EPS realice el trámite de ley para el efecto por superar la incapacidad más de 180 días y hasta los 540 días de incapacidad, o se reintegre la accionante a laborar o se incluya en nómina de pensionados.

TERCERO: Comunicar esta decisión al Juez de Primera Instancia para que esté atento a su cumplimiento.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

(EN PERMISO)
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 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: **e7b454ed4958eb3ea3f0f064b8d9c01f29fd7d4a3ecf636d466df3c8088e6cf9**

Documento generado en 21/10/2022 04:31:55 PM

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

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

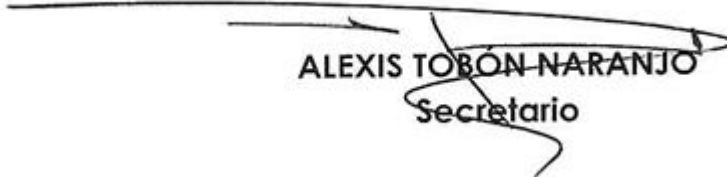
RAD. INTERNO: 2019-1263-1
PROCESADO: VÍCTOR MANUEL MEZA SALAS
DELITO: ACTO SEXUAL VIOLENTO AGRAVADO

Pongo en conocimiento proceso de la referencia, significándole señor Magistrado que el **Doctor Frank Alberto Domínguez Mercado** en calidad de apoderado del señor **Víctor Manuel Meza Salas**, dentro del término de ley interpuso el recurso extraordinario de CASACIÓN¹ frente a la decisión emitida dentro del proceso de la referencia.

Dentro del término concedido para sustentar respectivo recurso, el **Dr. Domínguez Mercado** allegó la respectiva demanda de casación². término que expiró el día dieciocho (18) de octubre del año en curso (2022) siendo las 05:00 p.m³.

Lo anterior para su conocimiento y demás fines.

Medellín, octubre veintete (20) dos mil veintidós (2022)


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Folio 475-476

² Folio 478 a 495

³ Archivo 477

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, octubre veintiuno (21) de 2022.

Rdo. 2019-1263-1

PROCESADO: VÍCTOR MANUEL MEZA SALAS

En atención a la constancia Secretarial que antecede, y como quiera que el apoderado del señor Víctor Manuel Meza Salas, sustentó oportunamente el **recurso extraordinario de casación** debidamente interpuesto, se ordena remitir ante la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal a través de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, las presentes diligencias a fin de que se imprima el trámite pertinente por parte de la Alta Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **9dd6ccc80e78d21801f7df0db8cf2bad66da87c4f40386eb9deac86119f4f40a**

Documento generado en 21/10/2022 05:05:28 PM

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

Constancia Secretarial. Para los fines correspondientes, paso a despacho del **H. Magistrado PLINIO MENDIETA PACHECO**, la presente acción constitucional de **Habeas Corpus de primera instancia**, la cual fue impugnada oportunamente por la parte accionante, quien allegó el respectivo escrito al correo electrónico de esta secretaría el pasado 17 de octubre de 2022¹, ello teniendo en cuenta que el término con que se contaba para la impugnación de la misma venció a las cinco de la tarde (05:00 p.m.) del día 19 de los corrientes.

Medellín, Octubre veinte (20) de 2022.

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, octubre veintiuno (21) de dos mil veintidós

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la accionante, contra el fallo de habeas corpus de primera instancia, proferido en esta Corporación por el suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE,

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

¹ Archivo 015-016

Firmado Por:
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: **ebd051bb008b1010a102dd350cdb7a9f06fd292ec479d53aaa38fdf9dcf771e5**

Documento generado en 24/10/2022 12:28:25 PM

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

Radicado Interno: 2022-1342-6

ACCIONANTE: EDWAR DÍAZ LASCANO

ACCIONADO: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE CAUCASIA (ANTIOQUIA)

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÀCOME expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual a través del correo electrónico atencionjuridicaretolibertad@gmail.com el día 04 de los corrientes se allega escrito de impugnación frente al fallo tutela de primera instancia; mismo que se encuentra fechado 28 de septiembre del año en curso¹.

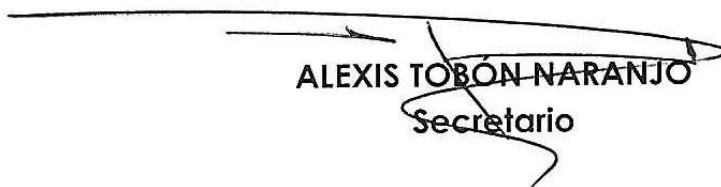
Se resalta H. Magistrado que el accionante quien se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Combita Boyacá, fue notificado personalmente el día 27 de septiembre del año en curso por el área Jurídica de dicho EPC².

Conforme al trámite de notificación desplegado por el escribiente encargado de dicha labor, se observa que no se acusó recibido por parte de los accionados y vinculados Penitenciaria de Alta y Mediana seguridad de EL BARNE (COMBITA BOYACÁ), Procuraduría Cauca, Dr. Antonio Pérez Araujo (defensor Público), Dr. Deivinson Manuel Montero Arroyo (Representante de víctimas) y Eliana Arcila a quienes hubo de tenerse notificados el día 28 de septiembre de 2022, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022,

Así las cosas, los términos para impugnar la decisión transitaron desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir corren desde el día 29 de septiembre de 2022 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 03 de octubre de 2022.

Durante los siguientes días y tras superar inconvenientes de conectividad y algunos problemas con los archivos en el OneDrive para la actualización del expediente digital paso a Despacho.

Medellín, octubre catorce (14) de 2022.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 49-50

² Archivo 48

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, octubre veinte (20) de dos mil veintidós

Conforme a la constancia secretarial que antecede, se establece que el accionante privado de la libertad realizó la apelación dentro del término de ley; ello teniendo en cuenta que éste solo puede remitir sus manuscritos a través de la jurídica del penal o por medio de terceros.

En consecuencia, se concede ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante 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: **778484b59f2da5286037cd78683cf91d86cc4e49d58c354d39eb481d05c7d023**

Documento generado en 24/10/2022 03:32:34 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado:0500180003672016800038

NI: 2022-1612

Acusado: YULIANA QUIROZ BEDOYA y otros

Delito: Concierto para delinquir

Decisión: Abstiene de conocer recurso

Acta No.:167 de octubre 24 del 2022

Sala No.: 6

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

Medellín, octubre veinticuatro de dos mil veintidós

I. Información preliminar

Procede la Sala a ocuparse del recurso de apelación que interpone el representante de la Fiscalía General de la Nación contra determinación del Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia del pasado 14 de octubre del año en curso que negó la práctica de una prueba de refutación en desarrollo del Juicio oral. La actuación se recibe el 20 de octubre del año en curso en esta Corporación.

II. Actuación procesal y decisión de primera instancia.

En desarrollo de la audiencia de juicio oral el pasado 14 de octubre del año en curso el testigo CHAYANE ARNULFO CIFUENTES VERGARA de la Fiscalía decide no declarar acogiéndose a la garantía constitucional de no declarar en contra propia, la Fiscalía solicita

entonces se oiga en declaración a la abogada DIANA MILENA VELASQUEZ ORTEGA a fin de incorporar interrogatorio previo rendido por este testigo.

La defensa se negó al decreto de dicha prueba de refutación, pues no se busca controvertir otro testigo sino el testigo propio .

La Juez de instancia, niega la práctica de la prueba de refutación, inicialmente señala que el testigo está amparándose en una garantía de no declarar, toda vez que el también está siendo investigado y tal garantía debe ser protegida, por lo tanto, no se puede admitir que se use una declaración previa para impugnar su manifestación de no declarar, ni mucho menos la prueba de refutación solicitada de oír en declaración a la abogada que participó de dicho interrogatorio previo.

III. Motivos del Disenso.

La Fiscalía considera que si se debe decretar la prueba de refutación, toda vez que el testigo CHAYANE ARNULFO CIFUENTES VERGARA, tiene un conocimiento directo que involucra a unos terceros, y este debe ingresar al juicio, pero se convierte en un testigo hostil pues ahora está negando haber dado una información que consta en un interrogatorio previo, y está desconociendo la existencia de dicho interrogatorio por ende se habilita que como prueba de refutación se pueda traer a las otras personas que participaron en dicho interrogatorio para verificar si en efecto si se practicó dicha diligencia y se dijo lo que allí consta, por lo que si se debe permitir el oír en declaración abogada que lo acompañó en dicho interrogatorio al testigo hostil. El negar la prueba como lo hace la judicatura es un tiro al piso que niega el derecho a la verdad, y a la posibilidad de aclarar lo que en verdad ocurrió.

Debe entonces permitirse traer a la abogada DIANA MILENA VELAZQUEZ ORTEGA, para que refute lo que el testigo esta ahora diciendo que él no manifestó lo que consta en dicho interrogatorio, que es una prueba de refutación que surge en el juicio, pues si surge un hecho nuevo que no es otro que el testigo CIFUENTES VERGARA viene ahora a desconocer un interrogatorio previo que se le recibió.

Al descorrer el traslado a los no recurrentes los defensores de los procesados señalaron que ya está decantado por la Corte Suprema de Justicia que contra el auto que niega la prueba de refutación no procede recurso alguno, por ende, no debió dársele el trámite de apelación que se está surtiendo, pues es una decisión de plano que no admite recurso alguno y piden a la judicatura corrijan su yerro.

Ante tal manifestación al Juez de instancia, insistió que conforme a la Ley 906 del 2004, si procede recurso, pues es un auto que resuelve sobre una prueba e instó a los abogados defensores a que presenten sus alegatos como no recurrentes.

En el orden de ideas la defensa, señala que no es admisible traer una declaración previa de una persona que se niega a declarar amparándose en la previsión constitucional de no declarar contra sí mismo.

IV. Para resolver se considera.

Sería del caso el entrar a resolver el recurso de apelación contra el auto que negó la práctica de una prueba de refutación, si no se advirtiera como lo reclamaron insistentemente los abogados defensores al descorrerse el traslado de la apelación que contra ese tipo de determinación no procede recurso de apelación, al ser una decisión de plano.

En relación con la prueba de refutación, importa señalar que esta instituida para confrontar la prueba de la contraparte en especiales circunstancias y no para debatir el

objeto principal del proceso penal. Sobre el particular, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado¹:

“En tanto que la prueba de refutación es un medio diferente al refutado y se dirige directamente a controvertir, rebatir, contradecir o impugnar aspectos novedosos e imprevistos y relevantes, suministrados por los medios de conocimiento practicados en el juicio oral a petición de la contraparte para sustentar su pretensión.

Dicho de otra manera, la prueba de refutación tiene por objeto cuestionar un medio refutado, en aspectos relativos a la veracidad, autenticidad o integridad, pero con las connotaciones de ser la primera de las citadas directa, novedosa, trascendente, conocida a través de un medio suministrado por la contraparte en la audiencia pública, para contradecir otra prueba y no el tema principal del litigio penal.”¹

Debe aclararse que la prueba de refutación no es el medio para la incorporación del contenido de declaraciones anteriores del testigo refutado en las que aborda temas trascendentes para la solución del proceso, pues para tal finalidad se cuenta con otras herramientas probatorias², que al parecer era la intención de la Fiscalía con su solicitud inicial.

¹ CSJ SP, Radicado 43749 del 20 de agosto de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

² Sobre la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral, véase entre otras SP CSJ, radicados 44950 del 25 de enero de 2017, 43656 del 30 de enero de 2017, 43916 del 31 de agosto de 2016, 52045 del 20 de mayo de 2020, 53151 del 11 de noviembre de 2020, 56209 del 28 de octubre de 2020, 58087 del 9 de febrero de 2022, y 60917 del 15 de junio de 2022.

Ahora bien, como lo que, pretendido por la Fiscalía, fue encausada por esta como una solicitud de prueba de refutación para contrarrestar la actitud de un testigo que no deseaba declarar, la Jurisprudencia ha determinado de manera explícita la improcedencia recurso de apelación cuando se refiere a la negativa del decreto de la prueba de refutación en los siguientes términos:

“Recursos. Las razones con base en las cuales la Sala considera que laprovidencia que resuelve sobre la prueba de refutación no es recurrible,son las siguientes:

La ley 906 de 2004 únicamente enunció la prueba de refutación, en consecuencia, su desarrollo integral y sistemático le corresponde asumirlo a la jurisprudencia y más en el campo de los recursos respecto de las decisiones de los jueces (singular o plural) en esa materia.

Dado que las pruebas de refutación y refutada tienen un objeto diferente, como ha quedado explicado en esta providencia, la solicitud de la evidencia primeramente citada se resuelve de plano, mediante providencia que no admite recursos. La misma regla aplica para las pruebas de contra refutación.

(...)

La doble instancia para las partes estaría materializada con los recursos contra las sentencias de instancia, oportunidad en que se pueden cuestionar tópicos vinculados con la prueba de refutación y que sean trascendentes en relación con las garantías o derechos fundamentales ola credibilidad de la evidencia que fundamente la decisión.

Los recursos contra las sentencias realizan plenamente la contradicción y el examen por el superior funcional de la situación que se resuelve en esta providencia, pues no necesariamente en el ordenamiento jurídico todas las decisiones admiten

inmediatamente recursos, ejemplo de ello es la que decide o no el decreto de la prueba de refutación, pues tratándose de un aspecto relativo al cuestionamiento de un medio probatorio su incidencia en el proceso se advierte con certeza en el fallo al momento de definir la eficacia de los elementos en los que se ha de soportar la absolución o la condena, de ahí que ese sea el momento procesal idóneo para que las partes censuren o reclamen lo que tenga trascendencia para su teoría del caso.”³ (negrillas y subrayas fuera del texto original)

En este orden de ideas, la Sala se abstendrá de conocer de la apelación interpuesta y dispone la devolución inmediata de la actuación al despacho de origen.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: Abstenerse de conocer del recurso de apelación interpuesto, ante la improcedencia de dicho recurso contra determinación que negó una solicitud de prueba de refutación.

SEGUNDO: Infórmesele a los sujetos procesales de lo aquí resuelto y vuelva de manera inmediata la presente actuación al juzgado de origen, para que se continúe con el trámite del respectivo del juicio.

CÚMPLASE

³ CSJ SP, Radicado 43749 del 20 de agosto de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada en permiso

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **3bf3bd62f38d07206eacac579216faba00e57977667d1d61448782ebeca899ca**

Documento generado en 24/10/2022 04:02:09 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 octubre de dos mil veintidós (2022)
Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 226

RADICADO : 05 001 60 00000 2018 00946 (2022 1183)
DELITOS : CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO
TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES
HOMICIDIO AGRAVADO
ACUSADOS : MAURICIO DE JESÚS ECHAVARRÍA CAMPERO
YONATHAN ALEJANDRO ZAPATA
FERNEY RAMIRO MEDINA ZAPATA
PROVIDENCIA : DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra del auto proferido el día 16 de agosto de 2022, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante el cual negó la utilización de un documento durante el interrogatorio de un testigo.

ANTECEDENTES

Las presentes diligencias se adelantan en contra de los señores MAURICIO DE JESÚS ECHAVARRÍA CAMPERO, YONATHAN ALEJANDRO ZAPATA y FERNEY RAMIRO MEDINA ZAPATA, por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES y HOMICIDIO AGRAVADO.

LA CONTROVERSIA

Para lo que interesa a efectos de resolver la alzada, en transcurso de la audiencia de juicio oral, sesión del 16 de agosto de 2022, durante el interrogatorio realizado al testigo Iván Camilo Osorio Pérez, el ente acusador pretendió utilizar el acta de reconocimiento fotográfico como testimonio adjunto, toda vez que el testigo afirmaba en el juicio que no había reconocido a todas las personas que constaba en el acta en mención, pues si bien la firma era la suya, cuando la impuso las hojas estaban en blanco.

El A quo decidió negar la utilización del documento con estos fines, porque consideró que no existía una declaración anterior del testigo, contraria a lo que estaba manifestando en el juicio.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor Fiscal inconforme con la decisión interpuso y sustentó inmediatamente el recurso de apelación.

Considera que la decisión del A quo niega una prueba de manera indirecta y está afectando el debido proceso, bajo los principios de concentración y confrontación.

Sostiene que en los casos en que el testigo durante el interrogatorio dé una información distinta a la que tiene la Fiscalía, existe la

posibilidad de utilizar los mecanismos procesales, como la prueba de referencia, la impugnación de credibilidad y el testimonio adjunto.

Hace ver que no es posible creer en el testimonio de la persona sin escuchar lo que la parte interesada le logre extraer y si dice que el documento estaba en blanco, es un tema que debe estar sujeto a contradicción y corroboración. El testigo reconoció su firma y huella, pero se sustrae de la información allí anotada, por tanto, pide se le permita a la Fiscalía utilizar el documento haciendo la lectura textual a través de la impugnación de credibilidad, para que se conozca lo que tiene el documento y el Juez tenga la posibilidad de establecer a cuál de las dos versiones le da credibilidad.

2. Los defensores de los procesados, como sujetos no recurrentes, solicitan en primer lugar que no se dé trámite al recurso de alzada, toda vez que la decisión del A quo es una orden no susceptible de tal recurso.

Señalan que las actas de reconocimiento fotográfico no son pruebas en sí mismas, sino actos de investigación que pueden ser parte del testimonio cuando el testigo alude a ellas. No tiene carácter de prueba de referencia y tampoco se pidió como prueba de refutación. El A quo sí ha dejado utilizar el documento, pero con la técnica, lo cual la Fiscalía no ha logrado.

Sostienen que la Fiscalía no está pidiendo una prueba, sino que se den instrucciones para la dirección del proceso. La decisión del Despacho no fue con respecto a la objeción de utilizar el documento, sino en el decreto como testimonio adjunto. El Fiscal no ha solicitado que revoque o admita el testimonio adjunto, pues

reconoce que no se reúnen los requisitos y ni siquiera ha podido dar lectura a dicho documento.

3. El delegado del Ministerio Público afirma que en este caso se trata de un acto de trámite que no admite el recurso de apelación. Como un llamado respetuoso, considera que debe permitirse conocer los apartes del documento que hacen referencia al proceso para contrastar si lo que dice ahí, el testigo lo dijo o no, y ya en el futuro existirán otros medios o procedimientos para determinar si la firma corresponde o no. El solo hecho que el testigo diga que firmó un documento en blanco no conduce a señalar que entonces que lo dicho en el documento no puede tenerse en cuenta. De hecho, eso es lo que genera la posibilidad para cualquiera de las partes para que impugne credibilidad.

CONSIDERACIONES

Como bien clara quedó la inconformidad de la parte recurrente, la Sala únicamente se referirá al punto en discusión, teniendo en cuenta las limitaciones que tiene el Juez de Segunda Instancia para desatar la alzada.

Aunque las partes solicitan no se dé trámite al recurso de alzada, la Sala resolverá de fondo el asunto, porque el tema que realmente se está discutiendo tiene que ver con la práctica de una prueba, la cual se niega por parte del A quo. Y no se trata de uno de los aspectos probatorios que deberían estar resueltos desde la audiencia

preparatoria, sino que surgió en el juicio oral al momento de la práctica del testimonio.

La Fiscalía pretende integrar como testimonio adjunto, susceptible de ponderación judicial, las manifestaciones anteriores al debate oral realizadas por el testigo y que constan en el Acta de Reconocimiento Fotográfico.

La incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 y es una decisión trascendente en el ámbito probatorio, por lo cual la negativa del A quo puede vulnerar el debido proceso probatorio y el derecho a probar de la parte interesada.

Frente al tema, debe tenerse en cuenta que, en decisión del 12 de mayo de 2021, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 55959, M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, precisó el alcance del llamado testimonio adjunto:

1. El testimonio adjunto.

La figura del *testimonio adjunto*, también llamada *declaración complementaria*, ha sido desarrollada por la jurisprudencia¹, pues como al amparo de los artículos 271, 272 y 347, entre otros, de la Ley 906 de 2004, las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio, puede ocurrir que cuando los testigos concurren al debate público se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales atestaciones, proceder en ocasiones determinado por amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en una mentira, etcétera, y que atenta contra la recta y eficaz administración de justicia.

¹ Cfr. CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950, reiterada en CSJ SP, 20 may. 2020. Rad. 52045, entre otras.

A su vez, tal variación en lo expuesto por el declarante puede impedir a la parte que solicitó la prueba acreditar su teoría del caso, precisamente porque la fundó total o parcialmente en las versiones recogidas antes del juicio.

En España, el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone:

“Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”.

A su vez, en el artículo 802, literal a, de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, es necesario para incorporar una declaración anterior como prueba que sea inconsistente con lo expuesto en el juicio por el mismo testigo (retractación o cambio de versión), que haya sido rendida bajo juramento, el declarante debe estar disponible para ser contrainterrogado y la versión precedente ingresa como medio de prueba, de modo que el juez tiene ante sí la exposición anterior y la rendida en la vista pública.

Tiene dilucidado la Sala² que por regla general, únicamente pueden ser objeto de ponderación judicial los testimonios escuchados en el juicio, pues cuando tienen lugar fuera de tal escenario son inadmisibles como elementos de convicción, a menos que se acredite una causal de admisión excepcional por tratarse de una prueba de referencia o de un testigo disponible en juicio que se retractó o varió sustancialmente su versión anterior, el cual puede ser incorporado como *testimonio adjunto*. En ambos casos es necesario cumplir los requisitos definidos en la jurisprudencia³, respectivamente.

Entonces, la Corte ha dispuesto un conjunto de reglas orientado a superar en el juicio aquellas situaciones de retractación o modificación trascendente de lo declarado por el testigo, en orden a conseguir los mecanismos para que en el marco de un debido proceso garantista de las exigencias de confrontación y contradicción (artículo 16 de la Ley 906 de 2004), la parte interesada pueda integrar como *testimonio adjunto*, susceptible de ponderación judicial, aquellas manifestaciones anteriores al debate oral.

Así, para incorporar al juicio una declaración previa se precisa de lo siguiente:

(i) El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes, es decir, ofrece un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto.

² Cfr. CSJ SP, 14 dic. 2019. Rad. 55651 y CSJ SP, 17 jul. 2017. Rad. 49509, entre otras.

³ Cfr. CSJ AP, 30 sep. 2015. Rad. 46153 y CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950, entre otras.

(ii) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, oportunidad en la cual expondrá los hechos, será confrontado respecto de sus declaraciones anteriores y responderá las preguntas que sobre el particular le sean formuladas, con el objeto de permitir al juez ponderar la credibilidad de lo dicho antes del debate oral y lo manifestado luego en su desarrollo. La demostración de que el testigo se ha retractado o cambiado la versión, atañe al fundamento del instituto.

Esa disponibilidad del testigo para ser conainterrogado permite desarrollar el derecho a la confrontación, constituye la principal diferencia entre prueba de referencia y *testimonio adjunto*, y es uno de los principales fundamentos de la admisión de tal declaración anterior al juicio como prueba, en cuanto asegura el equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado.

(iii) La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última, o descartarlas.

De ninguna manera se quiere significar que la primera versión de los testigos recoja de manera fidedigna la forma en que ocurrieron los sucesos, sino resaltar la importancia de que el fallador pueda discernir entre la declaración anterior y la expuesta en el juicio a cuál o a qué segmentos otorga credibilidad, motivando debidamente su decisión.

La incorporación de dicho texto permite que todos conozcan su contenido, máxime si tendrá el carácter de medio probatorio, a partir de lo cual se podrán ejercer los derechos de contradicción y confrontación, además de que el juez estará en condición de dimensionar su aporte demostrativo, en especial al momento de expresar por qué le otorga mayor credibilidad a la declaración anterior al juicio o a la recibida en él, sin perjuicio de que ambas puedan ser razonadamente desestimadas.

(iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita. En un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior.

Esa solicitud de parte cumple dos importantes funciones:

En primer lugar, le permite a la contraparte oponerse, pues no puede olvidarse que la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 que corresponde a una norma rectora. Además, puede afectar derechos de la

contraparte en el ámbito de la contradicción y la confrontación. Finalmente, por tratarse de una decisión trascendente en el ámbito probatorio, debe contar con la garantía del contradictorio, esto es, la posibilidad de oposición a que sea incorporada.

En segundo término, brinda claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo, pues en el proceso no puede haber incertidumbre acerca de los medios de convicción practicados o incorporados con vocación para sustentar la sentencia, finalidad desarrollada por el legislador al establecer las reglas del descubrimiento probatorio, la enunciación, solicitud y decreto de pruebas en la audiencia preparatoria, así como en la regulación de la prueba sobreviniente.

Dentro de la misma función se constata que si por regla general las declaraciones anteriores al juicio oral no tienen el carácter de pruebas, su admisión excepcional en tal condición debe ser ordenada por el juez a solicitud de la parte interesada, exigencia que sirve para diferenciar la prueba de referencia y el *testimonio adjunto*, de otros usos posibles de las declaraciones anteriores, como el refrescamiento de memoria y la impugnación de credibilidad.

Desde luego, la claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo evita debates como el aquí suscitado, en contra de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, motivo por el cual se impone que la Fiscalía, entre otros sujetos procesales e intervinientes, asuma su rol con la precisión necesaria en orden a solicitar la incorporación de las declaraciones anteriores como *testimonio adjunto*, una vez cumplidas las demás exigencias para que tengan tal carácter, sin que, desde luego, se trate de una fórmula rigurosamente sacramental, como que en cada caso deberá constatararse si materialmente se trató o no de un *testimonio adjunto*.

Resta señalar, que las falencias en el cumplimiento de los referidos requisitos deben analizarse a la luz del principio de trascendencia, de tiempo atrás desarrollado por la Corte en el ámbito de las nulidades y en el estudio de la exclusión probatoria, sobre todo cuando se trata de las denominadas *pruebas ilegales*, en contraposición a las llamadas *pruebas ilícitas*.

Ahora, el tema no es ajeno al conocimiento del A quo y de las partes y la discusión se centra en si puede afirmarse que el Acta de Reconocimiento Fotográfico contiene o no una manifestación anterior del testigo susceptible de ser utilizada en el juicio oral para los fines que son propios, esto es, refrescar memoria, impugnar credibilidad, prueba de referencia o como testimonio adjunto. Entonces debe dilucidarse la naturaleza del reconocimiento

fotográfico, pues el A quo considera que allí no hay una manifestación anterior del testigo y que por tanto no puede introducirse como testimonio adjunto.

Sobre la naturaleza del reconocimiento la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión del 6 de abril de 2016, Radicado 46847, M.P. Dr. Fernando Alberto Caballero Castro, razonó de la siguiente forma:

RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO-NATURALEZA

(i) El reconocimiento fotográfico es un método de identificación, según se desprende del capítulo cuarto, título primero, del libro segundo del Código Penal, cuya denominación es justamente «*Métodos de Investigación*», incluyendo dentro de éstos, en el artículo 252, el reconocimiento por medio de fotografías o videos.

Al respecto esta Corporación ha sostenido:

Sin embargo, es claro que el acto de reconocimiento se presenta en desarrollo de una declaración, entendida en sus aspectos formal y sustancial. Sobre lo primero, recuérdese cómo con fundamento en los estatutos procesales penales expedidos con anterioridad a la Ley 906 de 2004, esta Corporación ha sido enfática en señalar que los reconocimientos constituyen una prolongación de los testimonios⁴. Y en relación con lo segundo, porque el señalamiento constituye una afirmación en virtud de la cual una persona identifica a otra como quien llevó a cabo un determinado comportamiento. (CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 38773).

La Sala ha venido construyendo una línea jurisprudencial con la que se busca dar claridad en torno a que reconocimientos a través de fotografías o videos, no son una prueba en sí misma, que adquiera tal calidad a través de la introducción del acta que da cuenta del reconocimiento como si se tratara de un medio de prueba documental, sino que aquellos comportan actos de investigación cuyo resultado puede hacer parte del testimonio cuando en el juicio el declarante alude a la existencia de dicha actividad investigativa, a los logros obtenidos a través de la misma o a la forma como se efectuó, atestaciones que habrán de ser valoradas integralmente con el testimonio de quien efectúa el reconocimiento y, en conjunto, con los demás medios de convicción.

⁴ «Cfr. Sentencia del 17 de septiembre de 2003, radicación 17803. En el mismo sentido, autos del 24 de febrero de 2011, radicación 32277 y del 9 de marzo de 2011, radicación 35466».

(ii) UTILIZACIÓN EN EL JUICIO Y PODER DEMOSTRATIVO

La apreciación y el poder demostrativo del reconocimiento fotográfico o videográfico, no son aspectos que se determinen a partir de si el acta o documento que recoge la ocurrencia de tal acto investigativo, es introducido al juicio, más bien si los testigos dan cuenta de la ocurrencia de un señalamiento en esa forma, afirmación que entra a formar parte integral de la prueba testimonial.

(Se subrayó).

Y en decisión del 22 de julio de 2020, Radicado 48800, M.P. Dr. Fabio Ospitia Garzón, reiteró:

Sobre los reconocimientos fotográficos y su condición de prueba de referencia cuando el declarante no concurre al juicio oral, por no estar disponible, la Sala ya hecho las siguientes precisiones:

(...) es claro que el acto de reconocimiento se presenta en desarrollo de una declaración, entendida en sus aspectos formal y sustancial. Sobre lo primero, recuérdese cómo con fundamento en los estatutos procesales penales expedidos con anterioridad a la Ley 906 de 2004, esta Corporación ha sido enfática en señalar que los reconocimientos constituyen una prolongación de los testimonios. Y en relación con lo segundo, porque el señalamiento constituye una afirmación en virtud de la cual una persona identifica a otra como quien llevó a cabo un determinado comportamiento.

Como lo ha referido la jurisprudencia de la Sala, la declaración rendida por fuera del juicio oral, constitutiva de prueba de referencia, puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta.

Por lo anterior, si el reconocimiento se realiza durante la etapa de investigación y, adicionalmente, sin garantizarse el derecho de confrontación de la parte contra quien se aduce y luego se incorpora al juicio oral, no existe la menor duda de que el mismo constituye prueba de referencia. (CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 38773. Se subraya).

Igualmente, la Honorable Corte precisó el carácter de declaración anterior del reconocimiento en decisión del 17 de noviembre de 2021, Radicado 56323, M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa:

(ii). La declaración de la menor consignada en el acta de reconocimiento en fila de personas es jurídicamente una extensión del testimonio. Desde este punto de vista, el acta no es una prueba en sí misma a la manera de un documento. Eso por cuanto, como lo ha señalado la Corte, *“en ese caso la parte contra quien se aduce, aun cuando puede conainterrogar al testigo acerca de la forma como realizó la diligencia de reconocimiento, carece de esa posibilidad frente a las circunstancias en las cuales el reconocente percibió la ocurrencia de los hechos.”*⁵ Por eso lo que refiera el reconocente se constituye en prueba de referencia, que será admisible si se dan las circunstancias señaladas en el artículo 438 del Código de Procedimiento penal y la parte que la aporta lo pide, algo que en este caso no sucedió.

Como puede verse, es claro que el reconocimiento fotográfico se hace a través de una declaración que se rinde ante un funcionario de policía judicial y constituye una manifestación del testigo por fuera del juicio oral que puede ser utilizada como cualquier otra declaración jurada, entrevista o denuncia.

Así las cosas, no le asiste razón al A quo cuando afirma que no existe manifestación anterior del testigo para ser incorporada como testimonio adjunto y debe permitirse a la Fiscalía que utilizando la técnica que le es propia, proceda a establecer en el interrogatorio la diferencia entre la declaración que hace el testigo en el juicio oral y la que expresó ante la policía judicial y contenida en el Acta de Reconocimiento Fotográfico, y utilizarla si a bien lo tiene, con la técnica adecuada, para ser analizada como testimonio adjunto.

Conforme con lo anterior, la Sala revocará el auto apelado.

⁵ CSJ SP, 30 abr. 2014, rad. 37391.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, **REVOCA** el auto de origen, fecha y naturaleza ya mencionados y en su lugar señala que debe permitirse al Fiscal utilizar la técnica para introducir la declaración anterior, objeto de discusión, del testigo Iván Camilo Osorio como testimonio adjunto.

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

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE⁶,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

(EN PERMISO)

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

⁶ Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 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: **f781be0bfc5df536d7ff137f2af827cdc5c5ebd7f53776728ef884aaf3534b71**

Documento generado en 14/10/2022 03:28:13 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 226

RADICADO	: 05 837 60 00353 2020 00066 (2022 1298)
DELITO	: HOMICIDIO AGRAVADO
ACUSADO	: FRITZ EDOUARD
PROVIDENCIA	: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado en contra del auto proferido el día 29 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo (Antioquia), mediante el cual negó solicitud de nulidad.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 25 de septiembre de 2021, entre las cinco y seis de la tarde, en las playas del municipio de Necoclí (Antioquia) se presentó un altercado entre ciudadanos haitianos y en medio de ella el ciudadano haitiano FRITZ EDOUARD con una navaja le propinó una puñalada al señor BELONY IVREMOND, en la parte del corazón. La víctima falleció en la clínica Fundadores de Apartadó.

Por estos hechos, el 30 de septiembre de 2021 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Necoclí (Antioquia) fueron celebradas las

audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

LA CONTROVERSIA

Para lo que interesa a efectos de resolver la alzada, en transcurso de la audiencia preparatoria celebrada el 18 de julio de 2022, la defensa del procesado solicitó la nulidad de la actuación por afectación al debido proceso y garantías fundamentales en aspectos sustanciales.

Afirmó que el procesado viene manifestando que no ha entendido lo ocurrido en las audiencias de formulación de imputación y formulación de acusación, porque no entiende el idioma.

Explicó que en Haití hay dos idiomas oficiales y son el criollo haitiano y el francés. Ninguno de los dos es el castellano. Por tanto, sostiene que su representado, como no entiende ni puede expresarse en castellano, debió contar con un traductor desde el principio del proceso penal. Durante las anteriores audiencias pudo haber aceptado los cargos o celebrado un preacuerdo con la Fiscalía si hubiera entendido lo que ocurría.

También manifestó que su prohijado no tenía la confianza necesaria con el anterior abogado, al no tener una comunicación más directa y frecuente. Esto es, no considera que haya sido asistido como él lo esperaba.

El A quo en la continuación de la audiencia preparatoria celebrada el 29 de agosto de 2022 negó la nulidad y argumentó que, escuchados los registros de lo ocurrido desde las audiencias preliminares, pudo constatar que las audiencias de control de garantías se desarrollaron sin inconveniente alguno. No hubo reparos por parte del defensor, quien previamente se entrevistó con el señor FRITZ. Se pudo advertir que el procesado hizo su presentación sin inconvenientes, manifestó que el pasaporte le fue hurtado y al momento de preguntársele por parte del Juez si había comprendido los cargos, siempre refirió escuchar y entender lo cuestionado por el despacho. Agregó que no fue él quien cometió el homicidio y que era inocente. Igualmente, al momento de preguntársele si aceptaba los cargos manifestó que no porque él no fue. Igualmente, en la audiencia de formulación de acusación, el procesado atendió al llamado, procedió a identificarse e indicar que había perdido el pasaporte en el camino y que tenía una copia en su mochila en la celda. Además, que no sabía el número.

En consecuencia, concluyó que no se había vulnerado ningún derecho ni garantía del procesado, pues la actuación realizada hasta el momento cumplió con su finalidad y al procesado se le garantizó el debido proceso y el derecho a la defensa material y técnica. La obligación de contar con un traductor se presenta cuando la persona procesada no comprende lo sucedido, situación que en este evento no se presenta, porque pudo evidenciarse que el señor Fritz claramente indicó que entendía los hechos y los problemas con la defensa anterior no se debieron al desconocimiento del idioma castellano.

LA IMPUGNACIÓN

1. La señora defensora del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Insiste en que la falta de un traductor en las anteriores audiencias vulneró las garantías fundamentales del procesado, pues el señor Fritz es ciudadano haitiano, país en donde no se habla el castellano y no es posible afirmar que por estar un mes en Necoclí ya domina el idioma, si mucho puede tener conocimiento de ciertas palabras y lo básico para presentarse y otros aspectos mínimos, pero no para conocer lo que ocurre en las audiencias penales. Es entendible que haya mostrado rebeldía, pues está en otro país en una situación difícil.

Considera que se ha desconocido el derecho a la defensa en forma integral, pues toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia a tener en plena igualdad derecho a ser asistido por un intérprete o traductor que comprenda el idioma oficial. El procesado puede intervenir en el proceso en pro de sus intereses y para ello debe comprender lo que está sucediendo.

2. El señor Fiscal, como sujeto no recurrente, solicita confirmar la decisión.

Hace ver que la norma ordena que el procesado esté asistido por un traductor cuando no puede comprender o expresarse en el idioma oficial y aquí se ha notado en las actuaciones que el señor Fritz entiende perfectamente el idioma castellano, como lo ha

manifestado el A quo al analizar las actuaciones. En la imputación manifestó que entendió los cargos y señaló que no los aceptaba porque no cometió ese delito, lo que da a entender que sí conoce el idioma español. La ausencia de traductor no tuvo incidencia en su comprensión.

En cuanto a la parte técnica, siempre estuvo acompañado de un defensor y el problema se presentó después cuando empezó a evadir su responsabilidad.

CONSIDERACIONES

Como bien clara quedó la inconformidad de la parte recurrente, la Sala únicamente se referirá al punto en discusión, teniendo en cuenta las limitaciones que tiene el Juez de Segunda Instancia para desatar la alzada.

El problema jurídico presentado a la Sala en esta oportunidad se limita en determinar si la falta de un traductor reconocido por el Juez para que asistiera al procesado, señor Fritz Edouard, ciudadano haitiano, en las audiencias de formulación de imputación y acusación, vulneró o no sus garantías fundamentales y el derecho a la defensa material.

El A quo sostiene que, revisada la actuación, pudo percibirse que el procesado entendió perfectamente lo ocurrido en las audiencias, en cambio el recurrente insiste en que la falta de traductor le generó

vulneración a su derecho de defensa material, pues no comprendió lo que estaba pasando en dichas diligencias.

Para resolver, la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido hasta el momento en el proceso y pudo constatar que a la recurrente no le asiste razón.

En las audiencias de formulación de imputación y acusación no se observa ninguna situación que pudiera hacer pensar que el señor Fritz Edouard no entendía el idioma español y que no pudiera expresarse en dicha lengua. El procesado estuvo siempre asesorado por un profesional del derecho y en ningún momento se manifestó que no entendiera lo que estaba ocurriendo en las diligencias.

Como lo expresó el A quo, en estas diligencias el señor Fritz comprendió claramente lo que los funcionarios judiciales le manifestaron y en español expresó no solamente su nombre e identificación sino también otros hechos que permiten concluir que entendía perfectamente lo que escuchaba y que podía hacerse entender en el idioma español. Por ejemplo, contó lo ocurrido con su pasaporte, en dónde tenía una copia del mismo y que no sabía de memoria el número. También expresó en algún momento que había escuchado todo y también que había comprendido.

En cuanto a lo importante, esto es, el conocimiento que tuvo sobre los hechos que el ente investigador le estaba enrostrando y el cargo por el cual se le formuló imputación y acusación, en el registro puede percibirse que el señor Fritz Edouard ante los requerimientos

del Juez señaló que entendía los cargos y los hechos. Agregó que no aceptaba los cargos porque era inocente.

La Fiscalía narró los hechos jurídicamente relevantes con palabras sencillas y dio las explicaciones pertinentes frente a la tipificación de la conducta, sin que el procesado manifestara en ningún momento que no hubiera entendido algo. Por tanto, salta a la vista que los actos de comunicación objeto de las audiencias cumplieron con su finalidad, esto es, darle a conocer al procesado por qué estaba siendo procesado.

Si bien es cierto que el Código de Procedimiento Penal consagra, como una forma de asegurar la defensa, que el imputado tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez “en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial” (artículos 8, literal f y 144) e igualmente que la presencia del traductor en las actuaciones judiciales, desde su inicio, es necesaria para una real garantía de los derechos del procesado, para asegurar que pueda entender a cabalidad el contenido de los cargos que se le endilgan, ejercer su defensa material y comunicarse con su abogado, también debe verse que en el presente caso al inicio del proceso no se percibía que el señor Fritz no pudiera entender o expresarse en el idioma español, pues interactuó con las autoridades sin mostrar ninguna dificultad y manifestó a viva voz que comprendió los cargos y dio incluso explicaciones del porqué no los aceptaba.

Así las cosas, por el principio de trascendencia que rige el tema de las nulidades, la Sala considera que no se impone en este caso retrotraer la actuación ya que las diligencias hasta el momento realizadas cumplieron con su finalidad. Ahora, el procesado ya ha

manifestado que entendería mejor lo que ocurre en el proceso si es asistido por un traductor y por un abogado de su confianza, lo que generó dicha asistencia para las diligencias subsiguientes, lo cual garantiza que pueda ser juzgado con plena observancia de sus garantías fundamentales.

Conforme con lo anterior, la Sala confirmará el auto apelado.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, **CONFIRMAR** el auto de origen, fecha y naturaleza ya mencionados.

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

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE¹,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

(EN PERMISO)
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

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

Firmado Por:

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 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: **7b6a1aa6c3f0005ab4b10c5a02d12e7489c28dd77de2e152a3d80b6d7b95bf3f**

Documento generado en 14/10/2022 03:28:22 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 octubre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 226

RADICADO	: 05 697 60 00333 2021 00106 (2022 1345)
DELITO	: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR
ACUSADO	: JHON DARÍO GARCÉS LÓPEZ
PROVIDENCIA	: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado en contra del auto proferido el día 12 de septiembre de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia), mediante el cual negó solicitud de nulidad.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que, en el municipio de El Santuario, vereda Portachuelo, entre enero a junio del 2021, aproximadamente en 4 o 5 oportunidades, el señor Jhon Darío Garcés López accedió carnalmente, introduciendo el pene por la vagina, a su hijastra, la menor SYZC, quien nació el 29 de marzo de 2009.

LA CONTROVERSIA

Para lo que interesa a efectos de resolver la alzada, en la audiencia de formulación de acusación, celebrada el 12 de septiembre de 2022, el señor defensor del procesado solicitó la nulidad de la actuación desde la formulación de la imputación.

En síntesis, manifestó que la defensa del procesado se ha visto vulnerada, porque tanto en la audiencia de formulación de imputación como en el escrito de acusación la Fiscalía no cumplió con su obligación de precisar los hechos jurídicamente relevantes, lo cual viola el derecho a un debido proceso en aspectos sustanciales y el derecho a la defensa.

Consideró que los hechos narrados son ambiguos, imprecisos y ambivalentes, en el sentido de no determinar la fecha de ocurrencia de los hechos. Además, se es impreciso cuando se dice que sucedieron en cuatro o cinco oportunidades.

Sostuvo que la exigencia de una fecha exacta en que ocurrió cada una de las conductas punibles se hace indispensable, porque la defensa tiene conocimiento de que el procesado no se mantenía todo el tiempo en la residencia en la cual se dice que acaecieron los supuestos abusos sexuales. Igualmente, también que la menor en ciertos días se encontraba en la casa de los abuelos.

El señor fiscal pidió no acoger la petición de la nulidad, porque estamos ante un caso de un presunto abuso sexual de una menor de edad. Es una niña que tenía entre 11 y 12 años y ya la Corte ha avalado que no tiene necesariamente que establecerse la fecha, los lugares, las horas, porque se dejaría a la suerte las investigaciones de los delitos en contra de menores que en las más de las veces no pueden suministrar fechas y lugares exactos.

El Juez decidió negar la solicitud de nulidad. En primer lugar, expresó que el defensor no debió acudir a la solicitud de nulidad

sino a solicitar la aclaración, adición o corrección de la acusación. Sin embargo, ya el Fiscal ha indicado que no tiene posibilidad de hacer aclaraciones, porque la menor ha dado la versión como fue indicada en el escrito de acusación.

Negó la solicitud de nulidad, fundamentándose en la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, auto con radicado 54065, del 17 de marzo de 2021, M.P. Dr. Hugo Quintero Bernate, mediante la cual se ha dicho que lo deseable es que exista la mayor exactitud de la fecha, no obstante, puede cumplirse con el señalamiento de unos lapsos que por vía de inferencia al ser conjugados con circunstancias modales o especiales ubique la época de su realización. Cuando son conductas repetitivas no se puede exigir las fechas exactas. Se cumple con señalar un lapso de tiempo y se habla de cuatro o cinco oportunidades.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor Defensor del Procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó inmediatamente el recurso de apelación.

Afirma que, si bien es cierto que cuando estamos en presencia de una víctima menor, ésta tiene un derecho reforzado, también es cierto que la investigación y en particular los hechos jurídicamente relevantes, tanto de la formulación de imputación como la acusación, deben quedar lo suficientemente claros, precisos y determinados. Y si bien es cierto que, en algunos casos en presencia de un menor de una escasa edad, valores culturales menguados, podría presentarse esos casos de no precisar fechas, horas y lugares, para el caso, no es la situación, la víctima señala

que contaba con 11 y 12 años de edad, lo que es suficiente para que precisara los aspectos en cuestión.

Afirma que la fiscalía en audiencia de imputación dijo contar con un dictamen en el que el sicólogo señaló que la menor estaba orientada en el tiempo, en el espacio y en persona y muestra hábitos de higiene, por lo que no es cierto que ante determinadas víctimas que no precisen esos aspectos, se pueda dejar la situación ambivalente. Son aspectos que la Fiscalía debe precisarlos, pues podía preguntarle que precisara uno o dos de los hechos.

Se pregunta cómo la defensa se ejerce si no se suministra esa información. La defensa cuenta con evidencia que el imputado no siempre pernoctaba en el inmueble permanentemente. Y la menor se iba para donde sus abuelos. Cita como fundamento de su recurso, las sentencias del 17 de septiembre de 2019 radicado 53264 y la sentencia del 9 de septiembre de 2020 radicado 52901, en las cuales se decretó la nulidad ante esas falencias en los hechos ambivalentes, imprecisos de la imputación.

2. El señor Fiscal, como sujeto no recurrente, solicita confirmar la decisión. Afirma que si bien es cierto por vía jurisprudencial ya se ha decantado el tema sobre los hechos jurídicamente relevantes y tener claro cuáles son las fechas, los lugares y los actos constitutivos de delito, pero tratándose de menores y delitos sexuales no es necesario para adelantar la investigación penal y no es objeto de nulidad el hecho que el niño no pueda precisar la fecha de ocurrencia de los hechos.

3. El señor representante de víctima, como no recurrente, pide mantener la decisión del A quo, toda vez que estaban dadas las condiciones para que la acusación se realizara en debida forma. El escrito contenía los elementos materiales probatorios de fondo y la decisión se ajusta a la normatividad penal existente.

CONSIDERACIONES

Como bien clara quedó la inconformidad de la parte recurrente, la Sala únicamente se referirá al punto en discusión, teniendo en cuenta las limitaciones que tiene el Juez de Segunda Instancia para desatar la alzada.

El problema jurídico presentado a la Sala en esta oportunidad se limita en determinar si existe o no causa que invalide la actuación, referida a la descripción de los hechos jurídicamente relevantes contenidos tanto en la imputación como en la acusación.

El A quo soportado en la jurisprudencia nacional, sostiene que lo importante en casos de delitos sexuales en contra de menores de edad, es la determinación de un lapso de tiempo en el cual las conductas hayan ocurrido, en cambio el recurrente sostiene que por tratarse en este caso de una niña de 11 y 12 años cuando sucedieron los supuestos abusos, debía tener la capacidad para recordar las fechas y ese dato es importante para el ejercicio de la defensa. Igualmente, pide se concrete el número de eventos por los cuales se acusa.

Frente a la obligación que tiene el Ente Acusador de hacer una descripción clara y comprensible de los hechos jurídicamente relevantes, se ha pronunciado en varias oportunidades la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal.

Por ejemplo, en decisión del 10 de marzo de 2021, Radicado 54658, M.P. Dr. Diego Eugenio Corredor Beltrán, la Alta Corporación recordó:

En conclusión, si en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula y está siendo investigado, se vulnera de manera flagrante el debido proceso – congruencia y defensa-, y el único remedio posible es la nulidad de la actuación.

(...)

La Sala de manera reiterada, ha señalado que para la construcción de los hechos jurídicamente relevantes es imprescindible que: (i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación – *entendida en sentido amplio*-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras)

De la jurisprudencia transcrita, se colige que en la formulación de imputación y en la formulación de acusación el Ente Acusador debe delimitar claramente los hechos jurídicamente relevantes. Para ello

debe interpretar de manera correcta la norma penal, señalando los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica. Tiene que diferenciar entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros.

Igual que hace parte de la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes la especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el hecho punible.

En el presente caso, la Sala observa que el Ente Acusador cumplió a cabalidad con la descripción clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, pues señaló el lugar en donde ocurrieron los hechos (municipio de El Santuario, vereda Portachuelo), el lapso de tiempo en que ocurrieron (entre enero y junio de 2021), la cantidad de veces (4 o 5 oportunidades), el sujeto activo (Jhon Darío Garcés López) el sujeto pasivo (la menor SYZC), la edad de la menor (nació el 29 de marzo de 2009, contaba con 11 y 12 años para la fecha de los hechos), la conducta realizada (Acceder Carnalmente) el modo en que se realizó (introduciendo el pene en la vagina) y la causa de agravación (la víctima era la hijastra).

El recurrente solamente se duele por la falta de fecha concreta para cada uno de los hechos punibles y por no señalarse una sola cifra y no decir 4 o 5 veces. Pero tal situación, conforme con la jurisprudencia nacional, no comporta irregularidad alguna.

La Honorable Corte Suprema de Justicia en diversas decisiones, con relación a delitos sexuales cometidos contra niños, niñas o

adolescentes, ha dejado claro que se cumple con la exigencia de determinar el tiempo en que ocurrió la conducta punible cuando el ente acusador lo enmarca dentro de un lapso sin que sea necesario precisar la fecha exacta de cada uno de los actos punibles objeto de acusación.

Por ejemplo, en decisión del 16 de septiembre de 2020, radicado 54812, Magistrado Ponente Dr. Fabio Ospitia Garzón, se dijo:

Respeto de la indefinición de la fecha de los hechos, es cierto que la fiscalía, en la imputación, afirmó que el procesado realizó las conductas punibles entre febrero y abril de 2016, pero después, en la acusación, precisó que sucedieron entre enero y mayo del citado año, dejando claramente delimitado el marco temporal, sin que fuera necesario, para dar por cumplida esta exigencia, precisar el día concreto de ejecución de cada conducta.

Y en la decisión citada por el A quo, Radicado 54065, del 17 de marzo de 2021, M.P. Dr. Hugo Quintero Bernate, la Alta Corporación razonó:

4.2 En el caso objeto de estudio, el recurrente alega la segunda transgresión que se relaciona con la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa por el desconocimiento de la fecha en que ocurrieron los delitos, con fundamento en lo cual, exige la declaratoria la ineficacia de lo actuado a partir de la audiencia preliminar.

Así las cosas, como lo pregona la defensa con el apoyo de los postulados internacionales, la imputación se caracteriza por ser un acto de comunicación que constituye el requisito *sine qua non* para adelantar el proceso, en la que se describen los hechos jurídicamente relevantes que impulsan la acción por parte de la Fiscalía, los que deben ser narrados de manera concreta y precisa.

Sobre este aspecto, esta Corporación, en virtud del contenido de los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004 reitera que; “Al estructurar la hipótesis el fiscal debe considerar aspectos como los siguientes: (i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para

tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera”¹.

No se discute que lo deseable es que exista la mayor exactitud en la determinación de la fecha en que se llevó a cabo el camino delictivo, no obstante, es posible cumplir dicha aspiración, a través del señalamiento de unos lapsos que, por vía de inferencia elemental, al ser conjugados con las circunstancias modales y espaciales de los acontecimientos los ubique inequívocamente la época de su realización.

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

En el primer evento analizado por la H. Corte, la víctima contaba con 10 años y en el segundo citado, 12 años de edad para la fecha de los acontecimientos. Por tanto, es evidente que la línea jurisprudencia de la Corte es aplicable al presente caso por tratarse de unos hechos semejantes. En cambio, las providencias citadas por el recurrente, con las cuales pretende sustentar su petición de nulidad, se refieren a hechos sustancialmente diferentes en los cuales la Corte sí percibió graves errores en la relación de los hechos jurídicamente relevantes.

Ahora, en cuanto a la concreción del número de veces en que el hecho punible se presentó, también es claro que el Ente Acusador lo delimitó entre 4 y 5, lo cual es tema que deberá ser demostrado en el debate oral, sin que tal situación comporte ninguna irregularidad, pues tal como sucede con la fecha de la ocurrencia de los hechos, salta a la vista que cuando la conducta es repetida en el tiempo no

¹ Ídem.

siempre es fácil guardar en la memoria el número exacto de las infracciones.

Conforme con lo anterior, la Sala confirmará el auto apelado.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, **CONFIRMAR** el auto de origen, fecha y naturaleza ya mencionados.

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

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE²,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

(EN PERMISO)

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

² Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Firmado Por:

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 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: **08d65bd532712564a11b17ca9ad963a16a9c092c1f144a2500ada1d00b4126fc**

Documento generado en 14/10/2022 03:28:29 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 octubre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 226

RADICADO	: 05 147 60 00267 2021 00055 (2022 1372)
DELITO	: FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DE CONTRABANDO
SENTENCIADO	: JOVANNY HERNANDO ÚSUGA CARDONA
PROVIDENCIA	: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del sentenciado en contra del auto proferido el día 14 de septiembre de 2022, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), mediante el cual negó solicitud de nulidad en trascurso del trámite del incidente de reparación integral.

ANTECEDENTES

El señor Jovanny Hernando Úsuga Cardona fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) mediante sentencia del 29 de marzo de 2022, por hallarlo responsable de la conducta punible de favorecimiento y facilitación del contrabando (artículo 320 inc. 2 del C.P.).

El 31 de marzo de 2022, la apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales solicitó el trámite de incidente de reparación

integral, por lo cual, el 22 de julio de 2022 se realizó la primera audiencia.

LA CONTROVERSIA

En la primera audiencia del incidente de reparación integral, se escuchó la pretensión del representante de la víctima y se le dio el traslado a la defensa del sentenciado.

El señor defensor solicitó la nulidad de la actuación al considerar la vulneración de las garantías fundamentales de su asistido, consistente en la no observancia del término previsto para iniciar el incidente conforme con lo previsto en el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal.

El A quo decidió negar la nulidad solicitada, porque consideró que el peticionario no sustentó cómo el hecho de no citar a la primera audiencia dentro de los 8 días siguientes, se cercenaron los derechos de la defensa y el debido proceso. No demostró la afectación real y cierta de las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales.

Sostuvo que efectivamente el Juzgado no convocó dentro de los ocho días calendario, dado que cuenta con 217 procesos activos y de ellos alrededor de 60 imputados privados de la libertad, lo que exige prelación para ellos, ocasionando una mora justificada.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor Defensor del Sentenciado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó inmediatamente el recurso de apelación.

Insiste en que el trámite del incidente de reparación integral está viciado de nulidad, porque hubo una irregularidad que el A quo acepta.

Sostiene que no se aplicó las normas del código general del proceso por el cual debió la parte demandante correrle traslado de la demanda y hacerle notificación personal a él y a su representado. Si bien es cierto la apoderada de la víctima presentó la demanda, solo lo hizo ante el Juzgado, notificación que dejó al Despacho, quien obvió las formalidades de la jurisdicción civil al no hacer la notificación como se hace el traslado de un mandamiento ejecutivo.

Afirma que, si se le hubiera dado el traslado, entonces tendría elementos para en la audiencia oponerse a las pretensiones de la parte demandante.

Agrega que los términos judiciales son estrictos y deben cumplirse por cualquier operador judicial y su inobservancia será sancionada conforme lo consagra el artículo 156 del código de procedimiento penal. Cuando se desconocen los términos se viola el debido proceso.

Solicita se declare la nulidad de la actuación.

2. La señora representante de la víctima, como sujeto no recurrente, afirma que en ninguna parte del código de procedimiento penal se indica que la víctima deba dar traslado de las piezas procesales del incidente al condenado. En la normatividad no se especifica ello, ni incluso en el término para ponerlo en conocimiento del despacho. Es cierto que para una mejor preparación de una audiencia son elementos que deberían estar en disposición de las partes, pero es una situación que también se escapa en las actividades de la entidad. La norma no indica un término ni que tenga que darse traslado de las piezas en donde se evidencian los costos y perjuicios en que incurrió la DIAN.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado a la Sala en esta oportunidad se limita en determinar si se ha presentado o no alguna irregularidad en el trámite del incidente de reparación integral, de tal magnitud que vulnere las garantías fundamentales de las partes o el debido proceso.

Para el A quo, no se presentó situación alguna que pueda dar al traste con la validez de lo actuado, pues simplemente no se citó a la primera audiencia en el término consagrado por la ley por razones debidamente justificadas y que tienen que ver con la carga laboral.

El señor defensor insiste que los términos son estrictos, deben cumplirse y que su inobservancia debe ser sancionada. Además, argumenta que tampoco se cumplió con la aplicación de las normas del código general del proceso que obligan a dar traslado de la demanda y hacer la notificación personal a las partes.

Analizado lo ocurrido, la Sala de una vez dirá que al recurrente no le asiste razón, pues no se observa irregularidad sustancial que pueda invalidar lo actuado.

En primer lugar, debe aclarársele al señor defensor que el trámite del incidente de reparación integral está reglado en los artículos 101 a 108 del Código de Procedimiento Penal. En dichas normas se contienen las etapas básicas del procedimiento a seguir, por lo cual en lo esencial no es necesario acudir al código general del proceso. El procedimiento comienza con la solicitud expresa de la víctima que realiza una vez esté en firme la sentencia condenatoria. Luego, las partes se citan a una audiencia en donde se da inicio al trámite. En la audiencia el incidentante formula oralmente la pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer. Es en la misma audiencia en donde el Juez admite la pretensión y le da traslado al condenado y ofrece la posibilidad de una conciliación. Si no hay conciliación se fija fecha para una nueva audiencia, en donde después de intentarse nuevamente la conciliación; si esta no prospera, el sentenciado ofrece sus propios medios de prueba. Luego, se presenta otra audiencia en la cual se practican las pruebas, se escucha a las partes y se decide mediante sentencia.

Cómo puede verse fácilmente, el procedimiento aplicado hasta el momento ha sido el correcto, pues la parte interesada hizo la petición y el Juez citó para la primera audiencia. La norma no consagra traslados por fuera de la audiencia, ni notificaciones personales diferentes a las citaciones para las audiencias.

En segundo lugar, si bien el artículo 156 del código de procedimiento penal señala que “Las actuaciones se desarrollarán con estricto cumplimiento de los términos procesales” y “su inobservancia injustificada será sancionada”, de la misma redacción de la norma se colige que cuando hay justificación no puede aplicarse sanción por el incumplimiento de términos. Además, salta a la vista que allí no se determina la inobservancia de los términos como una causa de nulidad.

Para la Sala es claro que en general, los términos procesales que tiene el Estado para proferir las decisiones correspondientes son términos de tipo perentorio pero no necesariamente preclusivos.

Lo que significa que así esté vencido un plazo, la decisión correspondiente resulta válida y eficaz, salvo que el legislador expresamente haya consagrado otra disposición como cuando estipula la preclusión del término en el sentido de indicar que el funcionario pierde competencia para decidir.

Normalmente el incumplimiento de los términos puede implicar la responsabilidad personal del agente que se ha demorado en tomar la decisión, pero no afecta la validez de la decisión misma.

Es muy común que los plazos establecidos en las normas procesales para que los jueces realicen las actuaciones si bien son estrictos y perentorios, no tienen el carácter de preclusivos y, por ejemplo, si un Juez no dicta la sentencia dentro del término legal, no significa que la que emita por fuera de dicho plazo, esté afectada en su validez.

Así ha quedado claro en la doctrina y la jurisprudencia nacional, tanto que la Honorable Corte Constitucional en nota puesta a pie de página en la sentencia C-893 de 2012, razonó de la siguiente forma:

“Según lo ha reconocido y destacado esta Corporación, la evaluación del cumplimiento de los términos procesales se efectúa partir del principio de instrumentalidad de las formas y el procedimiento, y en especial, en función de fines para los cuales fueron previstos estos límites temporales. Así por ejemplo, en sede de tutela ha sostenido que aunque existe un deber general de los funcionarios judiciales de respetar estrictamente los términos procesales, la mora judicial no se configura automáticamente por cualquier retraso, sino que en hipótesis excepcionales puede considerarse justificada, como cuando a partir de criterios objetivos se demuestra que la dilación se originó en circunstancias especiales como la complejidad del asunto, o en problemas estructurales que escapan a la diligencia del operador jurídico, como el exceso en la carga laboral de los funcionarios. //En este marco, cuando debido a circunstancias excepcionales (como el estudio de un caso particularmente complejo) vence el término contemplado en el parágrafo del Artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, y el fiscal carece actualmente de los elementos de juicio para formular las imputaciones del caso, pero encuentra que en el corto plazo es posible obtener nuevos insumos para este efecto, no podría concluirse válidamente que el fiscal tiene el deber jurídico de archivar el caso, sino que debe actuar de la manera más diligente posible para adoptar una decisión en uno u otro sentido.//En tales circunstancias, una correcta comprensión de la naturaleza de los plazos descarta de plano la tesis sobre la incompatibilidad entre los plazos procesales y la función investigativa, persecutoria y sancionatoria de los delitos en cabeza del Estado y los derechos de las víctimas.

En la misma providencia señaló:

“En segundo lugar, dentro de la lógica general de la legislación procesal penal, los plazos tienen únicamente una función instrumental o de trámite, para asegurar la celeridad en el trámite procesal. En efecto, en las demás fases del procedimiento penal el vencimiento del plazo tiene consecuencias jurídicas muy distintas a la cesación de la función investigativa y sancionatoria del Estado.”

Conforme con lo anterior, la Sala confirmará el auto apelado.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, **CONFIRMAR** el auto de origen, fecha y naturaleza ya mencionados.

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

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE¹,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

(EN PERMISO)
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

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

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 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: **88ce26dc1565778012b25d7ca636a9b6014843064aac4a529a3943f3d69daf47**

Documento generado en 14/10/2022 03:28:36 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No. 05 034 60 00369 2018 00102 **NI: 2022-1227**

Acusado: Álvaro Humberto Blandón Blandón

Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes

Decisión: Revoca

Aprobado Acta No. 143 de septiembre 16 del 2022

Sala No. 6

Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Medellín, dieciséis de septiembre de dos mil veintidós.

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida el pasado 22 de julio del 2022 por el Juzgado Penal del Circuito de Andes.

II. LOS HECHOS

De acuerdo a lo narrado en la providencia impugnada se tiene que el día 7 de abril de 2018, sobre las 17:00 horas de aquella jornada, en plena vía pública, sector “Vegas de la Chaparral”, aledaño al Barrio “El Preventorio”, del municipio de Andes, Antioquia, se encontró al ÁLVARO HUMBERTO BLANDON BLANDON, quien llevaba consigo, con fines de venta, una bolsa negra, contentiva de sendas dosis de materiales estupefacientes, asociados a cocaína y cannabis y en pesajes netos de once punto un (11.1) gramos, el primer

material, diversificado en dos contenidos diferentes, de tres punto seis (3.6) y siete punto cinco (7.5) gramos, respectivamente, y treinta y nueve punto dos (39.2) gramos, el segundo.

III. SENTENCIA APELADA.

Contiene un recuento de los hechos, así como también de toda la actuación surtida desde la presentación del escrito de acusación hasta la culminación del juicio oral, luego la anunciación del sentido del fallo de carácter condenatorio por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

Se indicó que de conformidad con el estándar probatorio que para efectos de determinar la responsabilidad penal se alcanzó el umbral de conocimiento exigido para condenar, pues no solo por la cantidad y variedad de la sustancia estupefaciente incautada, la información de fuente no formal, y la actitud asumida por el procesado en su captura se puede deducir fundadamente que en efecto el llevaba consigo los estupefacientes para fines propios de la comercialización lo que hace punible su conducta conforme los planteamientos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para este tipo de conductas punibles.

Hizo en consecuencia destinatario a ALVARO HUMBERTO BLANDON BLANDON de una pena de CINCO (5) AÑOS, CUATRO (4) MESES DE PRISIÓN, multa en cuantía de DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo período de la pena corporal, y dispuso que la pena impuesta se cumpliera en forma intramural.

IV. DE LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN.

El defensor del procesado interpone recurso de apelación, y señala que la sentencia condenatoria debe ser revocada fundamentado su petición en el hecho de que no se

demonstró con las pruebas aportadas que en efecto su representado llevaba consigo la sustancia incautada para fines de venta y apuntala tal petición en los siguientes argumentos que resumidos plantean lo siguiente:

Llamó la atención sobre el pobre valor suasorio de los indicios sobre los que se construye la responsabilidad de su asistido señalando que ni la actitud de este ni la cantidad de estupefaciente incautado es motivo válido para determinar el fin de la comercialización en la conducta imputada enrostrada, y no tiene validez alguna valorar la supuesta información de una fuente no formal, pues tal fuente no comparece al juicio y no puede valorarse una prueba que ni siquiera el juez de instancia pudo constatar, conforme lo ha precisado ampliamente la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, reclama la absolución para su patrocinado.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Penal del Circuito de Andes, despacho que profirió la providencia que hoy se recurre, determinando si le asiste la razón al recurrente o si por el contrario la sentencia proferida por el funcionario judicial se debe mantener.

Lo primero que se debe señalar es que indudable es que el artículo 376 del Código Penal, encajó una multiplicidad de verbos rectores frente al delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, entre los que se cuentan transportar, llevar consigo, almacenar,

conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar, que hace que con la sola recopilación de uno de estos se podrá predicar cumplido u obedecido el comportamiento jurídico penalmente desaprobado.

Frente a este aspecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP606-2018 Radicación 47680 del 11 de abril del 2018, se pronunció señalando lo siguiente:

“A propósito del referido tipo penal, el legislador consagró de manera alternativa las posibles modalidades de comportamiento que podría desarrollar el sujeto agente, las cuales son: (i) introduzca, (ii) saque, (iii) transporte, (iv) lleve consigo, (v) almacene, (vi) conserve, (vii) elabore, (viii) venda, (ix) ofrezca, (x) adquiera, (xi) financie y (xii) suministre.”

“Obsérvese que cada modalidad de acción fue dispuesta alternativamente en la norma, lo cual implica que cada una tiene la calidad de verbo rector en el tipo penal, entonces, con la sola selección de uno de ellos se podría predicar ejecutado o consumado el comportamiento jurídico- penalmente desaprobado.”

Al respecto se debe igualmente precisar que para que este pueda ser tipificado como delito no basta solo con establecer la cantidad de estupefaciente incautada, sino que la misma debe estar acompañada del elemento subjetivo como lo es el fin que se tenga destinado para la misma, que no puede ser otro que, dedicado al tráfico de estupefacientes , y así lo ha dado a entender la Corte Suprema de Justicia en variada Jurisprudencia.

En sentencia SP106-2020 Radicación 56574 del 29 de enero del 2020, la Corte Suprema de Justicia señaló:

“En la sentencia SP3605-2017, mar. 15, rad. 43725, se indicó con mayor precisión y claridad que «lo importante es que la tipicidad de toda acción [de llevar consigo estupefacientes] que se ajuste a la descripción objetiva del artículo 376 del Código Penal dependa del fin exteriorizado por el autor. Pero no tanto de un propósito de consumo

propio como criterio excluyente de responsabilidad, sino de la verificación por parte de la Fiscalía de una conducta preordenada al tráfico de estupefacientes».

“En la misma línea, se inserta la sentencia de casación SP9916-2017, jul. 11, rad. 44997, en la que se indicó que:”

“..., la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.”

(...).

“De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telas de la norma.”

“Por ello, se aclaró, «la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible». En esa tarea, se advirtió, «si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaqueo o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador».”

“En la sentencia SP497-2018, feb. 28, rad. 50512, en postura seguida también por la SP732-2018, mar. 14, rad. 46848, la SP025-2019, ene. 23, rad. 51204, la SP4943-2019,

nov. 13, rad. 51556, y por la más reciente SP5400-2019, dic. 10, rad. 50748; se reiteró que el porte de estupefacientes requiere de un ingrediente subjetivo adicional al dolo; por lo que, su tipicidad «no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita», aunque insistiéndose en que el factor cuantitativo no puede menospreciarse, «pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y, por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador»”

“En resumen, según la jurisprudencia de casación desarrollada a partir de la SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760, y vigente en la actualidad: La tipicidad de la conducta de «llevar consigo» sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución. En consecuencia, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad. Tal postura aparea dos precisiones de orden probatorio:”

(i) “La cantidad de alucinógenos no es el factor determinante del juicio de tipicidad de la modalidad conductual «llevar consigo», pero ese dato sí debe valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente. Así, por ejemplo, una cuantía exagerada o superlativa hace razonable la inferencia de direccionamiento de la conducta al tráfico o distribución.”

(ii) “La carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P.”

De acuerdo a lo anterior entonces, se hace necesario que la Fiscalía demuestre que la sustancia estupefaciente incautada, tenga como fin la distribución o venta lo que no ocurrió en este caso en particular.

Si bien es cierto los patrulleros MOSCOTE NIETO y TOCORA MORENO, comparecen al juicio, y señalan que recibieron información de una persona a la que se identificó por sus prendas

de vestir encargada de la venta de estupefacientes en el sector “Vegas de la Chaparral”, colindante con el barrio “El Preventorio”, ambos sectores, en decir de los policiales, de connotada afluencia en cuanto al expendio de sustancias estupefacientes no llegó al juicio ninguna de las fuentes que tuvieron estos agentes del orden para afirmar que en efecto el acusado era expendedor de estupefacientes, por lo que sus dichos son apenas prueba de referencia sobre una información anónima imposible de constatar al no aportarse los datos de tal fuente en el juicio, y por ende inadmisibles. Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa:

“la declaración anterior al juicio oral debe provenir de una fuente conocida, esto es, de una fuente humana determinada -entendida esta como aquella que ha sido identificada, o por lo menos individualizada-, en tanto condición para que pueda ser admitida y tenida en cuenta como prueba de referencia, porque si no se estará ante un medio de convicción anónimo, el cual es ciertamente inadmisibles¹”

Ahora bien, es cierto que en desarrollo del procedimiento como lo reportan los policiales que conocieron del mismo pretendieron evadir la acción de estos pero esta conducta, no permite inferir que en efecto el procesado buscaba comercializar los estupefacientes que portaba, pues tal hecho no puede ser tomado como un indicio de responsabilidad tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al indicar:

“Para el Tribunal dicho comportamiento es propio de una persona que está cometiendo un ilícito, en otras palabras, salir a correr cuando la autoridad hace un requerimiento indica la comisión de un delito, puesto que, de no estar haciendo algo indebido, no hay razón para salir corriendo, es decir, algo semejante a “el que nada debe nada teme”.

Lo anterior, no es una conducta verificable como cierta puesto que esa clase de comportamientos se presentan en forma diferente e irregular dependiendo de múltiples factores. En efecto, se puede ser consumidor, llevar consigo una dosis de aprovisionamiento, no siendo dicha acción relevante para el derecho penal, pero debido al miedo de las consecuencias negativas que trae consigo el ser sorprendido por parte de la policía portando dosis personal, se decide emprender la huida, lo cual no quiere decir

¹ CSJ SP2582-2019, rad. 49.283

o es indicativo de la comisión de un delito, o en el asunto en mención, la finalidad de tráfico o comercio de sustancias ilícitas”.

Tampoco aparece para la Sala que porque se trate de diversos estupefacientes, esto necesariamente suponga que se tenían para fines de venta pues se puede ser adicto a diferentes sustancias ilegales y como se viene diciendo la cantidad por sí sola no permite tampoco inferir el fin de comercialización, máxime que la que fueron incautadas, nueve punto dos (9.2) gramos de cannabis, sino, asimismo, de once punto un (11.1) gramos de cocaína, en dos porciones, se itera, de tres punto seis (3.6) y siete punto cinco (7.5) gramos, no resultan ser grandes cantidades y conforme a lo señalado la jurisprudencia de la Sala Penal en relación a la cantidad de estupefaciente, *“ese dato sí debe valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente. Así, por ejemplo, una cuantía exagerada o superlativa hace razonable la inferencia de direccionamiento de la conducta al tráfico o distribución.”* Sin embargo, aquí no aparece como se viene diciendo que sean grandes cantidades, y como se indicó no se trajo al juicio la fuente no formal, ni la actitud del procesado al momento de su captura es motivo suficiente para inferir una finalidad de comercialización, ni aparece otro indicio suficiente que permita inferir entonces que por la cantidad encontrada en efecto se puede acreditar el fin con el que se trasportaba dicha sustancia, lo que impide entonces colmar la exigencia plasmada por la jurisprudencia para considerar nociva del bien jurídicamente tutelado la conducta enrostrada al acusado.

En este orden de ideas imposible resulta entonces deducir del simple hallazgo material del estupefaciente que en efecto se logró demostrar que la misma se tenía para la comercialización, circunstancia esta que como ha bien lo sostiene el impugnante, impiden tener por demostrado ese especial elemento que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha preciado debe demostrarse los eventos de tenencia de estupefacientes y que no es otro que el ánimo de participar del narcotráfico, esto es que se busque su tráfico o distribución, y como quiera que la Fiscalía General de la Nación que

tiene la carga de demostrar dicho elemento no lo hizo, la determinación a la que se debe arribar no puede ser otra que la de revocar la providencia materia de impugnación y disponer la absolución del aquí procesado.

Consecuente con esto será el cancelar la orden de captura que se dispuso librar en contra de ALVARO HUMBERTO BLANDON BLANDON.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la providencia materia de impugnación y disponer la absolución de ALVARO HUMBERTO BLANDON BLANDON , por la conducta punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes conforme a lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

En consecuencia, se cancelará la orden de captura que pesa por esta actuación en contra del prenombrado ciudadano y se dejaran sin efecto las anotaciones que en contra de dicha persona pesen en razón de la presente actuación.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes (artículo 98 ley 1395 de 2010).-

CÓPIESE y a su ejecutoria DEVUÉLVASE al Juzgado de origen.

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **c1f01179b25cac237e6d5531aea2d9bea1c4176f590c9ddbd8930f3aa9af6e3d**

Documento generado en 16/09/2022 11:35:41 AM

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

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