

Boletín Jurisprudencial

Tribunal Superior de Pereira

Sala Penal

Pereira, Diciembre de 2017

n° 17

El contenido de este boletín es de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias.

AUTOS

Tema: **ACEPTA IMPEDIMENTO DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO.**
Para esta Sala, el análisis realizado por la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal sobre la participación y responsabilidad de la señora Leydi Tatiana Quiceno frente al delito de hurto calificado y agravado, le impide continuar con el conocimiento de la presente causa, ya que según las argumentaciones referidas dicha funcionaria ya tiene preconcebida la manera en que acontecieron los hechos materia de investigación y pudo incluso identificar las tareas que ejecutaron cada uno de los procesados para la consumación de las conductas punibles investigadas, para lo cual la funcionaria debió analizar las actuaciones y pruebas recaudadas en el proceso, con base en las cuales emitió juicios de valor y adoptó un criterio con relación a los hechos investigados, y la responsabilidad penal de la señora Quiceno Botero, y por ello se hace necesario declarar fundado el impedimento planteado por la titular del citado despacho.
[2015 00603 \(a\) LTQB - Juez penal del circuito. Declara fundado impedimento](#)

Tema: **NIEGA EXCLUSIÓN DE PRUEBA FOTOGRÁFICA.** [L]a Sala considera que le asistió razón al juez de primer grado, al negar la exclusión de esas evidencias que no podrían ser definidas como pruebas ilegales, ya que no se adecuan a la definición contenida en el precedente CSJ SP del 2 de marzo de 2005, radicado 18.103 (...).
[2015 01557 \(a\) Homicidio. YGR - Confirma negativa de exclusión de la prueba fotográfica del procesado](#)

Tema: **PRUEBAS / TESTIMONIO A FAVOR DE LA DEFENSA COMO PRUEBA SOBREVINIENTE / REVOCA Y DECRETA / INCIDENCIA DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN O CONTRA-REFUTACIÓN** - De todo lo anterior se extrae, que hay lugar a decretar por excepción una prueba nueva extemporánea, cuando: (i) sobreviene al momento del juicio y por tanto no era conocida al tiempo de los debates, bien porque se extrae de otra practicada durante su desarrollo, o porque apenas se logra su conocimiento en forma posterior y el hecho de no conocerse con anticipación no es una situación adjudicable a la incuria o negligencia de la parte que la propone; (ii) es muy significativa para conocer la verdad real y se hace indispensable su práctica con miras a no perjudicar seriamente el derecho de defensa y la integridad del juicio; y (iii) debe tener la potencialidad de variar la decisión final.
(...)

Ha afirmado el letrado que es sumamente importante para los intereses de la defensa, presentar al estrado a ese declarante, porque a su entender desvirtúa o pone en entredicho lo aseverado por el testigo principal de cargo, y lo quiere hacer con el lleno de todas las garantías, motivo por el cual ya le había comunicado por escrito de esa situación al delegado fiscal para que pudiera tener acceso al testigo y lo entrevistara si fuere el caso con miras a ejercer la debida contradicción.

No tiene elementos de juicio la judicatura para afirmar que el defensor se equivoca cuando hace esa aseveración, porque si es verdad como lo dice que el contenido de ese testimonio puede minar la credibilidad del testigo de cargo, habría que admitir que la prueba tiene superlativa incidencia en los resultados del proceso.

Es curioso para la Sala que la defensa haya criticado en sus alegaciones de apertura al testigo principal de cargo JOSÉ JAIR ALZATE HERNÁNDEZ, con fundamento en que no es un testigo presencial, mas sin embargo ahora desea que se llame al estrado a MELKI DUQUE ALZATE quien tampoco fue testigo presencial de los episodios criminosos. Empero, no obstante esa aparente inconsistencia, tal situación casualmente se convierte en una razón adicional para que la Colegiatura avale la prueba sobreviniente solicitada, en el entendido que ambos testigos estarían, en principio, dentro de un mismo plano de igual en cuanto a su capacidad probatoria, y en consecuencia solo al final de la confrontación mediante interrogatorio cruzado se podrá decantar a cuál de los dos se le confiere mayor credibilidad.

En esos términos, el Tribunal estima que la integralidad del juicio se protege en mayor medida si se admite la incorporación del citado medio de prueba que si se opta por el rechazo, para cuyo efecto la Sala dispondrá lo primero con la obligada precisión que la contraparte, en este caso la Fiscalía, tendrá derecho a acceder al testigo DUQUE ALZATE mediante entrevista previa de considerarlo necesario, y si es del caso a solicitar el decreto de pruebas de contra-refutación, como quiera que se trata de una aseveración novedosa o inesperada que podría ameritar otros nuevos elementos de convicción en pro de reforzar la teoría del caso del ente acusador.

En ese orden de ideas, considera la Corporación que la providencia emitida por el a quo al inadmitir el testimonio del referido ciudadano debe revocarse y en su lugar se dispondrá que el citado ciudadano comparezca al juicio para los fines probatorios pertinentes.

[2016-80007 \(a\) Homicidio y otros Revoca y decreta testimonio a favor defensa como prueba sobreviniente](#)

Tema: **HOMICIDIO CULPOSO Y LESIONES PERSONALES DOLOSAS / ACLARACIÓN EN LO ATINENTE A LA SUSPENSIÓN DE LAS PENAS ACCESORIAS DE INHABILITACIÓN EN EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS Y PRIVACIÓN PARA CONDUCIR VEHÍCULOS AUTOMOTORES / OFICIAR A LAS ENTIDADES PERTINENTES / SILENCIO EN LA SENTENCIA / ENTENDIMIENTO DESFAVORABLE AL PROCESADO / REVOCA** - Lo primero que debe precisarse es que si bien la solicitud presentada por la defensa se realizó cuando ya se encontraba en firme la sentencia, y en principio la aclaración solo es procedente dentro del término de ejecutoria de la sentencia acorde con lo establecido en el inciso segundo del artículo 285 del Código General del Proceso, en el evento sometido a estudio se advierte una situación particular, por cuanto más que la aclaración del fallo o su modificación, lo que se extrae del escrito que con ese propósito radicó, es que la pretensión de la defensa consiste en que de acuerdo con la correcta interpretación que se debe dar al fallo, el despacho proceda a oficiar a las entidades pertinentes acerca de la suspensión de las penas no privativas de la libertad que le fueron impuestas.

Sobre el tema materia de debate, de entrada debe decir la Corporación que comparte los planteamientos esbozados por el recurrente; en consecuencia, se accederá a lo pedido de conformidad con los siguientes argumentos:

La suspensión condicional de la ejecución de la pena es un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, regulado en el artículo 63 del Código Penal, que permite suspender la sanción corporal de prisión por un periodo de prueba 2 a 5 años, siempre que se acrediten los requisitos contemplados en dicha norma. Y en el inciso final del mismo artículo se indica que: “el juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta”.

En el presente caso la funcionaria de instancia en la sentencia de mayo 27 de 2016 concedió al procesado el referido sustitutivo, sin indicar si el mismo se hacía extensivo a la penas de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

En criterio de la Colegiatura, la omisión en ese sentido, esto es, no precisar si la suspensión lo era solo de la pena privativa de la libertad y en consecuencia la intención era hacer efectivas la no privativas de la libertad, no puede interpretarse de la manera en que lo determinó la funcionaria de conocimiento al momento de definir la solicitud de aclaración, por cuanto se trata de un entendimiento desfavorable al procesado y por lo tanto iría en contravía de los principios y garantías que rigen nuestro sistema. Siendo así, lo que debe inferirse al no haber pronunciamiento acerca de ese punto en particular, es que las demás penas de menor gravedad y/o accesorias, también se encuentran inmersas en dicha suspensión.

Para la Corporación en contraposición a lo afirmado por la funcionaria a quo, y en consonancia con lo indicado por la defensa, si bien el artículo 63 faculta al juez para exigir el cumplimiento de las sanciones no privativas de la libertad, la decisión de hacerlas efectivas debe ser una determinación debidamente motivada y fundamentada, lo cual aquí no ocurrió.

[2013-00059 \(a\) Homicidio culposo. Lesiones dolosas. Auto aclaratorio. Revoca y precisa la suspensión de las penas no privativas](#)

Tema: **NIEGA SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.** [L]a Sala estima que en el caso en estudio resulta acertado lo decidido por el a quo puesto que no resulta procedente la concesión de “libertad por vencimiento de términos” ni la sustitución de medida de aseguramiento al sentenciado Johan Andrés Herrera Giraldo, toda vez que en sentido estricto está descontando una pena y no bajo el régimen de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, por lo cual se confirmará la decisión de primera instancia.

[2014 00077 \(a\) Homicidio. JAHG - Confirma negativa de sustitución de la medida de aseguramiento](#)

Tema: **INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS Y OTROS / AUTO QUE NIEGA PRECLUSIÓN SOLICITADA / LA ATIPICIDAD DEBE SER ABSOLUTA / CONDICIÓN PROBATORIA INSALVABLE O INSUPERABLE/ CONFIRMA** [Ha hecho carrera el pensamiento según el cual el simple hecho de existir duda con respecto a la coautoría y responsabilidad de un indiciado, es situación que justifica per se la preclusión. Se trata de una forma de pensar que llama la atención de la Sala y amerita que la Corporación haga una reflexión previa a ese respecto, porque si ese pensamiento prospera, múltiples investigaciones tendrían que ser archivadas

definitivamente sin que previamente se haga un esfuerzo por esclarecer la verdad. Explicamos:

A juicio del Tribunal, dígame desde ya, para que proceda una preclusión con efectos de res iudicata, la susodicha duda probatoria debe tener la condición de “insuperable” o “insalvable”; de lo contrario, es decir, si existe alguna posibilidad de allegar nuevos o mejores elementos de conocimiento que contribuyan a dilucidarla o disiparla, el funcionario judicial no puede optar por un cese de la acción penal sino por su persistencia para que se agote en debida forma el trabajo metodológico. O dicho de otro modo, para que la preclusión se viabilice debe existir plena prueba de alguna de las causales establecidas en la ley, y en nuestro caso lo que se está proponiendo es la declaratoria de la atipicidad del comportamiento, lo cual traduce que la acción o la omisión endilgada no encaja en ninguno de los tipos penales existentes en el estatuto represor.

Precisamente por lo que se acaba de explicar, con total ecuanimidad la jurisprudencia desde siempre ha sido enfática en precisar que:

“Cualquier duda u oscuridad que desdibuje o haga borrosa su prueba y aún la simple posibilidad de que el motivo pueda ser más tarde desvirtuado, debilitado o eliminado, impide legalmente dar aplicación a la norma, que en tal evento debe dar paso al adelantamiento de la acción, bien para que se califique el sumario, ya, si es del caso, para que se dicte sentencia”. -negritas excluidas-

Con la expresión IMPOSIBILIDAD se está indicando que no puede existir ningún otro enfoque que haga viable la acusación y se contraponen a lo probable, a lo que puede llegar a ser en caso de que se tenga otra visión del asunto o se analicen otras hipótesis investigativas.

Lo anterior nos lleva a precisar igualmente, que hay un equivocado análisis del nivel de convencimiento para acusar, porque al decir del Tribunal de Casación existe una progresividad de las exigencias probatorias que caracterizan el proceso penal, para sostener que la imputación requiere la mera posibilidad, la acusación la probabilidad, y la sentencia la certeza, así que, será la posibilidad o la probabilidad en su caso, y no la certeza, la que debe regir el análisis del caso que nos convoca.

(...)

Consignadas esas premisas que la Colegiatura considera fundantes de la determinación que aquí habrá de adoptarse, lo que sigue es resolver el siguiente interrogante: ¿ha hecho la Fiscalía su mejor esfuerzo por dilucidar el compromiso delictual que se le atribuye a las personas aquí indiciadas?, o mejor: ¿podrá estar tranquila la judicatura que la presentación del caso por parte del delegado fiscal satisface los fines de justicia en el asunto concreto?

A dilucidarlo nos dedicaremos en el apartado final de esta providencia, no sin antes hacer esta última reflexión de trascendental importancia para el caso que nos convoca, y consiste en lo siguiente:

Para que prospere una preclusión por la causal 4ª consistente en la atipicidad de la conducta endilgada, debe tratarse de una atipicidad absoluta y no meramente relativa. Y eso es primordial entenderlo, porque no son pocas las ocasiones en que la Fiscalía propone la preclusión por un tipo penal determinado con respecto del cual evidentemente no están dados los elementos que lo configuran, pero se olvida o se pasa por alto que la acción o la omisión de la cual se trata sí encaja pero en un tipo penal distinto al que se viene averiguando. De allí que la Corte haya tenido que hacer esa claridad en diversas providencias, entre ellas en el radicado 31763 de fecha primero de julio de 2009,

(...)

En criterio del Tribunal, no están dadas las condiciones para decretar la preclusión en el caso concreto con efectos de res iudicata, y en tal sentido acompaña la posición disidente presentada tanto por el Procurador Judicial como por el juez de instancia, con fundamento en lo que a continuación se expone.

Cuatro cosas relevantes observa el Tribunal en el presente asunto: La primera, que el delegado fiscal limitó su intervención a varios aspectos que a su juicio eran los importantes para poder sacar adelante su pretensión preclusiva, pero hizo caso omiso y no se pronunció respecto de otros que indicaban la necesidad de continuar la investigación. De ese modo, así la Corporación le conceda razón en varias de sus intervenciones porque se consideran acertadas, el no argumentar respecto de otros puntos esenciales hace inviable la solicitud de preclusión. La segunda, que las posiciones asumidas por los defensores se contraponen entre sí, o dicho de otra forma, por sacar adelante la inocencia de cada uno de sus representados, se dejó comprometida la responsabilidad del otro copartícipe. La tercera, que de esas mismas intervenciones defensivas se extrae la necesidad de no precluir, en cuanto se destaca el deber de ahondar en la investigación para esclarecer situaciones que no están debidamente esclarecidas. Y la cuarta, que se han dicho muchas cosas a favor de los hasta ahora indiciados, pero se olvida que una cosa es decir y otra es probar, a consecuencia de lo cual diversas aseveraciones no cuentan aún con el respaldo probatorio respectivo.

[2009-00568 \(a\) Interés indebido en contratos. Atipicidad debe ser absoluta. Condición probatoria insalvable. Niega preclusión. Confirma](#)

Tema: **ANULACIÓN DE LO ACTUADO EN LA AUDIENCIA.** [E]sta Sala estima conveniente anular la presente actuación a partir de la audiencia celebrada el 20 de noviembre de 2017, inclusive, en aras de que la abogada Miriam Adiel Marín Arboleda quien representa los intereses del acusado, con base en los derechos anteriormente enunciados tenga la posibilidad realizar las precisiones a que haya lugar frente al asunto concreto, ya que como se advirtió, en el caso de la referencia resultó vulnerado el derecho de postulación de la citada profesional, toda vez que el abogado a quien se le sustituyó poder y que asistió a la diligencia aludida solo estaba facultado para asistir a un audiencia diversa que fue denominada equivocadamente como de “lectura de sentencia” por el Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad. Lo anterior con base en la norma rectora sobre corrección de actos irregulares, (artículo 10 CP.P.); y a los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección de la actuación judicial previstos artículo 27 del C.P.P., a efectos de subsanar la situación que se presentó, lo cual resulta conforme con la aplicación del derecho sustancial, que ha examinado en la jurisprudencia pertinente de la Sala de Casación Penal de la C.S.J (...).

[2011 00114 \(a\) Acceso Carnal abusivo. LAPB - Poder para lectura del fallo. Declara nulidad y ordena repetición de la audiencia](#)

Tema: **NIEGA REPOSICIÓN DEL AUTO QUE DECLARÓ DESIERTO RECURSO DE CASACIÓN.** [E]sta Sala advierte que la solicitud del abogado del acusado en el sentido de reponer el auto del 15 de noviembre de 2017, no está llamada a prosperar por el simple hecho de que el anterior apoderado judicial del señor Óscar Adrián López Moreno no hubiera presentado la demanda de casación oportunamente, ya que ese profesional tuvo la oportunidad de hacer uso del derecho a solicitar prorroga del término para formular la demanda de casación tal y como lo prevé el artículo 158 del CPP, y sin embargo no lo hizo y por ello no es posible revivir el término de que trata el artículo 183 del CPP.

[2011-00378 \(a\) OAL - Niega recurso de reposición del auto que declaro desierto el de casación](#)

Tema: **DECLARA INFUNDADA CAUSAL DE REVISIÓN INVOCADA.** [C]uando se reclama la aplicación de la causal de revisión consignada en el # 7º del artículo 192 C.P.P. con base en el fenómeno jurisprudencial conocido como «la declinación de los incrementos punitivos del artículo 14 de la Ley # 890 de 2.004», es necesario que quien se somete a alguna de los mecanismos de terminación abreviada de los procesos, por encontrarse prohibida por ministerio de la ley la concesión de beneficios, no reciba a cambio ningún tipo de contraprestación como consecuencia de su decisión de admitir los cargos endilgados en su contra. (...) Siendo así las cosas, la Colegiatura concluye que en el presente asunto no son aplicables los precedentes jurisprudenciales reclamados por el accionante, y que en consecuencia no procedería el fenómeno de la declinación de los incrementos punitivos consagrados en la ley 890 de 2.004, porque, se reitera, el Procesado de otrora, como consecuencia del preacuerdo, se hizo acreedor de unos descuentos punitivos; a lo que se le debe aunar que no existía ninguna prohibición legal para que el Procesado se hiciera merecedor de dichas prerrogativas punitivas.
[2017-00191 \(a\) DHC - Acción de revisión - Declara infundada la causal del num 7 del Art 191 del CPP](#)

Tema: **NIEGA PRECLUSIÓN DEL PROCESO PENAL.** [T]eniendo en cuenta que los efectos de los contratos solo obliga a las partes, es inviable afirmar que se puede precluir el proceso penal seguido en contra del señor LCO, pues acá lo único que ha desaparecido es la acción patrimonial de reparación en lo que respecta a la Sra. SM, por ende la cláusula contractual que establece la renuncia a la persecución penal, no es válida para deprecar la preclusión de este proceso, pues hacer tal cosa, es tanto como desconocer los derechos que tienen los demás reclamantes no solo de conocer la verdad de lo acontecido, sino también a ser reparados por los perjuicios que se les causaron con el hecho punible.
[2012-01561 \(a\) LCO - Homicio culposo. Revoca preclusión. Clausula contractual de renuncia a la persecución penal no es válida](#)

SENTENCIAS

Tema: **HOMICIDIO EN CONCURSO CON HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA Y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. / PADRE DE FAMILIA Y ENFERMEDAD / NO PROBÓ TALES CIRCUNSTANCIAS // PRISIÓN DOMICILIARIA / COMPETENCIA DEL JUEZ DE EPMS / CONFIRMA** - Aprecia la Sala en concordancia con lo dicho por la fiscal no recurrente, que en el presente asunto no se soportó con suficiencia tal calidad a favor del señor GARCÍA CARDONA, pues véase que de los registros civiles de nacimiento que aportó, lo único que se extrae es que su hermana TATIANA GARCÍA CARDONA es madre de la niña S.G.G. -de 26 meses de edad en la actualidad-, pero no se allegó ningún otro elemento que permita dilucidar que el acusado es padre cabeza de familia, como tampoco que su hermana y sobrina carecen del apoyo de otros familiares, o incluso del padre de la pequeña, señor SERGIO GONZÁLEZ LAITON, de quien nada se informó pese al compromiso que le asiste con la menor S.G.G.

Si tenemos entonces que la hermana del acá procesado, señora TATIANA GARCÍA, es mayor de edad -nació en abril 24 de 1995-, es ella en compañía del padre de la menor S.G.S. los responsables de velar por su cuidado y sostenimiento, desconociéndose por qué

motivo el señor JUAN DAVID alude dicha calidad, máxime que no presenta probanzas que permitieran dilucidar que en efecto sí la ostenta, como tampoco se acreditó el presupuesto de “abandono absoluto” en que se debe encontrar la pequeña, como predicado indispensable para la prosperidad del sustituto.

Se aprecia en consecuencia que en este asunto faltó una demostración fehaciente de la condición de padre cabeza de familia que se reclama a favor del señor JUAN DAVID GARCÍA CARDONA, y por ende no puede ser merecedor del pretendido beneficio.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la sustitución de la prisión intramural, amén de la enfermedad que padece el señor JUAN DAVID GARCÍA CARDONA, de lo cual tampoco nada se probó, debe señalarse que de conformidad con lo reglado en el artículo 68 C.P., el presupuesto indispensable para hacerse acreedor a esa variación, es la existencia de dictamen de médico oficial que determine la incompatibilidad de la enfermedad con la vida en reclusión formal, pericia que brilla por su ausencia.

En esos términos, no procede la petición que de manera escueta elevó el recurrente, al expresar que se tuviera en cuenta la situación de salud del procesado para otorgarle la “prisión domiciliaria”, pues nada dijo en relación con los presuntos quebrantos que sufre, ni por supuesto que sea incompatible con su reclusión en centro carcelario.

Aunado a lo anterior, debe decirse, como así lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, que los jueces de instancia no deben pronunciarse sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria en los eventos a los que remite el canon 461 C.P.P. -aquellos contenidos en el artículo 314 C.P. -, toda vez que ello es competencia que le ha sido reservada a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

[2015-00236 \(s\) Homicidio y otros. Padre cabeza familia y enfermedad para prisión domiciliaria. No probó. Corresponde juez de EPMS](#)

Temas: **HOMICIDIO GRAVADO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS.** [S]e confirmará la decisión de primera instancia que resulta conforme con las pruebas allegadas al proceso, que resultan determinantes frente a lo previsto en el artículo 162 de la ley 906 de 2004 el cual establece que uno de los requisitos de la sentencia es la “fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral” porque esos declarantes fueron considerados como testigos confiables por la juez de primer grado, hasta el punto de que su declaración sobre lo sucedido al momento del atentado contra el señor Arbeláez y las circunstancias que motivaron la aprehensión de los procesados, constituyen el fundamento de la decisión de primer grado en la que se declaró la responsabilidad del procesado, posición que comparte esta Sala al examinar sus manifestaciones con base en las reglas de la sana crítica de la prueba, y la confrontación con los otros medios de prueba allegados válidamente al proceso.

[2007 01107 \(s\) Homicio agravado y porte ilegal de armas. LFMT - Confirma condena](#)

Temas: **INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 381 C.P.P. PARA PODER PROFERIR UN FALLO DE CONDENA.** [E]l juicio de responsabilidad criminal pregonado en el fallo opugnado en contra del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA, básicamente se cimentó en una prueba ilegal que debe ser excluida del proceso, lo que a su vez redundaría en favor de los intereses del acusado, debido a que como consecuencia de la exclusión, la única prueba de cargo que existiría en contra del acusado solamente sería el testimonio rendido por la médico forense LIGIA INÉS AGUILAR, respecto de los hallazgos encontrados a la víctima como consecuencia del

examen sexológico que se le practicó, lo cual no sería lo suficientemente contundente como para desvirtuar la presunción de inocencia que siempre ha acompañado al acriminado, ya que con esa prueba per se no es posible llegar a la conclusión consistente que el acriminado haya sido la persona que le causó a la agraviada los desgarros antiguos que presentaba a nivel del himen, máxime cuando la perito admitió que esa clase de traumas también podrían ser ocasionados por otros elementos diferentes a la introducción del asta viril. Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante, porque en efecto con las pruebas habidas en el proceso no se cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado LEBO. Ante tal situación, la Sala revocará la sentencia confutada, y en consecuencia se absolverá al Procesado LEBO de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

[2007-03094 \(s\) Acceso carnal menor de 14. Prueba de referencia inadmisibile. Revoca. Absuelve. LEBO](#)

Temas: **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS.** [C]onsidera la Colegiatura que en el fallo opugnado no se incurrieron en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el apelante, y que por el contrario las pruebas aducidas en al juicio por parte del Ente Acusador si satisfacían a plenitud los requisitos exigidos por los artículos 7º y 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado JEN, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio. Siendo así las cosas, al no asistirle la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, a la Sala no le queda otras opción diferente que la de confirmar el fallo opugnado.

[2012-04694 \(s\) Acceso carnal con menor - Confirma condena - JEN](#)

Temas: **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS.** [C]onsidera la Colegiatura que el Juez A quo no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el apelante, y que contrario a los reclamos de la Defensa, el acervo probatorio habido en el proceso si cumplía enteramente a cabalidad con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado GGV, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

[2013-02638 \(s\) Acto sexual menor de 14. Confirma condena y modifica pena por ppio de congruencia. GGV](#)

Temas: **TENTATIVA DE ACTO SEXUAL VIOLENTO AGRAVADO.** [C]onsidera la Colegiatura que en el fallo opugnado no se incurrieron en los yerros de apreciación probatoria denunciados por la apelante, y que por el contrario las pruebas aducidas en al juicio por parte del Ente Acusador si satisfacían los requisitos exigidos por los artículos 7º y 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado RGU, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio. Siendo así las cosas, la Sala procederá a confirmar el fallo opugnado.

[2012-00832 \(s\) Tentativa de acto sexual violento agravado - Confirma condena. RGU](#)

Temas: **INADECUADA ADECUACIÓN JURÍDICA PARA PROFERIR UN FALLO DE CONDENA.** [L]a Colegiatura no puede desconocer que en el presente asunto tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada a los hechos por parte de la Fiscalía, lo que a su vez generó un estado de dudas probatorias que debieron ser capitalizadas en favor del acusado, como bien lo ordena el aludido principio del in dubio pro reo. Siendo así las cosas, al no satisfacerse los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. la Sala revocará el fallo

confutado y en consecuencia absolverá al Procesado MACA de los cargos por los cuales fue llamado a juicio y se pregonó su compromiso penal. Asimismo, como quiera que en la actualidad el aludido Procesado se encuentra detenido, se ordenara su inmediata liberación, salvo claro está, que se encuentre privado de la libertad por órdenes de cualquier otra autoridad jurisdiccional.

[2011-05126 \(s\) Acto sexual violento agravado. Revoca y absuelve por mala calificación jurídica. MAC](#)

Temas: CONCIERTO PARA DELINQUIR, FABRICACIÓN PORTE DE ESTUPEFACIENTES, PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES. [D]e conformidad con expuesto a lo largo del presente proveído, además de lo plasmado en el escrito de acusación, mediante los cuales se predica la responsabilidad del acusado frente al delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, en atención a que esta Colegiatura pudo inferir que efectivamente el señor Osorio Toro hacía parte de una estructura criminal dedicada al tráfico y a la comercialización de sustancias ilícitas, actividades ilegales de las cuales obtenían un provecho económico y se lucraban. En consecuencia de lo anterior, resuelta viable pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derecho y funciones públicas a perpetuidad al señor Jorge Eliécer Osorio Toro, lo que afecta intemporalmente su derecho a aspirar a cargos de elección popular, a desempeñarse como servidor público, y contratar con el Estado, situación que no se pregona frente al ejercicio del derecho al sufragio o el ejercicio de cualquier otro derecho público inherente a la condición de ciudadano, motivo por el cual dicha inhabilitación particular se aplicará por el mismo término de duración de la pena principal.

[2009-00003 \(s\) Concierto para delinquir. Estupefacientes. Armas. JDLF - Revoca parcialmente absolución](#)

Tema: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO CON FINES DE CONTRABANDO / NIEGA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL / CONFIRMA
- Expresa que sustenta la apelación únicamente en lo relativo al señor MIGUEL EMILIO PAZ PÉREZ y desiste de la interpuesta en favor de los demás procesados, y sustenta su disenso con los siguientes planteamientos:

La conducta que ofreció el órgano persecutor no era la adecuada, al señalar que el concierto para delinquir en la modalidad contenida en el artículo 340, inciso 4° es “agravado”, cuando en realidad se trata de un delito subordinado o de segundo orden como lo ha plasmado la doctrina.

(...)

El considerar el concierto para delinquir con fines de contrabando, como un delito agravado vulnera el principio de legalidad, al darle una categoría que no está consagrada como tal y ello implica que le sea negado el derecho fundamental a la libertad de su cliente, al no concederle el subrogado de la condena de ejecución condicional, pese a cumplir con el requisito objetivo descrito en el canon 63 C.P., y en caso de existir duda en cuanto a la denominación de la conducta, debe aplicarse el in dubio pro reo, para optarse por la interpretación más favorable.

(...)

Luego de ese obligado prolegómeno, advierte la Sala que la inconformidad de la parte recurrente se contrae exclusivamente al hecho de que por parte del funcionario de primer nivel no se le concedió al señor PAZ PÉREZ el sustituto de la pena privativa de la libertad al que alude el canon 63 C.P., al haber sido condenado por concierto para delinquir agravado y aplicar en su desfavor lo reglado en el canon 68A C.P., cuando en su sentir la ilicitud en que incurrió su cliente carece de dicho agravante.

(...)

Nótese que la característica principal del delito agravado es la subordinación que posee frente al tipo básico, en el entendido que no es una figura autónoma al no poder subsistir sin éste. Y esa característica de subordinación no se pierde por el simple motivo de haber sido consagrado el incremento punitivo en un artículo diferente, o por no haberse utilizado las expresiones: “las penas descritas en los artículos anteriores se aumentarán cuando [...]” que son de usanza en esta clase de eventos.

Así las cosas, lo relevante es y sigue siendo para estos efectos, que al momento de describirse la nueva conducta por parte del legislador se indique expresamente que de presentarse una o varias circunstancias de mayor connotación social, aparejadas al comportamiento que ya había sido descrito como punible en forma previa, se amerite un incremento en la sanción. Y eso y nada diferente es lo que ocurre cuando el fin propuesto por los concertados sea el contrabando.

Para el caso en estudio se observa que la Fiscalía al momento de imputar cargos a los procesados lo hizo precisamente por un delito de concierto para delinquir agravado, mismo frente al cual se dio una aceptación de cargos, libre y voluntaria, y finalmente fue el ilícito por el cual se condenó al señor MIGUEL EMILIO PAZ PÉREZ, y lo que conllevó a que el a quo diera aplicación al contenido del canon 68A C.P. para negar el sustituto liberatorio que se pidió en a favor.

Todo lo anterior, no obstante lo mencionado en la audiencia de individualización de pena por el delegado fiscal y el apoderado del sentenciado, quienes al unísono expresaron que la prohibición inserta en el artículo 68A C.P. no debía ser tenida en cuenta en este asunto al no tratarse de un delito de concierto para delinquir agravado, postura que por supuesto no acoge la Sala por lo antes aludido.

[2014-00011 \(s\) Concierto para delinquir agravado fines contrabando. Niega condena ejecución condicional. Confirma](#)

Tema: **PORTE ILEGAL DE ARMAS / CREDIBILIDAD DE TESTIMONIOS POLICIALES / CONFIRMA CONDENA** - Para la Colegiatura, en contraposición a lo considerado por el letrado impugnante y en consonancia con lo concluido por el juez de primer nivel y lo resaltado por el representante de la Fiscalía en su condición de no recurrente, la valoración de los medios de conocimiento fue apropiada y conforme a las reglas de la sana crítica. Es así por cuanto de los elementos de persuasión puede establecerse de manera contundente tanto la materialidad de la conducta como la responsabilidad del aquí judicializado, y por tanto la decisión de condena se encuentra ajustada a derecho.

Al analizar las declaraciones de JHON EDIER GASPAS TREJOS, JOSÉ ÓSCAR PATIÑO JARAMILLO, JHON EDINSON GIRALDO NIETO y RAIMER VELÁSQUEZ PENAGOS, uniformados que participaron en el procedimiento de captura de JULIÁN DAVID ORTEGA GIRALDO y JHON ALEXÁNDER GARCÍA ORTIZ, se advierte con claridad meridiana que sus versiones son contestes, espontáneas y coherentes con la forma en la que se desarrollaron esos acontecimientos, en virtud de lo cual ameritan plena credibilidad, dada su contundencia y claridad.

(...)

Se concluye por tanto que los cuatros agentes del orden de manera directa observaron al hoy judicializado cuando portaba en sus manos un elemento, y dos de ellos visualizaron el momento en el que éste lo arrojó al suelo, y al verificar que se trataba de una arma de fuego procedieron a su incautación tal como consta en el acta respectiva que se introdujo como prueba, la cual se encuentra firmada por el señor JHON ALEXÁNDER, y a la consiguiente captura del referido.

El citado artefacto fue sometido a un experticio de balística en el que se concluyó que es una pistola Prieto Beretta calibre 9 mm, de fabricación industrial, apta para producir disparos, con dos cartuchos del mismo calibre que también se hallaron en buen estado de conservación y aptos para ser percutidos.

De igual forma, se corroboró no solo con la manifestación del mismo acusado en el momento de su aprehensión, sino también mediante oficio signado por el Jefe de Sección de Asuntos Nacionales del Departamento de Control y Comercio de Armas Municiones y Explosivos, que GARCÍA ORTIZ no aparece registrado como poseedor legal de armas de fuego.

La defensa reconoce que los agentes del orden al unísono coinciden en señalar a su prohijado como la persona a la que observaron portando un elemento que resultó ser una arma de fuego, aunque intenta desvirtuar la veracidad de sus relatos con reparos que en criterio del Tribunal, y tal como lo determinó el fallador de primer nivel, no tienen trascendencia alguna ni afectan la credibilidad que debe darse a sus manifestaciones.

Olvida el señor defensor que en el momento en que los uniformados rinden testimonio habían pasado casi dos años de ocurrido el hecho, y por tanto es entendible que no recuerden muy bien algunos puntos de la controversia, o incluso olviden ciertos detalles de los procedimientos en los que participan, pero de ello no puede deducirse de ninguna manera que estén mintiendo, o que su relato no sea fiel a lo realmente ocurrido, máxime que no se demostró dentro de la actuación que tuvieran alguna razón para faltar a la verdad. (...)

Adicionalmente, de los medios probatorios allegados se deducen dos indicios en contra del judicializado, el primero de ellos el que se desprende de huir al notar la presencia policial, ya que una persona que no se encuentre ejecutando una conducta contraria a la ley no tiene por qué evadir a la autoridad, de lo que se infiere que era consciente de la ilicitud que estaba cometiendo y por ello reaccionó de esa manera; el segundo, su vinculación con actos de similar naturaleza, puesto que en su historial le figuran varias anotaciones, una de ellas precisamente por el delito de porte de armas.

[2012-01869 \(s\) Porte ilegal de armas. Credibilidad testimonios policiales. Confirma condena](#)

Tema: **TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / CONDUCTA ATÍPICA / SUSTANCIA PARA EL CONSUMO PROPIO / REVOCA /ABSUELVE** - En los citados precedentes la Corte precisó que: (i) aunque se trate de un adicto o consumidor, siempre debe establecerse la finalidad de la tenencia del alucinógeno, bien porque en algunos eventos la cantidad que se lleve consigo supera excesivamente la que requería el adicto, o éste tenga una intención diversa al consumo propio, situaciones que sí encuadrarían su conducta en el punible de tráfico de estupefacientes; (ii) el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente señalada como dosis personal, siempre que sea con la finalidad de su consumo y aprovisionamiento, comportamiento que no puede encuadrarse en el ámbito penal, sino que debe darse un tratamiento integral como enfermo o farmacodependiente; (iii) si bien el concepto de dosis personal no ha desaparecido, debe entenderse la misma en consonancia con lo requerido por el procesado en atención a su adicción, de acuerdo con lo demostrado en cada caso concreto; y (iv) si no se logra establecer el nexo respecto del propio consumo, o se advierte su comercialización, tráfico, o su distribución así sea gratuita, la conducta debe ser sancionada penalmente al tener la potencialidad de afectar los bienes jurídicos (...)

De conformidad con lo anterior, nuestro órgano de cierre ha señalado que el juez debe valorar el conjunto probatorio, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica determinar si

es razonable condenar por el punible de tráfico de estupefacientes a un consumidor habitual de sustancias prohibidas, y para ello debe apreciar si la cantidad es indicativa de un propósito y uso diversos del propio consumo, o si de esa circunstancia, junto con los demás elementos de conocimiento, puede evidenciarse que se trata de un porte de estupefaciente para la exclusiva ingesta sin que se advierta un ánimo de comercialización o cualquiera otra finalidad.

Por su supuesto, esta Sala está en la obligación de acoger esa postura y por tanto debe analizar las particularidades del presente caso, para definir si nos encontramos frente a una conducta que pueda encuadrarse típicamente en el delito de tráfico de estupefacientes, o si, por el contrario, como lo refiere el señor defensor, estamos ante un adicto a los alucinógenos que no debe ser tratado como delincuente sino como un enfermo.

(...)

En conclusión, se tiene entonces que lo probado en relación con la conducta del aquí acusado, quien según se indica es consumidor de estupefacientes y vive en condiciones de indigencia, es que fue capturado por los agentes del orden cuando llevaba consigo el material alucinógeno. Y queda claro que la Fiscalía no aportó ninguna prueba adicional para acreditar que ORREGO VARÓN portara esa sustancia vegetal con una finalidad distinta a la de su personal consumo; por tanto, al aplicarse los presupuestos jurisprudenciales aludidos al presente caso, en atención a lo que fue materia de prueba, puede concluirse que el alucinógeno hallado en poder del justiciable era para su consumo personal en pro de satisfacer su adicción, y por ello el ilícito atribuido no es punible ya que en esa medida no se quebrantaron ninguno de los bienes jurídicos protegidos por el legislador, sino que se trata de un ciudadano enfermo que con su actuar únicamente puso en peligro su propia salud, y por ello requiere que el Estado le brinde el cuidado especial al que hace referencia el 49 superior modificado por el acto legislativo 2 de 2009 y la Ley 1566/12.

En tan particulares condiciones, el Tribunal revocará la determinación adoptada por el juez de primer nivel, y por ende absolverá al procesado del cargo que le fue enrostrado como autor de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de "llevar consigo".

[2014-01153 \(s\) Tráfico de estupefacientes. Revoca y absuelve. Conducta atípica. Sustancia para consumo propio](#)

Tema: **TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / DIFERENCIAS EN EL PESO DE LA SUSTANCIA ENCONTRADA / CADENA DE CUSTODIA / DIFERENCIA MÍNIMA / NO EXISTE DUDA EN LA NATURALEZA DE LA SUSTANCIA /CONFIRMA CONDENA** - Los uniformados se encontraban realizando patrullaje en el sector, y previamente habían sido informados por la central de radio acerca de la presencia en ese lugar, el cual es reconocido por la comercialización de alucinógenos, de una ciudadana con actitud sospechosa de la que les suministraron la descripción de la indumentaria. Una vez arribaron al sitio, observaron a una mujer que reunía las características referidas, e intentó evadirlos al notar su presencia, a consecuencia de lo cual arrojó al suelo una bolsa plástica que tenía en la chaqueta, la cual a su vez contenía 15 bolsas con sello hermético de una sustancia en polvo de color blanco similar a estupefaciente.

La defensa no discute la materialidad de la infracción, por cuanto reconoce que en poder de su prohijada fue hallada la citada bolsa plástica con sustancia estupefaciente; sin embargo, considera que existe duda en torno a la responsabilidad de su representada, toda vez que no se logró determinar de manera concreta cuál es la cantidad exacta de droga que le fue incautada, debido a que existe diferencia de 0.14 gramos en el pesaje de la sustancia que según el informe de P.I.P.H. y el policial que lo hizo se envió al laboratorio

para la prueba de confirmación -3 gramos-, y la que la perito que realizó dicho experticio indicó haber recibido -2.86 gramos-.

(...)

Es cierto que ANDRÉS FELIPE CAÑAS MARÍN, servidor de la Policía Judicial que realizó la prueba preliminar, indicó y así lo dejó consignado en el informe, que envió una muestra de 3 gramos para la prueba de laboratorio, y en el dictamen forense la perito DIANA MARÍA RÍOS RODRÍGUEZ refirió que la cantidad recibida fue 2.86 gramos, pero la diferencia resulta ser ínfima, tanto solo 0.14 gramos, y en manera alguna permite dudar que se tratara de la misma sustancia en cantidad y calidad, máxime que el pesaje se realizó en presencia de la judicializada.

Ahora, de acuerdo con lo indicado por el servidor de Policía Judicial ANDRÉS FELIPE CAÑAS, es posible que una parte ínfima de la sustancia se adhiriera al empaque por ser grasosa, y de todas manera es entendible que por más que se trate de balanzas digitales y calibradas, entre una y otra se presenten diferencias poco significativas como ocurre en este caso. Adicionalmente, debe resaltarse que el mismo Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación -ICONTEC-, en la Resolución NTC 2031, atinente a los instrumentos de pesaje de funcionamiento no automáticos, requisitos metrológicos y técnicos, y pruebas, actualizada en julio 16 de 2014, contempla y admite la posibilidad que se pueden presentar diferencias mínimas entre un artefacto de medición y otro según marcas y diseños, esto es, que es entendible en términos técnicos una asimetría mínima en esta materia.

En lo atinente a la cadena de custodia, advirtió CAÑAS MARÍN que la sustancia estaba debidamente embalada y rotulada con la firma del subintendente WILTON VALENCIA, y la descripción hecha en el formato correspondía a la misma. De igual forma, la perito RÍOS RODRÍGUEZ dejó expresa constancia que se respetó la cadena de custodia por parte de esa entidad.

[2015-00131 \(s\) Tráfico de estupefacientes. Diferencia mínima en la cantidad de sustancia pesada. Confirma condena](#)

Temas: **INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA PROFERIR UN FALLO DE CONDENA.** [E]s claro para esta Colegiatura que efectivamente los hechos sucedieron pero tal situación no puede ser óbice para condenar a la señora CB por el delito de lesiones personales culposas, por cuanto no se logró probar, como ya se dejó claro, que ella hubiese sido imprudente o negligente, o incrementado el riesgo jurídicamente permitido al pasear a un perro, de una raza que para ese entonces no había sido catalogada como potencialmente peligrosa, o que dejó de observar las reglas de cuidado que la ley le imponía para pasear por la vía pública al canino. A lo anterior se le debe aunar que por el simple y mero hecho de que la Procesada fuera la responsable del animal y por ende debe responder de los daños que este pudiera causar, por las peculiaridades del presente asunto, sería válido decir que tal responsabilidad debe ser ventilada en el ámbito civil más no en el penal.

[2010-05218 \(s\) Lesiones culposas. No identificación raza perro - Revoca y absuelve. CB](#)

Temas: **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO.** [E]s claro que, muy a pesar de lo argumentado por el defensor, en el presente asunto sí existen suficientes elementos materiales probatorios que desvirtúan la presunción de inocencia del señor AVM, pues como ya se ha indicado, existen dos testigos presenciales de los hechos que lo vieron cometer el hurto y conduciendo la motocicleta usada para tales fines, lo que aunado al indicio de huida, al que se hallara en su poder un arma cortopunzante igual a la que vieron los testigos que se usó para intimidar a la víctima del robo y a que el procesado, según sus

propios dichos, tratara infructuosamente de ocultar su identidad, hacen que cualquier duda quede despejada, en especial cuando la unidad de defensa no presentó nada que sustentara su teoría y las afirmaciones del procesado. En conclusión, a esta Colegiatura no le queda otro camino que confirmar el fallo de primera instancia en todas sus partes.

[2015-01344 \(s\) Hurto calificado. Testigos. Huida. Teoría sin sustento probatorio. Confirma condena. AVR](#)

CONSTITUCIONALES

HABEAS CORPUS

Tema: **IMPROCEDENCIA DEL HABEAS CORPUS.** [H]asta el momento el señor LÓPEZ no ha solicitado ante el Juez natural su libertad con base en lo establecido en el numeral 5º del artículo 317 del C.P.P., y que ha echado mano de la acción constitucional de habeas corpus como mecanismo principal y no residual, lo cual, de acuerdo a la cita jurisprudencial hecha con antelación, no es procedente toda vez que con ello, lo que está haciendo el procesado es desplazar al juez natural, esto es, el juez de control de garantías, quien debe analizar su asunto con base en unas pruebas que se le deben llevar, para demostrar sí efectivamente en el presente asunto ha tenido ocurrencia o no, alguna de las causales de libertad consagradas en el aludido artículo 371 del C.P.P. Lo antes expuesto nos indica que en la interposición de la acción de Habeas Corpus no se cumplió con los requisitos de subsidiaridad y residualidad que caracterizan la misma. Lo que nos quiere decir que en el presente asunto, la Acción de Habeas Corpus ha sido pervertida, al ser utilizada por el procesado como una instancia alterna con el propósito de buscar por medios diversos un pronunciamiento en favor de sus intereses.

[HC 2ª 2017-00124 ALL - Confirma. Modifica. Improcedente. No hizo solicitud a juez natural. Residualidad](#)

TUTELAS

Tema: **CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / SUSTITUCIÓN PRISIÓN INTRAMURAL POR DOMICILIARIA / PADRE CABEZA DE HOGAR / IMPROCEDENTE** - Precisamente, las determinaciones que a la hora de ahora son objeto de cuestionamiento por parte del actor, no solo analizaron la situación en que se hallan sus hijos, frente a lo cual estimaron con fundamento en los elementos arrojados al expediente que los mismos no están abandonados o desprotegidos, sino que además, la conducta delictiva cometida por el señor JAMIR SALAZAR, al ser capturado con una gran cantidad de sustancia estupefaciente, se tornaba en un gran obstáculo para concederle el sustituto que persigue.

Para esta Corporación tampoco existe afectación de las garantías constitucionales de los menores hijos del señor SALAZAR PÁZ, porque en efecto la prisión domiciliaria le fue negada debido a que no acreditó los requisitos para ser considerado como padre cabeza de familia, puesto que para que pueda tenerse como tal se requiere que sus descendientes se encuentren en desprotección absoluta, es decir, no solo en el aspecto económico sino también en el afectivo, y en aras de proteger los derechos que éstos les asisten es que se

concede el beneficio, pero en su caso, se itera, se determinó que están bajo el cuidado y protección de los abuelos paternos, lo que de entrada hace inviable la concesión de ese sustituto.

Finalmente, si bien no puede desconocerse el desarraigo que los niños han sufrido a raíz de la privación de la libertad de su señor padre, tal situación es la consecuencia lógica de la incursión de éste en los linderos del código penal, lo que realizó de manera voluntaria, sin pensar en las consecuencias que un comportamiento de tal magnitud podría conllevar a sus familiares más cercanos, en especial a sus descendientes, como ahora lo pregona, pero tal circunstancia per se, no lo hace acreedor a la condición de padre cabeza de hogar, al apreciarse que pese a las dificultades, a los menores se le brinda los cuidados necesarios por parte de su familia paterna extendida y ello conlleva predicar que a los mismos no se les han quebrantado garantías fundamentales.

Así las cosas, se advierte que lo pretendido en la acción es revivir un debate estudiado dentro de la actuación penal en la que se vigila la pena que le fue impuesta, en el cual tuvo la oportunidad de presentar los recursos de ley, y en efecto acudió al de apelación, por lo que el asunto ya fue resuelto por los jueces competentes sin que sea viable concurrir a la acción constitucional como una tercera instancia para revisar un tema que ya fue definido por los funcionarios judiciales competentes.

(...)

Lo anterior traduce que es en el interior del proceso donde actualmente se vigila la pena impuesta al señor JAMIR SALAZAR PAÉZ, donde podrá elevar las peticiones que estime oportunas, en procura de obtener los beneficios a los que juzgue tener derecho, como así lo ha hecho, e interponer los recursos de ley en caso de que lo resuelto no sea favorable a sus intereses.

[T1ª 00269. JSP vs Juzgado 3 EPMS Pereira y otro. Providencias que niegan prisión padre cabeza de hogar. Improcedente](#)

Tema: **CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO FACTICO / NO TRASLADO ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS/ IMPROCEDENTE** - Como acaba de verse, el defecto fáctico ha sido definido como aquel que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, en este caso el profesional del derecho que defiende los intereses de CORREA LOZANO señala que tanto la decisión en la que se impuso la medida de aseguramiento como aquella en la que se desató el recurso de apelación interpuesto por él frente a la misma, presentan ese vicio, por cuanto la Fiscalía al momento de sustentar la solicitud no enunció ni dio traslado de los elementos materiales probatorios en los que apoyaba su pedimento, tal como lo dispone la normativa aplicable, razón por la cual no era posible que el funcionario realizara un pronunciamiento de fondo al no conocer esos documentos, y adicionalmente, esa omisión también imposibilitó efectuar la correspondiente controversia.

Contrario a lo sostenido por la parte accionante, por más que la delegada de la Fiscalía no haya indicado cuáles eran los elementos de conocimiento en los que debía sustentarse la medida y su urgencia, y ponerlos a disposición para que fueran evaluados en dicha diligencia y la defensa pudiera debatirlos, conforme lo señalado en el artículo 306 de la Ley 906/04, dicha omisión si bien no es plausible, no configura una afectación de los derechos al debido proceso, contradicción y libertad, o al principio de legalidad que se invocan en esta acción, puesto que, tal como lo precisaron el juez de primer nivel y la funcionaria que dio trámite a la impugnación, en los registros se observa que dichos documentos ya habían sido estudiados por el director de la audiencia en la legalización de captura, diligencia en la que el abogado del señor CORREA LOZANO tuvo también la oportunidad de revisarlos y

tomar apuntes por espacio de siete minutos, tiempo suficiente para revisarlos en su totalidad si se tiene en cuenta que era un cuaderno de apenas 19 folios, conforme lo informado por la Fiscalía a esta Corporación, y al tratarse de audiencias concentradas que se desarrollaron de forma consecutiva, que además no fueron muy extensas, cada una de las partes tenía presente el contenido de esos documentos y podían referirse a los mismos sin necesidad de observarlos nuevamente; sin embargo, el profesional del derecho se abstuvo de hacer su intervención al respecto, para exponer idénticos argumentos a los que esgrime en esta actuación.

En esas condiciones, el juez de instancia sí tuvo un soporte probatorio para fundamentar la determinación de imponer medida de aseguramiento, el cual ya había sido objeto de estudio por parte del funcionario, y de acuerdo con esos elementos consideró que se daban los presupuestos para la restricción de la libertad solicitada por el ente acusador, básicamente por encontrar demostrada la inferencia razonable y acreditados los fines constitucionales y legales para su procedencia, conforme lo consignado en los artículos 308 y siguientes.

Se advierte entonces que aquí no se demostró la incursión de los jueces tutelados en un error garrafal que haga indispensable la intervención del juez de tutela en el conocimiento de un asunto que por su naturaleza corresponde a los jueces ordinarios, quienes ya lo definieron de conformidad con el ordenamiento jurídico, y se concluye entonces que lo pretendido por el tutelante es revivir un debate que fue objeto de estudio dentro del proceso que se adelanta en su contra, en el cual tuvo la oportunidad de presentar los recursos de ley.

[T1ª 00273. DFCL vs Juzgado 4 Penal Cto y otro. Defecto fáctico. No traslado elementos probatorios. Improcedente](#)

Tema: **CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS / EN TRÁMITE / IMPROCEDENTE** - Como se puede apreciar, fueron dos hechos que tuvieron ocurrencia en circunstancias de tiempo, modo y lugar diferentes y en ese contexto no podría pensarse en una “acumulación de procesos” como lo refiere el actor, o más concretamente en una conexidad procesal, al no presentarse ninguno de los requisitos que para ello contempla el canon 51 C.P.P., lo que ameritaba que por cada uno de los delitos cometidos por el señor GUTIÉRREZ GARCÍA se adelantara la respectiva actuación procesal, como así acaeció.

Igualmente y aunque del escrito de tutela se entiende que el accionante reclama que se proceda a efectuar la acumulación jurídica de penas, de la información que suministró el Juzgado Primero Penal del Circuito, se da cuenta que tal procedimiento ya se realizó y ello conllevó a que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, por auto de marzo 18 de 2016 dispusiera la acumulación de las penas impuestas al señor GUTIÉRREZ GARCÍA, para estimar que la sanción que debía expiar era de 156 meses y 19 días de prisión, y multa de 825.367.246, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de dicha pena.

Como se aprecia, el actor ha acudido a los mecanismos ordinarios que prevé el ordenamiento procedimental penal, para hacer valer sus derechos en el interior del proceso que se surte en su contra, el cual se halla en trámite, y al respecto han sido varios los pronunciamientos en los que la Sala de Decisión de tutelas de la H. Corte Suprema ha reiterado que al juez constitucional no le es permitido inmiscuirse en “procesos en curso”,... (...)

Ahora bien, como se entiende que el actor también cuestiona el haber sido condenado por la segunda ilicitud, de la cual no tiene responsabilidad alguna, como así lo refirió la persona responsable de tal hecho, debe indicarse que no es la tutela la llamada a ingresar en el

análisis de tal circunstancia, toda vez que el ordenamiento procedimental penal consagró para dichos efectos la acción de revisión, a que alude el canon 192 C.P.P. y sería esa la vía a la cual podría concurrir el señor JOHRYM ANDRÉS GUTIÉRREZ para demostrar tal situación y de contera hacer valer sus pretensiones al respecto.

Finalmente y aunque el tutelante también discute el obrar de su apoderado, de quien indica que faltó a la lealtad y ética profesional, al acceder a los requerimientos del Juzgado y la Fiscalía, debe señalarse que de estar inconforme con la actividad que desarrolló su abogado, ello tampoco es del resorte del juez constitucional, ya que la competente para establecer si en realidad el defensor incurrió en alguna falta a los deberes que le asisten, es la jurisdicción disciplinaria y por ende bien podría acudir el señor JOHRYM ANDRÉS GUTIÉRREZ ante el Consejo Seccional de la Judicatura para que sea allí donde determine lo pertinente.

Como se aprecia de lo anterior, no es la tutela la vía que deba ser usada para para intervenir en los asuntos planteados por el señor GUTIÉRREZ GARCÍA, en atención al principio de subsidiariedad, amén de la existencia de otros medios de defensa judicial, a los cuales puede concurrir para que sea allí donde se establezca si en efecto se presentó afectación alguna a los derechos que reclama.

En ese orden de ideas, estima la Sala que la tutela promovida por el señor JOHRYM ANDRÉS GUTIÉRREZ GARCÍA en contra de los Juzgados Primero Penal del Circuito y Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta capital es improcedente, y en consecuencia la misma se despachará en forma desfavorable.

[T1ª 00279. JAGG vs J1 Penal Circuito y otro. Acumulación jurídica de penas. En trámite. Improcedente](#)

Tema: **CONCURSO DE MÉRITOS / PETICIÓN / /SE DIÓ RESPUESTA/ DEBIDO PROCESO / TRABAJO / ACTO ADMINISTRATIVO / SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENTE** - La accionante afirma haber presentado tres peticiones ante la Contraloría, el 2, 9 y 31 de octubre de 2017, las cuales tenían por objeto que se le suministrara información atinente a las vacantes, nombramientos, entre otros, del concurso de referencia, de las cuales indicó la accionante solo dos fueron contestadas por la entidad, pero la respuesta emitida no fue de fondo ni acorde con lo pedido, mientras la última hasta el momento de interponer el amparo no había sido resuelta. Posteriormente en escrito de ampliación de la demanda de tutela, manifestó haber recibido comunicación en relación con la última petición, más no respecto de las dos anteriores, por lo que considera aún quebrantado su derecho fundamental.

La Contraloría acepta que las citadas solicitudes fueron recibidas en esa entidad, y así mismo asegura que fueron resueltas dentro del término de ley y conforme a los datos con lo que contaba la entidad al momento de darse la respuesta, más concretamente respecto del último de los requerimientos, asegura que se respondió en noviembre 22 de 2017.

En lo que tiene que ver con el plazo de los 15 días hábiles para pronunciarse sobre los requerimientos, se observa que la entidad cumplió a cabalidad con ese término e incluso todas las peticiones las contestó antes de que el mismo expirara, puesto que la primera petición fue radicada en octubre 02 de 2017 y contestada el 4 siguiente, respecto a la segunda, se presentó en octubre 9 y se dio respuesta el 13 del mismo mes y año, y en lo atinente a la última, elevada en octubre 31, se tiene que fue contestada en noviembre 22 de 2017.

Ahora, en lo tocante a que las respuestas dadas sean acordes con lo solicitado, en criterio de la Colegiatura todas las contestaciones emitidas por la entidad sí cumplen con los parámetros establecidos para que se considere satisfecha la petición, esto es, de fondo, claro y acorde con lo requerido.

Nótese que en la primera de las peticiones se pidió por la accionante que se le informara acerca del orden en que se había comunicado a los interesados las vacantes para su aceptación, y el último de los notificados, y a ese respecto se le indicó a la tutelante que se había efectuado el nombramiento de los primeros 8 de la lista debido a que se tenía ese mismo número de vacantes, el cual según se explicó por la Contraloría al descorrer el traslado, se hizo en forma simultánea.

Frente a la segunda solicitud, en la que se pidió el nombre de las personas que aceptaron y se posesionaron en el cargo y la respectiva sede, la entidad le indicó el nombre de los primeros 8 de la lista, quiénes aceptaron, y quiénes no, y las sedes aceptadas, pero según expuso la tutelante omitió informarle el nombre de los posesionados y las respectivas sedes, pero lo que advierte la Sala, tal como lo señaló el Director de Carrera de la Contraloría al contestar la tutela, es que dicha información no se tenía para el momento, ya que la oferta se realizó en septiembre 19 de 2017, y contaban con 10 días calendario para la aceptación del nombramiento, y luego 10 días más para la posesión, incluso con la opción de pedir prórroga.

Ahora, frente a la última de las peticiones, esto es, la de octubre 31 de 2017, la accionante no indicó que considerara que la misma no es acorde con su solicitud, y se advierte que de conformidad con lo pedido se le informó el número de vacantes certificada por la oficina de talento humano a noviembre 20 de 2017, y lo atinente a los nombramientos de la señora LUZ AMPARO RIVERA, ANA LUCÍA MORALES SALAZAR y JOHANA MILENA ARANGO SALAZAR.

En esas condiciones queda claro que ni en el momento de acudir a este mecanismo constitucional, ni antes de ello, la Contraloría afectó el derecho fundamental de petición de la tutelante, y por tal circunstancia no es viable acceder a su protección.

Frente a las censuras realizadas por la accionante sobre la actuación de la Contraloría en el desarrollo de la etapa de nombramientos del concurso, de acuerdo con las cuales considera afectados sus derechos al debido proceso y trabajo, debe reiterar la Colegiatura que de conformidad con el artículo 86 de la Carta Política la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, que puede ser aplicado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable .

[T1ª 00267. YMAL vs Contraloría General. Petición. Respuesta. Concurso. AA. Residualidad. Declara improcedencia](#)

Temas: **DERECHO DE PETICIÓN / DEBER DE DAR RESPUESTA OPORTUNA, CLARA, COMPLETA, DE FONDO Y CONGRUENTE.** [E]sta Sala considera que si bien es cierto que el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad el 7 de enero de 2016 ya había dado a conocer al señor Escobar Villada el contenido del proveído del 6 de enero de 2016 en el entendido de que a ese despacho no le concernía verificar la condena impuesta ni verificar lo pertinente al principio de favorabilidad del condenado (Fls. 80 al 82), también lo es que la nueva providencia proferida el 7 de diciembre de 2017 en la que se resolvió al actor la petición del mes de mayo de 2017 no ha sido notificada al mismo. Así las cosas y con fundamento en la jurisprudencia relacionada

en el acápite anterior y que tiene que ver con los requisitos que se deben acreditar para que se materialice el derecho fundamental de petición, esta Sala concluye que se hace necesaria la intervención del juez constitucional con el fin de amparar al señor Diego Alejandro Escobar Villada su derecho fundamental del de petición con el fin de que el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de La Dorada, Caldas, notifique debidamente al accionante el contenido del auto del 7 de diciembre de 2017.

[T1ª 2017-00167 DAEV vs Juzg4PenalCto - D. Petición. Concede amparo](#)

Tema: **PENSIÓN DE INVALIDEZ / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN / MORA DEL EMPLEADOR / PAGO POSTERIOR A LA ESTRUCTURACIÓN / NIEGA / REVOCA / CONCEDE** - Para la Sala, en el caso bajo análisis, contrario a lo concluido por la primera instancia, la acción de tutela sí es procedente para invocar el amparo de los derechos fundamentales que se consideran afectados por el no reconocimiento de la pensión de invalidez. Indudablemente el actor es un sujeto de especial protección, ya que por su delicado estado de salud fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de más del 50%, por consiguiente, no puede trabajar y asegura no contar con ningún ingreso económico para suplir sus necesidades básicas y las de su progenitora, lo cual no fue desvirtuado por la entidad demandada.

(...)

Con fundamento en dicha jurisprudencia constitucional, considera la Sala que en este preciso asunto le asiste razón al señor PEDRO PABLO CALLE GÓMEZ en cuanto a que la actuación de COLPENSIONES resulta ser totalmente arbitraria, porque la mora que por parte de su empleador se presentó de los ciclos comprendidos entre 2013-09 y 2014/08, no puede ser una situación adversa a los derechos que como afiliado le asisten, en cuanto es la administradora de pensiones la obligada a adelantar por medios judiciales ora administrativos las gestiones pertinentes para reclamar esa sumas, y menos aún que conlleve a la negativa de una prestación económica como la que aquí se reclama.

Adicionalmente, en este caso esos pagos ya se hicieron, tal como lo reconoce la misma entidad, no por la gestión de COLPENSIONES sino porque el señor CALLE GÓMEZ requirió insistentemente al empleador para que así fuera, y si bien fueron incorporadas las correspondientes semanas de cotización a su historia laboral, esos periodos no fueron tenidos en cuenta para efectos de establecer el requisito de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de configuración del estado de invalidez, con fundamento en una directriz interna de la entidad que se muestra contraria los postulados constitucionales ya referidos.

Así las cosas, la Sala revocará la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta capital, y en su lugar se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital favor del señor PEDRO PABLO CALLE GÓMEZ; y, como consecuencia de ello, se dejarán sin efectos las Resoluciones SUB164008 de agosto 17 de 2017 y DIR 17076 de octubre 03 de 2017 proferida por COLPENSIONES, en contravía de los lineamientos legales y jurisprudenciales.

Adicionalmente, se ordenará a dicha entidad, por intermedio del Subdirector de Determinación Dirección, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, emita un nuevo pronunciamiento respecto de la pensión de invalidez solicitada por el señor PEDRO PABLO CALLE GÓMEZ, en el cual se realice el estudio de los requisitos para el reconocimiento de esa prestación teniendo en cuenta las semanas cotizadas entre septiembre 01 de 2013 y agosto 30 de 2014, decisión que deberá contener los recursos ordinarios que contra ella procedan.

[T2ª 002-2017-00094. PPGC vs COLPEN. Pensión Invalidez. Estructuración. Mora del empleador. Pago posterior. Revoca. Concede](#)

Tema: **SALUD / SERVICIO DE ENFERMERÍA EN CASO / SIN ORDEN DE MÉDICO TRATANTE / ORDENA VALORACIÓN** - Y es que como bien lo indicó la funcionaria de primer nivel, no se arrimó a esta actuación prescripción médica que refiriera de manera expresa, que la señora MELBA RODRÍGUEZ DE OCAMPO requiere la asistencia permanente de una enfermera, toda vez que de lo señalado en el escrito de tutela se desprende que lo solicitado por su hija, se circunscribe a que dicha persona se encargue de bañar o asistir a su familiar cuando lo necesite.

Aun así, véase que la funcionaria de primer nivel en atención a las circunstancias especiales del caso, no despachó de manera desfavorable lo pedido por la actora ante la ausencia de precepto médico en tal sentido, sino que con miras a establecer si la solicitud efectuada por la familia se hace indispensable, le ordenó a LA NUEVA EPS que por parte de uno de sus galenos le realizara valoración y fuera este, en el ámbito de su competencia, el que determinara si la paciente requería tal acompañamiento de una profesional en enfermería y de ser positiva tal labor, se le brinde en el término allí indicado, lo cual en sentir de la Sala fue acertado.

Por lo anterior, considera la Corporación que la sentencia emitida por la funcionaria a quo, se encuentra ajustada a derecho, y en esas condiciones se procederá a su confirmación. [T2ª 007-2017-00097. MRdeO vs Nueva EPS. Servicio de enfermería en casa. No prescripción médica. Ordena valoración. Confirma](#)

Tema: **PETICIÓN CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL / NUEVA VALORACIÓN / TIEMPO MENOR A 1 AÑO / REVOCA / CONCEDE** - El juez de primer nivel negó el amparo solicitado, al considerar que la actuación de COLPENSIONES es acorde con lo establecido en el inciso 3º del artículo 55 del Decreto 1352/13, en el cual se indica que las calificaciones emitidas por parte de las Juntas de Calificación de Invalidez pueden ser objeto de revisión al año siguiente.

En criterio de la Sala, la determinación adoptada por la primera instancia no es acorde con la normativa aplicable, ya que si se revisa con detenimiento la fundamentación fáctica de la acción de tutela, puede advertirse que la actora señala que la nueva valoración solicitada por ella es en atención a su estado de salud actual, y de los anexos allegados a la demanda se puede avizorar que en el presente año, con posterioridad a que se emitiera el dictamen definitivo por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se le diagnosticaron nuevas enfermedades -CA gástrico y tumor maligno del fundus gástrico-, los cuales no fueron objeto de la anterior calificación.

Lo primero a resaltar es que el término de un año al que alude el artículo 55 del Decreto 1353/13, es para hacer una revisión de la calificación anterior de las Juntas de Invalidez, y no para solicitar una nueva valoración ante el fondo pensional. Y es precisamente eso lo que se solicita en este caso, ya que la accionante no pide que se estudie una vez más el dictamen anterior, el cual fue recurrido por ella y actualmente se encuentran en firme, sino que está solicitando que se le haga una nueva calificación en la que se tenga en consideración patologías que presenta en la actualidad, y que no fueron objeto de valoración en esa oportunidad, tal como se advierte de los documentos adjuntos al escrito de tutela.

Se tiene entonces, que no existe un término para solicitar una calificación, lo que está en consonancia con lo establecido por la Corte Constitucional la sentencia T-574/15, ya que la misma no está supeditada a ningún espacio de tiempo, sino que depende de “las

condiciones reales y actuales de salud, del grado de evolución de la enfermedad, el proceso de recuperación y la rehabilitación suministrada”.

Bajo ese entendido, no es atendible que COLPENSIONES se niegue a realizar esa nueva evaluación, con lo cual afecta los derechos fundamentales de la actora, ya que requiere de la misma con miras a acceder a un derecho pensional, toda vez que en la actualidad se encuentra imposibilitada para trabajar en razón de su estado de salud.

En esas condiciones, considera la Sala que le asiste razón a la señora GRAJALES GRAJALES en sus pretensiones, ya que con la negativa de COLPENSIONES realizar una nueva valoración para establecer su pérdida de capacidad laboral, se vulnera su derecho a la seguridad social, razón que motiva a esta Corporación a revocar el fallo de primera instancia con el fin de ordenar su protección.

[T2ª 00089. MFGG vs COLPEN. Nueva valoración de pérdida capacidad laboral. Menos de 1 año. Revoca y ordena nueva calificación](#)

Tema: **CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / PROCEDENCIA CONTRA TUTELA / ANULACIÓN PARCIAL DEL FALLO** - Corresponde al Tribunal determinar si la decisión adoptada por el funcionario de primer nivel se encuentra ajustada a derecho, o por el contrario, como lo sostiene la parte impugnante, la misma no se ajusta a los postulados jurisprudenciales sobre la materia. Para ello es necesario establecer: (i) si la acción es procedente en el caso concreto, pese a que la decisión atacada es una sentencia de tutela, y en caso positivo; (ii) si con dicha determinación se afectaron las garantías fundamentales de la hoy accionante, y en virtud (...)

Así mismo la H. Corte Constitucional, si bien ha sido escéptica a la procedencia de la tutela contra sentencia de tutela, ha determinado que de manera excepcional esta puede interponerse en ciertos eventos, aunque ha precisado que dicha excepción no puede darse cuando la sentencia ha sido proferida por ese Tribunal, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela –lo cual no se indicó que se presente en este caso- evento en el que solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse por esa Corporación. Al efecto en las sentencias T-218/12, T-951 de 2013 y T-373 de 2014, entre otras, precisó como requisitos: (i) que la acción presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada, es decir, que no se está en presencia del fenómeno de cosa juzgada; (ii) debe probarse de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en una anterior acción de tutela fue producto de una situación de fraude, que atenta contra el ideal de justicia presente en el derecho; y (iii) no existe otro mecanismo legal para resolver tal situación, esto es, que tiene un carácter residual.

Dichos presupuestos fueron reiterados en la sentencia SU-627/15, en la que además se fijó una regla jurisprudencial consistente en que la omisión del juez de cumplir con su deber de informar, notificar o vincular al proceso de tutela, a los terceros que puedan verse afectados con la decisión, vulnera el debido proceso y, por tanto, causa la invalidez de lo actuado en el proceso de tutela.

(...)

En lo relacionado con las exigencias de tipo específico si bien la parte accionante no hace referencia de manera concreta a ninguno de los defectos señalados en precedencia, es evidente que dentro de la actuación que aquí se ataca se incurrió por parte del juez en un defecto procedimental, el cual es definido como el que se origina cuando el funcionario actuó completamente al margen del procedimiento establecido, y ello es así porque al haber emitido un fallo que afectó los intereses de la hoy tutelante, sin haberla vinculado a la actuación, atenta contra el debido proceso que debe observarse en todas las actuaciones,

y más en un trámite constitucional que precisamente propende por la protección de las garantías constitucionales. Eso al margen de que no fue coherente que al haberse declarado improcedente la acción se optara por tomar una determinación de esa naturaleza, con las consecuencias ya señaladas.

(...)

Se encuentra probado de manera clara y suficiente que a pesar de que la decisión adoptada no fue producto de un fraude, con la misma sí se incurrió en una situación que afecta el ideal de justicia, puesto que ante la inobservancia del debido proceso se afectaron gravemente los intereses de una persona que tenía una prestación reconocida, a quien debía permitírsele al menos ejercer la defensa y contradicción previamente a que se adoptara una decisión que la privaría de continuar recibiendo su mesada pensional, y por ello en consonancia con lo determinado por el juez de instancia debe concluirse que también se acredita esa exigencia.

Respecto del último presupuesto, es evidente que la actora no tiene otro mecanismo para resolver su situación, pues pese a que por la vía ordinaria se puede definir cuál de las dos partes –la señora LADY DAHIANA GONZÁLEZ MORALES o DANIEL ALFONSO VEGA GARCÉS y CLARA INÉS BOJANINI ESCOBAR- tiene derecho a acceder a la pensión de sobreviviente, no existe ninguna otra vía para que pueda modificarse la determinación que de manera irregular se adoptó por vía de tutela.

Ahora, además de lo anterior, es claro que la regla jurisprudencial fijada en la sentencia SU-627/15 es aplicable a este caso, toda vez que como ya se dijo el funcionario accionado omitió su deber de informar sobre el proceso de tutela y vincular a quien podía verse afectada con lo resuelto, y que en efecto resultó perjudicada con la decisión, y ello genera invalidez de lo actuado por quebrantamiento del debido proceso.

(...)

Siendo así, debía procederse a determinar cuál era la orden que debía darse para lograr la protección de los mismos, y al respecto en principio podría pensarse que debía ser la declaratoria de nulidad de lo actuado para que la señora LADY DAHIANA fuera vinculada a la actuación cuestionada; sin embargo, luego de un análisis de los puntos pertinentes, el despacho concluyó que debía declararse la nulidad únicamente sobre el numeral de la sentencia en el que se consignó la orden de suspender el pago pensional, en atención a que la intromisión del juez constitucional debe ser mínima y tiene por objeto controlar la decisión que afectó a la accionante mas no revivir un proceso ya finalizado.

La Sala comparte la postura asumida por el fallador a quo, porque advierte que en efecto lo resuelto garantiza el restablecimiento de los derechos y garantías afectadas, al retornar las cosas a su estado inicial. Adicionalmente, porque la determinación censurada fue acertada en lo atinente a la declaratoria de improcedencia, puesto que en efecto se trata de un asunto que debe ser definido por la jurisdicción ordinaria, y por ello el juez de tutela no tenía por qué intervenir, máxime cuando no contaba con ningún fundamento para despojar de una prestación que había sido reconocida válidamente a una ciudadana, como bien lo señalaron tanto EL FONDO OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. como MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A MAPFRE SEGUROS -las cuales están a cargo del pago pensional-, y hasta el momento no se ha demostrado lo contrario.

En este punto es pertinente aclarar que la decisión adoptada por el juez de instancia en ningún momento está en contravía de los postulados jurisprudenciales, como lo afirman los impugnantes, sino que por el contrario esta se ajusta a lo lineamientos que en la materia ha señalado la H. Corte Constitucional. Lo resuelto por supuesto no obedeció a que se determinara que en efecto a la señora GONZÁLEZ MORALES le asista de manera definitiva el derecho a ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente sobre la que versa el asunto,

sino que debe respetarse que hasta el momento, aunque sea solo por la vía administrativa, es a ella a quien le fue reconocida esa prestación.

[T2ª 005-2017-00094. LDGM vs Juzgado 2 Penal Mpal. Procedencia contra tutela. Anulación de un numeral del fallo. Se confirma](#)

Tema: **PETICIÓN / VULNERACIÓN DEBIDO PROCESO JUDICIAL / FALLO ANTERIOR AL TERMINO OTORGADO PARA REPONER / NULIDAD /** - Con fundamento en lo anterior, la Sala puede sostener que en el presente asunto se incurrió en una irregularidad sustancial que vulnera el debido proceso, y que trasciende al derecho de defensa que le asiste a PORVENIR, por las razones que a continuación se exponen:

Como viene de verse a la citada entidad se le otorgó un término de dos (2) días hábiles para que procediera a dar respuesta a la acción constitucional impetrada en su contra, mismos que empezarían a correr a partir del día siguiente a la notificación. De ese modo, si se tiene en cuenta que dicho acto de notificación se surtió apenas en noviembre 02 de 2017, se tenía hasta el 07 de noviembre para pronunciarse, como así ocurrió.

No obstante tal circunstancia y aunque el juzgado tenía plazo hasta el 08 de noviembre de 2017 para adoptar decisión en el referido asunto -ello lo decimos por cuanto la tutela se le asignó en octubre 25 de 2017 y los días 10 días hábiles para fallar vencerían en esa fecha-, se dictó sentencia en noviembre 07, sin tener en consideración el escrito presentado en término por una de las accionadas.

Tal omisión dio lugar a que la a quo no tuviera en consideración y de primera mano los argumentos esgrimidos por PORVENIR cuando se enfatizó que la señora NIDIA OSPINA no radicó petición alguna en abril 18 de 2017 -fecha ésta señalada en el acápite de pretensiones-, a consecuencia de lo cual se les imposibilita dar una respuesta. Y muy a pesar que en el fallo objeto de recurso igualmente se hace alusión a la fecha marzo 22, como una de aquellas en las cuales al parecer se presentó la referida solicitud, del estudio de la totalidad de la documentación obrante en el expediente no se advirtió alguna que hiciera mención a tal época, aunque sí se observa que una de las comunicaciones que entregó PORVENIR a la actora, vía electrónica, data de marzo 30, pero sin indicarse su anualidad .

Está claro por tanto que el estrado judicial vulneró el debido proceso y de contera el derecho de defensa que le asistía a PORVENIR, al adoptar el fallo de tutela con antelación al vencimiento del plazo que le había concedido para responder la acción constitucional, y no obstante que dicha contestación se surtió el día en que se emitió la providencia, nada se dijo al respecto; en consecuencia, no queda alternativa diferente a la de ordenar la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de tutela proferida en noviembre 07 de 2017, para que en la misma tenga en cuenta la respuesta aportada por la entidad demandada.

[Tutela 003-2017-00094 \(a\) Nulidad- Petición. Violacion debido proceso judicial. Fallo anterior a término para responder](#)