

Boletín Jurisprudencial

Tribunal Superior de Pereira

Sala Penal

Pereira, Agosto de 2020

Nº 47

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

<http://www.tribunalsuperiorpereira.com/Indice.html>

AUTOS

TEMAS: RECURSO DE QUEJA / AUTO QUE ADMITE UNA PRUEBA / LA APELACIÓN SOLO PROCEDE CONTRA EL AUTO QUE LA RECHAZA / ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

El problema jurídico a resolver se contrae a establecer el grado de acierto de la disposición adoptada el 7 de julio de 2020 por el Juez Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, dentro del juicio oral que se tramita en el presente caso, al establecer que en contra de la decisión mediante la cual dispuso la incorporación de un informe contable, en el sentido de que frente a esa determinación solo procedía el recurso de reposición. (...)

... se debe tener en cuenta que en la decisión CSJ SP del 27 de julio de 2016, radicado 47469 se manifestó lo siguiente:

“Dígase, por último, que la Sala no puede advertir, y en la jurisprudencia que busca recogerse tampoco se especifica, cómo la posibilidad de que sólo la negativa a la práctica de pruebas pueda ser objeto de apelación, afecta el carácter adversarial del sistema acusatorio, como quiera que, ya se entiende suficientemente decantado, la filosofía del principio en cuestión no se agota o satisface apenas a través de ese medio. (...)

Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede–...”

[2015-01269 \(A\) - Recurso de queja. Auto que admite una prueba. Apelación solo procede cuando se rechaza. Análisis jurisprudencial](#)

TEMAS: NULIDAD PROCESAL / ACEPTACIÓN DE CARGOS / CONTRABANDO / CONCIERTO PARA DELINQUIR / CAUSAL: FALTA DEL VALOR ADUANERO DE LAS MERCANCÍAS / NO PUEDE SUSTENTAR NULIDAD RESPECTO DEL CONCIERTO PARA DELINQUIR / PERO TAMPOCO DE LA ACEPTACIÓN DE CARGOS POR

CONTRABANDO / EN SU LUGAR, IMPROBACIÓN DEL ACUERDO PARA QUE LA FISCALÍA CORRIJA LA OMISIÓN.

Respecto de la causal de nulidad invocada por la juez de primer grado, debe decirse que la misma se fundamenta en una presunta vulneración del derecho al debido proceso en su componente de legalidad, toda vez que la A quo consideró que en el caso de la conducta descrita en el artículo 320 del CP, por la cual aceptaron cargos los procesados, no existían EMP y EF suficientes para comprobar la existencia de una conducta típica, por no haberse acreditado el valor aduanero de las mercancías de contrabando o de la defraudación atribuida a cada uno de los imputados.

Sobre la decisión de la juez de primer grado hay que hacer una primera precisión, ya que la funcionaria de primer grado decidió hacer extensiva su determinación de anular lo actuado a partir del acto de aceptación de cargos que hicieron los inculcados, a la conducta de concierto para delinquir que fue aceptada por los inculcados en la audiencia preliminar, sin que existiera ninguna manifestación por parte de la funcionaria para sustentar esa declaratoria de nulidad frente a ese delito específico. (...)

En consecuencia, como del contexto fáctico de la audiencia preliminar se podía deducir claramente que los procesados habían incurrido en la violación del artículo 340 del CP, lo que fue aceptado por todos los imputados en esa audiencia..., se considera que la juez de primer grado no podía decretar la nulidad de la imputación y de la aceptación de cargos por la vulneración del citado artículo 340 del C.P., máxime si no obraba ninguna retractación de los inculcados, ni ninguna evidencia que indicara que se había afectado su voluntad al aceptar el cargo por ese delito contra la seguridad pública, que por su carácter autónomo no estaba condicionado en cuanto a su existencia a que se contara con la demostración de los elementos del artículo 320 del CP...

... para subsumir una conducta en esa norma de prohibición (artículo 320 CP) se tiene que demostrar que el valor de las mercancías de contrabando debe oscilar entre 50 y 200 SMLMV...

... atendiendo al principio de mínima actividad probatoria, para formular imputación por la conducta descrita en el artículo 320 del CP, para el momento de la imputación, la FGN debía contar con el avalúo aduanero de las mercancías, como se dijo en la sentencia C-191 de 2016, ya que esa cuantificación hace parte de la tipicidad objetiva de esa conducta punible, lo cual se entiende porque en los casos de bienes que entran ilegalmente al país, esos actos solo son sancionados penalmente cuando ese monto que debe ser establecido de conformidad con el procedimiento descrito en el Decreto 390 de 2016, excede de 50 SMLMV...

... se considera que lo procedente no era decretar la nulidad de la aceptación de cargos de los procesados por la conducta descrita en el artículo 320 del CP, como lo considero la juez de primer grado, sino improbar el allanamiento a cargos por esa conducta delictiva a efectos de que la FGN proceda a corregir la imputación con base en ese avalúo, para demostrar el ingrediente normativo del artículo 320 del CP, como se dijo en el apartado 5.15.2 de esta decisión, reiterando que el ente acusador debe precisar a qué personas y a qué título imputa la conducta, y bajo qué inciso, y además se debe precisar si se trata de un caso de coautoría o se va a imputar el acto individualmente ya que no se cuantificó ese valor aduanero para todos los procesados.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: DOCTOR JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

La pregunta que a continuación surgía era: ¿qué clase de determinación se debía adoptar en el asunto: (i) la nulidad (opción que asumió la titular del juzgado); (ii) la improbación de la aceptación de cargos (opción que finalmente adoptó la Sala Mayoritaria); o (iii) ambas figuras una seguida de la otra (que es lo que en mi criterio debió hacerse). Y además: ¿qué parte de lo actuado debía cobijar esa aniquilación del procedimiento?: (i) todo el trámite incluida la imputación de ambos ilícitos en concurso (como es lo que aseguró la funcionaria a quo); (ii) solo la aceptación de cargos del punible de favorecimiento y facilitación de contrabando, mas no el concierto para delinquir (como lo concluyó la Sala Mayoritaria); o (iii)

solo la aceptación de cargos pero en ambos punibles (que es lo que en mi criterio debió hacerse).

Como fácil se aprecia, son dos los pormenores en debate, uno de ellos eminentemente procesal o adjetivo referido a qué instituto aplicar en el caso concreto para superar la anomalía, y otro de orden sustancial o sustantivo atinente a qué delitos abarca la media correctiva y cuáles son las consecuencias de una tal determinación.

[2017-00166 \(A\) - Contrabando. Aceptación de cargos. Falto valor aduanero. No procede nulidad. Genera improbación del acuerdo](#)

TEMAS: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR / INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL / NO PROCEDE SI ANTERIORMENTE SE ADELANTÓ OTRA ACCIÓN DE COBRO EN PROCESO DIFERENTE / NO IMPORTA SI EL RESULTADO FUE NEGATIVO.

En la referida sentencia -CSJ SP, 14 JUN. 2017, rad. 47446-, se analizó lo atinente a las causales de rechazo del incidente de reparación establecidas en el artículo 103 C.P.P., y se concluyó que la interpretación que debe hacerse de dicha norma en armonía con el sistema, es que no puede considerarse que los motivos consignados de manera expresa allí son los únicos que dan lugar a esa improcedencia, sino que también debe entenderse que el mismo es inviable cuando se han acudido a otras acciones con idéntico propósito, independientemente de sus resultados.

Contrario a lo sostenido por el letrado, dicha determinación no se basó únicamente en precedentes proferidos en anteriores procedimientos sino atinentes al sistema penal acusatorio, y en el estudio de la exposición de motivos del proyecto de ley que posteriormente se convirtió en la Ley 906/04, así como de los informes de ponencia de cada uno de los debates en el Congreso, y luego de ese análisis dedujo que la intención del legislador no fue en ningún momento dotar a la víctimas de una facultad extraordinaria de promover junto con el incidente de reparación otras acciones para asegurar el pago -como es el caso del cobro coactivo adelantado por la DIAN-, o acudir de manera opcional al trámite procesal penal cuando los resultados allí obtenidos no resulten favorables a sus intereses, lo cual no debe ser permitido.

Es cierto que con ese proceder no se afecta el non bis idem que solo es aplicable en materia penal o sancionatoria, y no en la civil, y precisamente así lo establece la Corte, pero de igual manera hace énfasis la Alta Corporación en que el derecho de las víctimas a ser reparadas integralmente no puede considerarse como una facultad abusiva de acudir en forma simultánea, paralela o subsidiaria al incidente de reparación en atención a que el trámite coactivo -privilegio legal que es potestativo en la mayoría de los casos- no tuvo éxito, puesto que las pretensiones de uno y otro son idénticas, lo cual constituiría un abuso del derecho, no solo porque el procedimiento penal prohíbe ese doble cobro sino también los principios del procedimiento civil, entonces una vez la víctima escoja la vía que considere pertinente, debe asumir los resultados obtenidos.

[2010-04016 \(A\) - Incidente de reparación integral. No procede si ya promovió otro proceso de cobro - Omisión agente retenedor. DIAN](#)

TEMAS: PRISIÓN DOMICILIARIA TEMPORAL / EN ÉPOCA DE PANDEMIA / DECRETO 546 DE 2020 / PROCEDIMIENTO / SOLICITUD POR EL INPEC / DELITOS EXCLUIDOS / HOMICIDIO AGRAVADO.

... el Gobierno Nacional para procurar salvaguardar la vida e integridad de las personas privadas de la libertad y aminorar los niveles de hacinamiento de los establecimientos carcelarios, expidió el Decreto 546 de abril 14 de 2020 por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la detención preventiva en establecimientos penitenciarios, por la prisión y la detención domiciliaria transitorias, respectivamente, en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al Covid-19...

Tal normativa es la que en la actualidad deben aplicar los jueces con miras a verificar si las personas privadas de la libertad cumplen las exigencias para ser merecedoras del mencionado sustituto temporal -por espacio de seis meses-, sin dejar de lado que aunque tal Decreto se debe aplicar de forma preferente mientras dure su vigencia, las demás normas ordinarias relativas a la prisión domiciliaria deben seguir aplicándose en lo que las disposiciones especiales no regulen...

El referido Decreto en su artículo 8º contempla el procedimiento que se debe surtir con miras a hacer efectiva la prisión domiciliaria transitoria, y en el mismo se establece que: "Cuando se tratare de personas condenadas a pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o carcelario, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC..., verificarán preliminarmente el cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos en el presente Decreto y remitirán a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad respectivos, el listado junto con las cartillas biográficas digitalizadas..."

Así mismo, se plasmó en el artículo 6º ejusdem, que las personas que hayan cometido alguno de los ilícitos allí enunciados, quedarán excluidas de los beneficiarios de la prisión o detención preventiva temporal, entre los cuales se encuentra el homicidio simple y agravado, a los que se refieren los artículos 103 y 104 C.P.

En este asunto se advierte de entrada que el señor BDHC acudió directamente a solicitar la concesión de la prisión domiciliaria temporal, en un claro desconocimiento del procedimiento que para tal efecto se estableció en el Decreto 546 de 2020, situación que de contera impediría darle al mismo el trámite de ley, en tanto dichas peticiones, como bien se indica en la mencionada normativa, deben provenir del establecimiento carcelario por ser las autoridades del INPEC quienes tienen la obligación de verificar de manera preliminar si el sentenciado cumple o no con las exigencias de orden objetivo para ser merecedor al beneficio...

Pero independientemente de esa inicial anomalía, de todas formas el Tribunal observa que de manera diáfana el punible por la cual fue sentenciado el procesado BDHC, esto es, por homicidio con circunstancias de agravación, se encuentra expresamente excluido de acuerdo con el listado que contiene el artículo 6º.

[2016-01311 \(A\) - Prisión domiciliaria temporal. Decreto 546-2020. Tramite. Petición por el INPEC. Delitos excluidos. Homicidio agravado](#)

TEMAS: PRECLUSIÓN / IMPOBILIDAD DE CONTINUAR CON LA ACCIÓN PENAL / POR DECISIÓN PREVIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / CARGA PROBATORIA DE LA DEFENSA / DEMOSTRAR CABALMENTE LA CAUSAL INVOCADA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / NO PUEDE ATRIBUIRSELA UN INSPECTOR DE POLICIA / INCUMBE AL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

... el apoderado del señor AGB solicitó a la a quo que decretara la preclusión de la actuación, dada la presunta imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal, conforme al numeral 1º del art. 332 C.P.P., amén que su cliente ya fue juzgado y condenado por la jurisdicción indígena...

La a quo negó tal pretensión al considerar que en momento alguno el letrado soportó con los debidos elementos materiales probatorios su petición..., sin tenerse certeza si los datos contenidos en la resolución a la que aludió correspondan a los del acá procesado. Ni mucho menos acreditó que la competencia para asumir este asunto le haya sido atribuida a la jurisdicción indígena.

... debe empezar la Corporación por señalar que al haber sido en este asunto el defensor del procesado quien esgrimió ante la judicatura el interés de reclamar la preclusión de la actuación, para lo cual estaba facultado, recaía en él la carga de la prueba...

Pero incluso, tampoco ello para la Sala era suficiente, por cuanto como así lo indicaron los demás sujetos procesales, e igualmente hizo alusión la a quo, en dicho asunto no está

debidamente esclarecido si la sanción impuesta por el cabildo lo fue en contra del señor AGB, ya que en la aludida determinación se hace mención a otra persona diferente de nombre AMG; sin que la defensa hubiere acreditado lo pertinente.

Contrario entonces a lo indicado por el recurrente, sí se omitió la carga que se le imponía de acreditar los supuestos de hecho de su petición de preclusión, y lo que adujo, como así lo expresó la a quo, se quedó en meras conjeturas...

De igual modo, aunque retomó el abogado del procesado la existencia de la competencia de la jurisdicción indígena, la cual ya conoció y emitió fallo en contra de su cliente, amén del traslado que del proceso se le dio al Gobernador del Resguardo por parte del Inspector de Policía de Villasantana, debe decirse que este último no ejerce funciones jurisdiccionales sino administrativas, y por ende carecía de competencia para decidir si un proceso como del que acá se trata, era del resorte de la justicia indígena...

[2019-00416 \(A\) - Preclusión. Decisión previa de la jurisd. indígena. Su competencia no la define inspector de policía. Carga probatoria](#)

TEMAS: NULIDAD PROCESAL / POR PRESUNTA VARIACIÓN DEL NÚCLEO FÁCTICO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / INCLUYE LA IMPUTACIÓN EN EL ASPECTO FÁCTICO / NO HUBO LA ALEGADA MODIFICACIÓN DE LOS HECHOS / Y EN CASO DE QUE SÍ, NODARÍA LUGAR A LA NULIDAD DEPRECADA.

El defensor del ciudadano CAC, considera que al haberse procedido por parte del órgano persecución a adicionar y corregir el escrito acusatorio, para hacer referencia a situaciones que en momento alguno fueron indicadas en la audiencia de formulación de imputación, varió el núcleo fáctico y ello le está vedado.

Se afirma que hubo variación en cuanto a la hora de los hechos, el número de disparos, y el sitio de impacto en el cuerpo de la víctima, así como la posición de la misma a efectos de agravar su situación jurídica...

Para la Sala en contravía de lo argumentado por el letrado recurrente, y en consonancia con el a quo y las demás partes intervinientes, considera que en este asunto no se ha incurrido en causal alguna que amerite la invalidación de lo actuación por lo siguiente:

Para comenzar, una decisión anulatoria se aprecia no solo inviable jurídicamente, sino absolutamente innecesaria en términos prácticos. Es así en cuanto si en verdad le asistiera razón al señor defensor, situación que se dilucidará a continuación, lo que procedería no sería la anulación de la imputación para que se formulara de nuevo con todos los aditamentos que según se dice hicieron falta, sino que bastaría simple y llanamente eliminar del pliego acusatorio todo aquello que fue objeto de corrección y/o ampliación supuestamente indebidas, disponiendo la judicatura que lo fáctico sea única y exclusivamente lo referido al momento de la inicial imputación, y punto. (...)

Debemos tener como punto de partida que el principio de congruencia consagrado en el artículo 448 C.P.P. hace parte de ese cúmulo de garantías que el artículo 29 Superior ha denominado como debido proceso. Según los postulados de dicho principio, se exige que entre la acusación y la sentencia exista una especie de relación de consonancia o de correspondencia en lo que tiene que ver con los hechos y la calificación jurídica dada a los mismos, lo que quiere decir que los cargos formulados en la acusación, en su contexto fáctico-normativo, deben ser los mismos o afines a aquellos por los cuales en la sentencia se declara la responsabilidad del acriminado...

Es cierto igualmente, como así lo refiere el letrado que impugna, que la formulación de la imputación, en su aspecto fáctico, se convierte en un limitante que debe ser tenido en cuenta a lo largo del proceso...

[2019-02582 \(A\) - Nulidad. Por presunta variación fáctica. Principio de congruencia. Incluye aspecto factico. No genera nulidad pedida.](#)

TEMAS: FALSEDAD IDEOLÓGICA DOCUMENTO PÚBLICO / ACEPTACIÓN DE CARGOS / SERVIDOR PÚBLICO / SIN REINTEGRO DE LAS SUMAS APROPIADAS POR EL PROCESADO O POR TERCEROS / NO ES PROCEDENTE DICTAR SENTENCIA ANTICIPADA / DECRETA NULIDAD.

Del recurso interpuesto por el agente del Ministerio Público..., se avizora que su pretensión principal radica en que se modifique la pena impuesta al no poderse tener en consideración el descuento por aceptación de cargos, mismo que se asemeja en todos sus aspectos a un preacuerdo, por no haberse realizado el reintegro de los recursos públicos objeto de apoderamiento, acorde con lo establecido en el dispositivo 349 C.P.P.

De entrada dirá la Sala que comparte el disenso presentado por el señor Procurador, pero se estima que la anomalía detectada amerita una solución diferente a la propuesta. (...)

De la situación fáctica aludida en el presente asunto..., de tiempo atrás la jurisprudencia ha cerrado filas al señalar que de admitirse que solo determinados comportamientos atentatorios contra el bien jurídico del patrimonio económico, o contra la Administración Pública como en el peculado, son idóneos para generar un incremento patrimonial, ello sería tanto como desconocer que existen otras conductas que sirven de medio para obtener la apropiación de recursos del erario público...

... la Sala observa que si la intención del procesado ACR era la de acceder a una rebaja por aceptación de cargos en el delito contra la fe pública, al estar tal conducta inexorablemente ligada a la apropiación de recursos del erario público, en tanto sin las certificaciones por él expedidas no se hubiera podido realizar el desembolso de los dineros, se hacía indispensable el reintegro de las sumas apropiadas conforme lo dispone el canon 349 C.P.P...

Así las cosas, no es posible dar cabida a la solución del problema en los términos en que lo solicita el señor Procurador Judicial, esto es, que se fulmine el proceso de manera anticipada sin dar lugar a la rebaja de pena esperada por el procesado...

Lo correcto es por tanto, que la aceptación de cargos se invalide y que se declare la nulidad de lo actuado con la subsiguiente orden de retrotraer la actuación a la audiencia de formulación de acusación celebrada en enero 17 de 2020, con miras a que se subsane el defecto y se le permita al justiciable acceder a la rebaja por allanamiento a los cargos previo pago de al menos el 50% del incremento patrimonial obtenido por sí o por interpuesta persona, y la garantía del remanente.

[2020-00002 \(A\) - Falsedad ideológica documento público. Aceptación cargos. No devolución incremento patrimonial. Declara nulidad](#)

TEMAS: PRECLUSION DE LA ACCIÓN PENAL / DECLARACIÓN A PETICIÓN DE PARTE / PRINCIPIO DISPOSITIVO / EXCEPCIONES / ANTE CAUSALES OBJETIVAS QUE IMPIDEN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL / PUEDE DECLARARSE DE OFICIO / AGENTES RETENEDORES / SE ASIMILAN A SERVIDORES PÚBLICOS / LES APLICA, POR LO TANTO, EL AUMENTO DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN.

... acorde con la reglamentación que el actual Código de Procedimiento Penal hizo del instituto procesal de la preclusión, en un principio se desprende que la misma solo procedería por petición de parte, por lo que se podría colegir que se le dio prevalencia al principio dispositivo... De igual manera la Colegiatura considera que ello no es absoluto porque de manera excepcional existen unos eventos en los cuales el director del proceso puede proferir de manera oficiosa la preclusión de la actuación procesal.

Tal facultad excepcional que autoriza al Juez de la Causa para proceder en tal sentido está íntimamente relacionada con la naturaleza de las causales de preclusión, sí partimos de la base que algunas de ellas son de estirpe objetiva y otras son subjetivas. De igual manera, en aquellas que hacen parte del grupo de las objetivas se encuentran unas que se caracterizan por constituirse como una especie de obstáculos procesales que a modo de talanquera

impiden e imposibilitan el ejercicio de la acción penal, lo que trae como consecuencia que el proceso no pueda proseguir su normal curso. (...)

Por lo tanto, cuando se presenta en el proceso una circunstancia objetiva que imposibilita el ejercicio de la acción penal, y que de contera obstaculice e impida el normal desarrollo del proceso, es obvio que es deber del Juez, en su calidad de director del proceso..., el hacer todo lo posible y que este a su alcance para superar esos obstáculos procesales, lo que implica que de manera oficiosa deba decidir sobre esa situación frente al escenario de la preclusión...

... del contenido del artículo 368 del Estatuto Tributario en consonancia con lo consignado en el artículo 20 C.P. se desprende que la persona que funge como retenedor del IVA es un particular que ejerce funciones públicas de manera transitoria, siendo estas de manera específica la de fungir como una especie de intermediario en el recaudo del tributo del IVA al realizar la retención en la fuente de dicho impuesto, y por ende es claro que detenta la condición de servidor público, por cuanto, como ya se dijo, está ejerciendo funciones públicas.

Lo anterior implica que el particular encargado de recaudar o de retener el aludido impuesto debe ser destinatario del incremento de los términos de prescripción, como claramente lo preceptúa el artículo 14 de la ley 1474 de 2.011, modificatoria del inciso 6º del artículo 83 C.P.

[2012-05947 \(A\) - Preclusión. Declaración de oficio, por excepción. Agente retenedor. Termino prescripción. Se aumenta](#)

TEMAS: RECURSO DE APELACIÓN / CARGAS PROCESALES DEL RECURRENTE / SUSTENTACIÓN / OPORTUNIDAD PARA HACERLO / DENTRO DEL TÉRMINO CONCEDIDO PARA EL EFECTO / Y ANTES DEL CIERRE DEL DESPACHO.

Entre las cargas procesales que debe asumir quien interpone un recurso de alzada, acorde con lo reglado en el Libro I, Título IV, Capítulo VIII del C.P.P. se encuentran las siguientes:

- Que la providencia opugnada sea susceptible del recurso de apelación.
- Que el recurso sea interpuesto dentro de las oportunidades legales correspondientes y que sea sustentado en debida forma.
- Que la sustentación del recurso tenga lugar dentro de los términos y los plazos establecidos por la ley para proceder en tal sentido, y que se haga ante la autoridad que profirió la decisión confutada dentro del lapso en el que dicho Despacho se encuentre abierto al público.
- Que el recurrente este legitimado para apelar y que le asista un interés jurídico para recurrir.

... la Sala considera que el recurso no se sustentó de manera oportuna, porque si bien es cierto que el escrito de la sustentación le fue remitido al Juzgado A quo vía correo electrónico el último día establecido para la sustentación de la alzada, que correspondería al nueve de junio hogaño, de igual manera, en la actuación está claramente demostrado que dicho memorial fue remitido al buzón de correos electrónicos del Juzgado de primer nivel a las 21:38 horas de esas calendas, o sea cuando dicho Despacho Judicial se encontraba cerrado al público, por lo que no existiría duda alguna de la extemporaneidad de la sustentación de la alzada. (...)

Según lo regulado en los incisos... 4º del artículo 109 del C.G.P. los cuales son del siguiente tenor:

“Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término...”

[2016-03674 \(A\) - Recurso de apelación. Sustentación. Oportunidad. En término y antes cierre del Juzgado. Se declara desierto.](#)

TEMAS: PREACUERDOS / CUANTÍA DEL REINTEGRO / EN CASOS DE COAUTORÍA / DEPENDE DE LA MODALIDAD DE LA MISMA / SI ES PROPIA, BASTA RESTITUIR EL MONTO OBTENIDO CON EL INCREMENTO PATRIMONIAL ILÍCITO / SI ES IMPROPIA, CADA COAUTOR DEBE RESTITUIR LA TOTALIDAD DE DICHO INCREMENTO.

La controversia surgida en el presente asunto gira en determinar sí cuando varias personas, en calidad de coautores, cometen un delito que les generó un incremento patrimonial, en caso que alguno de ellos haya decidido someterse a la modalidad de la terminación anticipada de los procesos vía preacuerdo, para la procedencia de la aprobación del preacuerdo, acorde con las exigencias del artículo 349 C.P.P. debe restituir de manera integral el 50% del valor equivalente al incremento patrimonial obtenido, o si por el contrario dichas personas solo deben restituir una suma que a prorrata sea el equivalente al incremento patrimonial que de manera individual obtuvo con la comisión del delito. (...)

Frente a la anterior controversia la Sala desde ya dirá que no le asiste la razón a los reproches formulados por la apelante, porque el fenómeno del reintegro consagrado en el artículo 349 C.P.P. como requisito para la aprobación de un preacuerdo cuando en la comisión de un delito, que por su naturaleza implica un incremento patrimonial, en el que intervienen varias personas, debe ser analizado a la luz de las disposiciones consagradas en el inciso 2º del artículo 29 C.P. que regula el fenómeno de la coautoría. (...)

... al confrontar dichas modalidades de la coautoría con el aludido requisito del reintegro consagrado en el artículo 249 C.P.P. la Sala válidamente puede concluir que en aquellos eventos en los cuales se esté en presencia de una coautoría propia, también conocida por la doctrina como pluriautoría, en virtud de la cual, por la naturaleza del delito, los sujetos agentes hubieren percibido un incremento patrimonial, para la procedencia del requisito del reintegro es factible que el interesado pueda restituir en consonancia con el monto específico de la utilidad que obtuvo, o sea que se puede parcelar o prorratar el incremento patrimonial percibido entre cada uno de los pluriautores...

En cambio, cuando se está en presencia de una coautoría impropia, por regir en la misma el principio de la imputación recíproca, el cual, como se sabe, implica que «La producción del resultado típico es producto de la voluntad común...», es obvio que cada uno de los coautores deba responder de manera integral por el delito perpetrado y querido por todos Ellos sin importar lo que cada uno de manera individual haya efectuado en el devenir del iter criminis.

ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

... mi discrepancia puntual radica básicamente en que se haya ensayado en la ponencia una tesis que, si bien es teóricamente cierta, en la práctica conlleva un difícil y quizá inapropiado ejercicio de ponderación. Me refiero al hecho de que se diga que los jueces deben analizar en cada caso concreto si se está en presencia de una coautoría propia o pluriautoría, o si por el contrario de lo que se trata es de una coautoría impropia o recíproca.

Desde luego, no se discute, que esa división conceptual dentro de la figura del llamado “concurso de personas” en la conducta punible existe, es real, y conlleva diversos efectos jurídicos en relación con el tema de la responsabilidad penal. Sin embargo, y es allí donde radica mi preocupación, la aplicación de esa división ontológica en el terreno de los requisitos para acceder a una negociación consensuada, antes que generar la pretendida equidad a la que se aspira, al final termina ocasionando incoherencias frente a otros escenarios en los cuales igualmente se debe valorar el pago o el reintegro de lo ilícitamente apropiado por todos los copartícipes, llámense determinadores, autores, coautores o cómplices.

[2017-05452 \(A\) - Preacuerdos. Reintegro. En coautoría. Depende de modalidad. Propia, la parte obtenida. Impropia, todo \(AV\)](#)

TEMAS: NULIDADES PROCESALES / OPORTUNIDAD PARA SOLICITARLAS / PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN / IMPROCEDENCIA DE INCLUIR PUNTOS NUEVOS AL MOMENTO DE APELAR / CONCRESIÓN AL PROPONERLAS.

Reclama el recurrente la nulidad de la actuación procesal porque en su sentir se vulneraron el debido proceso y el derecho a la defensa con las actuaciones acaecidas a partir del momento en el que un Juzgado Promiscuo Municipal, con funciones de control de garantías, que no era el competente por el factor territorial, libró las ordenes de capturado en contra de los procesados. Para la Sala no puede ser de recibo tal petición de nulidad procesal porque se está en presencia de un asunto que debió debatirse al momento de realizarse la audiencia preliminar de legalización de la captura del procesado y no ahora...

Decimos lo anterior, porque es necesario recordar que en nuestro sistema procesal penal existe el principio de preclusión o de la eventualidad, el cual es uno de los principios rectores del derecho procesal, el que según las voces del artículo 26 C.P.P. tiene carácter prevalente. (...)

... la Sala dirá que no se pronunciará en lo atinente a quiénes son las víctimas de los hechos acá denunciados, por cuanto ese fue un tema novel propuesto por el recurrente al momento de sustentar la alzada, y por ende la A quo no hizo pronunciamiento alguno frente al mismo y mal haría la Colegiatura entonces en pronunciarse de fondo, más aún cuando hasta el momento, los representantes judiciales de esas entidades no han tenido la oportunidad de explicar las razones por las cuáles se les debe reconocer en este proceso la calidad de víctimas. (...)

En punto del segundo tema propuesto, esto es la necesidad de que se determine la cuantía respecto de la cual se le está endilgando a la señora ECAA el delito de hurto por medios informáticos, resulta necesario recordar que a ella este reato se le imputo en calidad de coautora... lo que quiere decir que ella debe responder no por una mínima parte del total obtenido como resultado del hurto, sino que dado el designio común que hubo entre ella y los demás coautores del delito, todos deben responder por el todo así como por los efectos colaterales que de él se desprendan...

... si lo que siente la Fiscalía es que en definitiva carece de EMP y EF para llevar ante la Judicatura a los encartados en este asunto, esto es a MAID y a ECAA, no a los demás capturados cuyo proceso se adelante por una cuerda procesal diferente, por todos los delitos que les fueran endilgados durante la imputación, entonces el camino que debe elegir no es el de proponer una nulidad absoluta de todo lo actuado, sino el de observar qué puede y que no puede probar y con base en ello entonces solicitar la preclusión de la actuación penal por aquellos reatos que no pueda demostrar tal como lo establece el art. 332 del C.P.P.

Por otra parte, sí consideraba que en el presente asunto tuvo lugar una errónea calificación jurídica, en vez de acudir a la declaratoria de nulidad, acorde con los postulados del principio de la residualidad, podía acudir a la herramienta de la variación de la calificación jurídica, siempre y cuando se cumplan con los requisitos exigidos por la línea jurisprudencial que en tal sentido ha trazado la C.S.J...

[2018-00250 \(A\) - Nulidades procesales. Oportunidad para proponerlas. Preclusión. Improcedencia de temas nuevos al apelar](#)

TEMAS: PREACUERDOS / NO APROBACIÓN / LEGITIMACIÓN DE LA DEFENSA PARA APELAR ESTA DECISIÓN / CAUSACIÓN DE UN PERJUICIO / REQUISITOS DE LOS PREACUERDOS / DEBER DE LOS JUEZ DE VERIFICAR SU CUMPLIMIENTO.

... el representante del Ministerio Público cuestionó la legitimación que le asistía a la Defensa para fungir en calidad de recurrente en el presente asunto, al proponer la tesis consistente en que si lo que se recurría era una decisión que improbo un preacuerdo presentado por la Fiscalía, y como quiera que la Fiscalía no interpuso recurso alguno..., tal

postura del Ente Acusador en consecuencia afectaba la legitimidad de la Defensa para apelar la decisión improbatória del preacuerdo. (...)

... la Sala es de la opinión consistente en que el Juzgado de primer nivel estuvo atinado cuando procedió a conceder el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la providencia confutada, por cuanto para la Colegiatura no existe duda alguna que la Defensa sí estaba legitimada para fungir como apelante, por lo siguiente:

Uno de los requisitos que se debe cumplir para la procedencia y la prosperidad de un recurso es el del interés para recurrir, el cual está relacionado con que «El sujeto procesal, parte o interviniente, solamente puede interponer el medio de gravamen (con el correlativo derecho a que se estudie el fondo de su propuesta) en cuanto la decisión cuestionada, o la parte pertinente de ella, le hubiere causado un daño, un agravio, un perjuicio...

... solo después de pasar por el tamiz de la Judicatura, es que empezarán a dimanar los efectos vinculantes de los preacuerdos, y para ello, a fin de determinar cuándo lo pactado entre las partes podría generar una eventual vulneración de derechos y garantías fundamentales, al efectuar el aludido control de legalidad, los Jueces de Conocimiento les asiste el deber de verificar, entre otros, que lo pactado cumpla con los siguientes requisitos:

- Que exista un mínimo probatorio que desvirtúe la presunción de inocencia que le asiste al procesado...
- Que el acto procesal de terminación abreviada del proceso no esté afectado por ningún tipo de vicio del consentimiento...
- Que no exista ninguna prohibición o limitación, constitucional o legal, que condicione o proscriba la celebración del acuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa.
- En aquellos casos en los que el procesado haya obtenido un incremento patrimonial como consecuencia de la comisión del delito, debe restituir de manera integral el 50% del valor equivalente al incremento patrimonial percibido, y garantizar el cumplimiento del pago del remanente. (...)
- Verificar que al procesado no se le conceda un doble beneficio...
- Constatar que los preacuerdos cumplan con los fines consagrados en el artículo 348 C.P.P., entre ellos el aprestigiamiento de la administración de justicia...
- En los casos que se tasan penas, los preacuerdos deben ser acordes con las premisas que orientan el principio de legalidad...
- Que lo acordado entre las partes tenga un supuesto fáctico que lo respalde, razón por lo que las partes en las estipulaciones no pueden desconocer el núcleo de los cargos imputados o acusados

ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

... el interés que me anima para hacer la presente aclaración de voto, radica en la necesidad de que por parte de los sujetos procesales que actúan o actuarán en el presente trámite, se tome nota acerca de lo que en su oportunidad sostuvo el órgano de cierre en materia penal. Muy concretamente, que no pase inadvertido lo aseverado por esa Alta Corporación con respecto a lo que debe acontecer en los delitos contra la Administración Pública, en el entendido que lo que corresponde reintegrar o restituir por parte del o los acusados a efectos de poder acceder a un preacuerdo acorde con el artículo 349 C.P.P., no es el 50% sino el 100% de lo obtenido ilícitamente, dado que cuando se trata de dineros públicos no existe la posibilidad de llegar a conciliaciones o transacciones.

[2018-00372 \(A\) - Preacuerdos. Requisitos. Control jurisdiccional. Legitimación de la defensa para apelar decisión adversa \(AV\)](#)

TEMAS: DESCUBRIMIENTO PROBATORIO / INFORME BASE DE OPINIÓN PERICIAL / TÉRMINO: MÍNIMO 5 DÍAS ANTES DEL JUICIO / Y NO ANTES DEL TESTIMONIO DEL PERITO / SANCIÓN EN CASO DE INCUMPLIRLO / RECHAZO DE LA PRUEBA, PERO SÓLO SI FUE POR CAUSA IMPUTABLE AL AFECTADO.

La controversia surgida en el presente asunto gira en torno a determinar, acorde con lo consagrado en el artículo 415 C.P.P., a partir de qué momento empieza a contabilizarse el término de cinco días en el que debe ser puesto a conocimiento de la contraparte el informe que sería la base de la opinión pericial de lo que un experto habrá de declarar en el juicio. Así, tenemos que para el Juzgado A quo, secundado por la Fiscalía, dicho término correspondería a cinco días antes de la fecha programada para el testimonio del perito en el juicio; mientras que la Defensa aduce que el término de marras es de cinco días antes de la instalación del juicio.

Frente a la anterior polémica, la Sala desde ya dirá que le asiste la razón a la Defensa, por cuanto de una adecuada hermenéutica de las disposiciones consagradas en el aludido artículo 415 C.P.P. se desprende, sin hesitación alguna, que el término que tiene una de las partes para poner en conocimiento de su contraparte el informe base de la opinión pericial de lo que eventualmente declarará un experto en el juicio es el de cinco días antes de la instalación del juicio. (...)

... para la Sala no existe duda alguna que le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente, pero la solución en el presente asunto no será la aplicación de la sanción procesal del rechazo, como lo pretende el apelante, porque dicha sanción no procede de facto sino como una consecuencia de un acto inexcusable de la parte obligada a descubrir, como bien se desprende del contenido de lo regulado en el artículo 346 C.P.P. en cual es del siguiente tenor:

“Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada...” .

Lo antes expuesto nos quiere decir que la aludida sanción procesal no procedería en aquellos eventos en los cuales la parte obligada a cumplir con el descubrimiento haya podido justificar de manera plausible el por qué incumplió con esos deberes. (...)

... considera la Sala que pese a que la Fiscalía no descubrió dentro de las oportunidades de ley el informe base de la opinión pericial de lo que eventualmente habría de declarar en el juicio el experto VÍCTOR HUGO LAVERDE. De igual forma, el Ente Acusador pudo justificar válidamente el por qué no pudo cumplir de manera oportuna con tales deberes, lo cual, como ya se dijo, tornaría en improcedente la sanción procesal del rechazo.

ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

En mi criterio, la Sala Mayoritaria debió mantener vigente el entendimiento que ya se había adoptado por parte de esta Corporación en múltiples ocasiones anteriores -entre ellas decisión del seis 06 de abril de 2017, radicado 660886000062201500041-01, con ponencia de quien suscribe esta aclaración de voto- en las cuales se dejó debidamente analizado, de fondo, el por qué se debía hacer primar una interpretación por sobre la otra; esto es, que esos cinco días a los cuales se hace referencia no se contaban “antes del juicio”, sino “antes de la audiencia en donde comparecerá el perito”.

Como eso no sucedió así, es decir, como la Sala Mayoritaria desconoció el precedente horizontal, me siento obligado a exponer los motivos por los cuales me mantengo en idéntico criterio que se traía desde antes. Pero más allá de eso, lo que me corresponde expresar, es que la argumentación que ahora se trae en la ponencia mayoritaria en realidad no protege los principios o garantías procesales que dice proteger.

[2019-01468 \(A\) - Descubrimiento informe base de opinión pericial. Oportunidad. 5 días antes de inicio del juicio. Sanción \(AV\)](#)

SENTENCIAS

TEMAS: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS / PRINCIPIO DE LA INMEDIACIÓN / EVOLUCION JURISPRUDENCIAL COMO CAUSAL DE NULIDAD / ACTUALMENTE SOLO LO ES POR EXCEPCIÓN / IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO.

La defensa en la alzada ha denunciado que la actuación procesal se encuentra viciada de nulidad porque en el trámite del proceso al encausado se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso, lo que tuvo lugar a partir del momento en el que el juicio fue presidido por dos jueces diferentes, lo que para el recurrente se constituyó en una violación del principio de la inmediación. (...)

... con el transcurrir del tiempo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha asumido una actitud pragmática con la que ha modulado los rigores de los aludidos principios de inmediación e inmutabilidad, al consagrar una serie de excepciones que inhibían la declaratoria de nulidad de la actuación procesal en caso que en el devenir del juicio tuviera ocurrencia un cambio de Juez.

Entre las excepciones que a nivel jurisprudencial han modulado los alcances primigenios del principio de la inmediación en la modalidad de la inmutabilidad del juez, bien vale la pena destacar las siguientes:

(...) ii) En las hipótesis en las cuales existan menores de edad como víctimas y durante el juicio se haya presentado cambio de juez, el nuevo funcionario podía dictar sentencia, sin necesidad de anular el proceso, acudiendo a los registros técnicos de las grabaciones de las audiencias. Tal situación no implicaba una violación del principio de inmediación, pues ello es una consecuencia de aplicar el principio “pro infans”, con el cual se evitaba una revictimización de los menores con la celebración de un nuevo juicio. (...)

Posteriormente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia de casación del doce (12) de diciembre de 2012, radicado 38.512, de manera tajante limitó aún más las consecuencias procesales que generarían la eventual vulneración de dichos principios, los que, según el decir de la Corte, no son absolutos por no hacer parte del núcleo esencial del debido proceso. (...)

Por otra parte, la Sala no puede desconocer que acorde con el contenido del artículo 128 C.P.P. se le impuso al ente acusador la obligación de identificar e individualizar al procesado, por lo que la consecuencia que podría generar el incumplimiento de dicha obligación no sería otra diferente de la que no podrá salir airosa en sus pretensiones punitivas, porque para que se pueda proferir una sentencia condenatoria en contra de una persona, además del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. también se torna como indispensable que el procesado se encuentre plenamente individualizado e identificado.

[2012-00240 \(S\) - Actos sexuales abusivos. Principio de inmediación. Generalidad por excepción. Identificación procesado](#)

TEMAS: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS / CON MENOR DE 14 AÑOS / TESTIMONIO DE LAS VÍCTIMAS / LIBRE APRECIACIÓN / VALORACIÓN EN CONJUNTO CON LAS DEMÁS PRUEBAS DEL PROCESO.

... algo que es propio y característico de los delitos sexuales, los que han sido catalogados por la criminología como “delitos de alcoba”, es que el testimonio de la víctima, en muchas ocasiones, es la única prueba de cargo habida en contra del acusado, lo cual se debe a que el perpetrador, en la gran mayoría de los casos, para saciar su libido con ventaja y sobreeseguro, y bajo el cobijo de un relativo manto de impunidad, alevosamente saca provecho de la intimidad en la que se desarrollan tales eventos lujuriosos...

... lo antes expuesto, no quiere decir que las atestaciones rendidas por las víctimas de delitos sexuales, en especial cuando estas son menores de edad, pese a “la especial confiabilidad que ameritan”, no necesariamente conlleva un mandato para que el juzgador de instancia, de manera ciega y servil, automáticamente le conceda credibilidad a los dichos de la víctima..., lo cual sería un sofisma que contrariaría con uno de los principios basilares con los que se soporta el derecho probatorio, como lo es el principio de la “libre apreciación”, en virtud del cual, para poder llegar a dicha meta, o sea la credibilidad que dimanaría del testimonio de las víctimas, se torna necesario que el funcionario judicial haya confrontado y cotejado las declaraciones del ofendido con el resto del acervo probatorio, para de esa forma determinar cuál sería el poder suasorio o el grado de convicción que amerita esa prueba. (...)

Esta Colegiatura considera que le asistió razón a la juez de primer nivel al establecer que en el proceso existen ciertos elementos de juicio que de una u otra forma repercuten de manera favorable en el del grado de credibilidad que tendrían los testimonios rendidos por las víctimas, por lo que no pueden ser de recibo los reproches formulados por el apelante en contra del fallo confutado, porque en ningún momento la A quo incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el recurrente.

[2013-00769 \(S\) - Actos sexuales abusivos. Testimonio de la víctima, menor de edad. Valoración con otras pruebas del proceso](#)

TEMAS: INASISTENCIA ALIMENTARIA / TIPO PENAL DE CONDUCTA PERMANENTE Y DE TRACTO SUCESIVO / ELEMENTOS QUE LO ESTRUCTURAN / QUE EL INCUMPLIMIENTO SEA SIN JUSTA CAUSA / CARGA PROBATORIA DE LA FISCALÍA / DEMOSTRAR LA SOLVENCIA ECONÓMICA DEL PROCESADO.

En el canon 233 del CP se estableció la correspondiente consecuencia jurídica para la persona que realice el supuesto de hecho allí descrito, es decir, que se sustraiga sin justa causa a la prestación alimentaria debida a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero permanente, con lo cual se busca proteger a la familia, garantizando la asistencia para el beneficiario...

Tradicionalmente la jurisprudencia pertinente sobre la materia ha definido este tipo penal como de conducta permanente y de tracto sucesivo, en virtud de que el proceso de consumación comienza con el incumplimiento de la prestación debida y se prolonga durante todo el lapso que dure la omisión...

Como dentro de los elementos estructurales del tipo en mención, el legislador incluyó el ingrediente normativo “sin justa causa”, la jurisprudencia pertinente ha precisado los alcances de ese concepto jurídico, así:

“... Cualquiera sea la postura dogmática que se asuma, lo cierto es que la carencia de recursos económicos no sólo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino -a fortiori- la deducción de la responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae al cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad (art. 40-1 Código Penal)...”

... la Sala concluye que en este caso la FGN no acreditó que la conducta omisiva que se atribuye al procesado, consistente en el incumplimiento en el pago de sus obligaciones alimentarias entre los años 2013 y 2017, se hubiera producido sin justa causa, ya que no se probó qué en ese interregno el señor CAGG hubiera tenido algún empleo o desempeñara alguna actividad productiva, que le permitiera cumplir con las prestaciones económicas en favor de JDGC, fuera de que no se desvirtuaron las manifestaciones del procesado sobre sus reveses económicos...

[2016-01649 \(S\) - Inasistencia alimentaria. Sin justa causa. Carga probatoria de la Fiscalía, demostrar ingresos del procesado](#)

TEMAS: LESIONES PERSONALES CULPOSAS / RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO / PRINCIPIO DE SELECCIÓN PROBATORIA / CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS / ACTIVIDAD RIESGOSA / DEBER DE PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO DE LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL / ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL /

En aplicación del principio de selección probatoria se prescindirá del examen de los testimonios y pruebas introducidas con los testigos Erwin Montoya Zapara..., Hernán Villa Mejía... y del galeno Jorge Federico Gartner Vargas..., ya que el recurrente no controvertió la existencia del hecho ni los resultados que se produjeron en la integridad de las personas antes mencionadas. Lo anterior de acuerdo a lo decidido por la CSJ SP en providencia del 21 de octubre de 2013, radicado 39611, en la que se estableció lo siguiente:

“[E]l juzgador [...] no está obligado a hacer un examen exhaustivo de todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, ni de todos y cada uno de sus extremos asertivos, porque la decisión se haría interminable, sino de aquellos que considere importantes para la decisión a tomar, de suerte que sólo existirá error de hecho por omisión o mutilación de la prueba cuando aparezca claro que el medio, o un fragmento del mismo, fue realmente ignorado, siendo probatoriamente relevante”. (...)

... en aplicación del principio de necesidad de prueba que establecen los artículos 372 y 381 del CPP, se puede concluir que en el caso sub examen existía prueba suficiente para declarar la responsabilidad del procesado, puesto que con la referida maniobra de adelantamiento realizó un acto contrario a sus deberes en el ejercicio de una actividad riesgosa como la conducción de automotores, lo que conllevó al resultado que se produjo, lo cual permite subsumir su conducta en el tipo de lesiones personales en modalidad culposa.

... la posición particular del señor ARZS frente a sus deberes de protección del bien jurídico de la vida y la integridad personal, que se tienen que resignificar a partir del concepto del deber de garante que le correspondía asumir en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 del CP, tema que ha sido examinado en la jurisprudencia de la SP de la CSJ...

“(...) El artículo 25 de la Ley 599 de 2000 es la fuente de dicha responsabilidad al disponer que la posición de garante asignada por la Constitución o la ley impone al sujeto el deber jurídico de impedir la ocurrencia del resultado típico y lo hace responsable por su acaecimiento. Dice al respecto la disposición en cita:

“Artículo 25. (...) Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”. (...)

... se concluye que si el procesado hubiera observado la debida diligencia y se hubiera abstenido de llevar a cabo la maniobra de adelantamiento de la volqueta que lo precedía, no se habría presentado la colisión con el vehículo particular y por ende su comportamiento imprudente se tradujo en un incremento del nivel de riesgo permitido que tuvo injerencia en el resultado producido; situación que es la que finalmente determina la existencia de una relación causal entre la conducta del acusado y las lesiones sufridas por los afectados.

[2019-00089 \(S\) - Lesiones culposas. Conducción de vehículos. Actividad riesgosa. Deber de protección de los bienes jurídicos](#)

TEMAS: INASISTENCIA ALIMENTARIA / ELEMENTOS CONSTITUTIVOS / PAGO EN PROCESO CIVIL ADELANTADO SIMULTÁNEAMENTE / SURTE EFECTOS EN EL PROCESO PENAL / ABSOLUCIÓN DEL PROCESADO.

La a quo se inclinó por la postura de la absolución, como así lo decretó al considerar que de lo acreditado en juicio se advierte que en efecto el procesado ya no adeuda cuotas alimentarias al momento en que la Fiscalía adelantó el trámite penal, todo ello derivado del pago total que realizó por los períodos objeto de acusación...

... respecto a tal posición solo mostró disenso el apoderado de víctimas, con miras a reiterar que contrario a lo indicado por juzgadora, en este caso se corroboró que el acusado sí incurrió en la ilicitud por cada mes que dejó de cumplir su obligación alimentaria, al tratarse de una conducta de tracto sucesivo en la cual no se afecta el patrimonio económico sino la familia...

El delito de inasistencia alimentaria, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación penal, tiene como elementos constitutivos a saber: (i) la existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado; (ii) la sustracción total o parcial de la obligación; y (iii) la inexistencia de una justa causa, es decir, que la estructuración del incumplimiento ocurra sin motivo o razón que lo justifique. (...)

De la situación aludida se evidencia que la señora ISABEL CRISTINA VARGAS casi que de manera paralela dio iniciación a las acciones de índole civil ante la jurisdicción de familia...; es decir, que de manera simultánea acudió ante la justicia penal para que se investigara la conducta de inasistencia alimentaria..., sin dejar de lado claro está, que en efecto lo que surja de la vía civil sí puede tener implicaciones en la penal, como así lo ha decantado desde otrora la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal al sostener:

“Al juez penal le compete verificar si emerge el deber de dar alimentos, si el obligado a ellos en efecto incumplió y si no converge causal de justificación. De manera que si en un juicio de alimentos, de divorcio o de nulidad de matrimonio se comprueba sin ambages que el obligado cumplió con su compromiso, la jurisdicción penal, en principio, no puede desconocer esa declaración hecha, en cuanto el asunto ya fue debatido y resuelto con rango de cosa juzgada.

“En efecto, quien ya cumplió con su obligación y dicha declaración consta sin equívocos en una sentencia judicial proferida por la jurisdicción civil, es claro que no incurre en delito alguno, en cuanto falta uno de los supuestos exigidos por la norma”. (...)

[2015-01108 \(S\) - Inasistencia alimentaria. Pago en proceso civil simultáneo. Efectos en el proceso penal. Absolución procesado](#)

TEMAS: HURTO CALIFICADO / INDEMNIZACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIOS / REQUISITOS / DEBER DEL JUEZ DE VERIFICAR SU MATERIALIZACIÓN / INCIDENCIA EN LA DOSIFICACIÓN PUNITIVA.

Por parte del apoderado de víctimas inconforme no se cuestiona la responsabilidad aceptada por los coprocesados por vía de un allanamiento simple y puro, sino que su censura va dirigida a la concesión a favor de los mismos de la diminución de pena a la que hace alusión el canon 269 C.P., esto es, por la indemnización integral de perjuicios, la que en su sentir no se realizó en este preciso evento. (...)

Surge evidente que la a quo tuvo en consideración lo consagrado en el canon 269 C.P. para proceder a disminuir la pena fijada a los señores MAGC Y OTROS, al estimar que los mismos indemnizaron de manera integral a las empresas afectadas con esa ilicitud. (...)

Respecto a tal circunstancia, señaló el ahora recurrente que se envió correo electrónico en marzo 06 de 2020 a uno de los abogados, a quien se le comunicó el monto de los perjuicios ocasionados y que ascendía a la suma de \$3'013.958.76..., habiéndose enterado con posterioridad a la emisión de la sentencia de condena que por parte de la defensa se consignó la suma irrisoria de \$9.250.00 como pago de perjuicios.

En relación con la aplicación de la rebaja a la que hace alusión el artículo 269 C.P., la jurisprudencia ha señalado:

“... la reparación integral demanda probar suficientemente, porque así expresamente lo consagra el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, que “el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”. (...)

... en una muy reciente decisión la Sala de Casación Penal sostuvo:

“De manera que le corresponde al juez verificar las reales condiciones en las que se presenta la reparación integral, con miras a que los derechos de las víctimas no queden expósitos y a la par se le otorgue al procesado una rebaja inmerecida...”

Como si no fuera suficiente que la funcionaria judicial tuviera en consideración esa ínfima cantidad para observar como resarcidos los perjuicios ocasionados a las empresas afectadas, les otorgó además a los coprocesados la máxima rebaja contemplada en el canon 269 C.P., esto es, las $\frac{3}{4}$ partes, o lo que es lo mismo el 75% -como así lo señaló en su fallo-; circunstancia que desde luego tampoco se compadece con lo acaecido.

[2015-04393 \(S\) - Hurto calificado. Indemnización integral. Requisitos. Beneficio punitivo. Deber del juez de verificar el pago](#)

TEMAS: PORTE ILEGAL DE ARMAS / PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA / ANALISIS JURISPRUDENCIAL / GENERA NULIDAD SOLO EN CASOS EXCEPCIONALES / VICIOS EN LA CAPTURA DEL PROCESADO / OPORTUNIDADES PARA ALEGARLOS / PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN / NO ES CAUSAL DE NULIDAD DEL PROCESO / RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO / VALORACIÓN PROBATORIA.

Sobre el tópico de la mutación de funcionario director de la audiencia, se ha establecido jurisprudencialmente que en todo juicio penal deben existir los principios de concentración y de inmediación de la prueba. La inmediación permite al juez percibir de su fuente directa las pruebas y las alegaciones de las partes, mientras la concentración hace posible valorar el acervo probatorio en un período no prolongado, para que lo interiorizado por el juzgador no se desvanezca con el transcurrir del tiempo.

Es claro que esos principios no deben tomarse como absolutos, bajo el entendido que la REPETICIÓN de un juicio para nominalmente preservar los principios de inmediación y concentración, debe ser algo excepcional y estar fundado en motivos serios y razonables. (...)

En otra oportunidad más próxima, la Sala de Casación Penal recogió el criterio según el cual la vulneración o limitación del principio de inmediación implica la afectación del principio de juez natural, dada su inescindible vinculación, al considerar que no es posible extender ese concepto para cobijar los casos en los que el funcionario preexistente y con plena competencia es reemplazado por otro con las mismas calidades. (...)

Señala también la parte recurrente que debe decretarse una nulidad del proceso como quiera que existió un vicio en el procedimiento de captura de su prohijado, el cual se generó como consecuencia de la afectación a la dignidad humana del señor BSM. (...)

Existe, como es sabido, un principio de progresividad y de preclusividad de los actos procesales. Cada petición, cada intervención dentro del proceso, tiene una oportunidad previamente definida, la cual no puede hacerse extensiva a momentos no establecidos, y ello tiene su lógica en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la lealtad procesal, no sólo entre las partes sino frente al Juez en todos sus niveles...

El tema de la privación ilegal de la libertad o su prolongación igualmente ilícita, es situación que escapa al instituto de las nulidades procesales. La jurisprudencia nacional ha indicado que una captura ilegal no da lugar a la nulidad por violación al debido proceso, por existir mecanismos diferentes para corregir el acto atentatorio...

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para emitir una sentencia de condena es indispensable que el juzgador llegue al convencimiento más allá de toda duda, no solo frente a la existencia de la conducta punible atribuida, sino también en cuanto a la responsabilidad de las personas involucradas, con fundamento en las pruebas legal y oportunamente aportadas al juicio.

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso, existe duda sobre la forma en la que acaecieron los hechos que dieron origen a esta actuación, toda vez que las declaraciones de los uniformados que participaron en el operativo no coinciden...

Para la Colegiatura, en contraposición a lo considerado por el letrado impugnante y en consonancia con lo concluido por la sentenciadora de primera sede, la valoración de los medios de conocimiento fue apropiada y conforme con las reglas de la sana crítica.

2017-00003 (S) - Porte ilegal de armas. Principio de concentración. Nulidad excepcional. Vicios en la captura. No genera nulidad

TEMAS: HOMICIDIO / ACEPTACIÓN DE CARGOS / NULIDAD / POR FALTA DE DEFENSA TÉCNICA / ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL / CASOS EN QUE SE PRESENTA / NO SE GENERA SOLO POR DIFERENCIA DE CRITERIO DE OTRO APODERADO / IRRETRACTABILIDAD DEL ALLANAMIENTO / NO PUEDE BUSCARSE POR LA VÍA DE LA NULIDAD.

Indica el profesional del derecho que en este asunto se incurrió en vulneración a los derechos y garantías fundamentales de la señora PABR, por cuanto fue inducida al error, en tanto quien la representaba no le explicó las consecuencias de su aceptación, le ocultó que podría controvertir las pruebas en juicio oral, y por ende la misma, en su criterio, no debía aceptar cargos, al existir pocos elementos con los cuales la Fiscalía podría demostrar su responsabilidad...

... el derecho de defensa técnica puede ejercerse de diversas formas, es decir, cada defensor tiene la posibilidad de definir su propia estrategia defensiva, y para establecerse la vulneración a tal derecho, como consecuencia de la actuación adelantada por un defensor de oficio, la Corte Constitucional ha expresado que debe ponderarse lo siguiente:

“(i) Que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada...

(ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o no hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia...

(iii) Que la falta de defensa técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial respectiva...

Posteriormente, el órgano de cierre en materia penal CSJ SP, 18 ene. 2017, Rad. 48128, añadió:

“La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho”. (...)

Como es sabido, a voces del artículo 293 CPP, una vez el juez de conocimiento examina y verifica que el acuerdo celebrado entre la procesada y la Fiscalía fue voluntario, libre y espontáneo, procede a aceptarlo, momento a partir del cual no es posible la retractación.

Y en este asunto en particular, la argumentación del actual apoderado lo que da a entender es precisamente eso, que por medio de una petición de nulidad lo que se pretende es aniquilar los efectos propios de una de las formas de terminar anticipadamente el proceso, muy a pesar de haber surgido a la vida jurídica con el pleno

acatamientos de las reglas procesales, con miras, como así se entiende de su recurso, para obtener quizá una rebaja mayor a favor de su defendida, evento en el cual se acudiría a una terminación anticipada, o en su defecto se afrontaría el juicio oral para dilucidar algunos de los interrogantes que en su sentir allí deberían despejarse y a los que hizo mención en la alzada...

[2017-01841 \(S\) - Homicidio. Aceptación de cargos. Defensa técnica. Nulidad por excepción. Irretractabilidad del allanamiento](#)

[2019-01533 \(S\) - Homicidio. Aceptación de cargos. Defensa técnica. Nulidad por excepción. Irretractabilidad del allanamiento](#)

TEMAS: ESTAFA / TESTIGO DE ACREDITACIÓN / NO ES NECESARIO PARA INCORPORAR DOCUMENTOS AUTÉNTICOS / IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO / REQUISITO PARA DICTAR SENTENCIA CONDENATORIA / ADECUACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE ESTAFA / ELEMENTOS NECESARIOS.

... ese requisito del testigo de acreditación no era algo necesario para introducir al proceso unos documentos catalogados de auténticos, como bien lo ha destacado la Corte de la siguiente manera:

“La Corte juzga necesario reconsiderar parcialmente ese criterio y retomar de nuevo aquel según el cual el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, de tal manera que aquellos que gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada”. (...)

... para que se pueda proferir una sentencia condenatoria en contra de una persona, además del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P., también se torna como indispensable que el procesado se encuentre plenamente individualizado e identificado. Sobre lo anterior, la Corte ha dicho:

“Como se observa, las irregularidades derivadas de la omisión o errores en la identificación o individualización del acusado, resquebrajan el debido proceso, en concreto, las formas que lo estructuran, al ser la identificación, o en este caso la individualización del procesado, un presupuesto procesal para emitir sentencia, y al desconocerse los preceptos procedimentales que exigen la demostración de esa circunstancia como fin propio del trámite, pues el ordenamiento procesal penal impone su acreditación, es clara la trasgresión de esta garantía...”

Pese a lo antes dicho, la Sala considera que en el presente asunto existían otras pruebas que fueron allegadas correctamente al proceso, con las cuales se lograba individualizar e identificar a los procesados...

... los elementos necesarios para la adecuación típica del delito de estafa vendrían siendo los siguientes:

“i) Que el sujeto agente emplee artificios o engaños sobre la víctima.

“ii) Que la víctima incurra en error por virtud de la actividad del sujeto agente.

“iii) Que debido a esta falsa representación de la realidad (error) el sujeto agente obtenga un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, y,

“iv) Que este desplazamiento patrimonial cause un perjuicio ajeno correlativo”.

[2016-01071 \(S\) - Estafa. Adecuación típica. Elementos. Testigo de acreditación. Identificación e individualización del procesado](#)

ACCIONES DE TUTELA

TEMAS: DERECHO DE PETICIÓN / CARACTERÍSTICAS / SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CARGA PROBATORIA DEL ACCIONANTE / ACREDITAR QUE FORMULÓ EL DERECHO DE PETICIÓN.

La acción de amparo se encuentra regida por el principio de subsidiariedad, ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes, lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela.

Con respecto al derecho fundamental consagrado en el artículo 23 de la norma superior comprende la posibilidad de presentar peticiones respetuosas ante las autoridades, facultad que está garantizada con la obligación que a éstas les asiste de dar trámite a la solicitud, sin que exista argumento alguno para negar su admisión o iniciar los trámites necesarios para dar la respuesta, la cual debe ser oportuna y emitida dentro de los términos legales establecidos en el ordenamiento jurídico. La petición debe ser resuelta de fondo, refiriéndose de manera concreta a los asuntos planteados y comunicando prontamente lo decidido, independientemente de que la respuesta sea favorable o adversa a los intereses del peticionario. (...)

...la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el interesado en que se le conteste una solicitud, deberá aportar la prueba de que elevó un derecho de petición, y en ese sentido determinar a quién le asiste la obligación de responder, tal como se pronunció esa Corporación cuando de la siguiente manera:

“La carga de la prueba en uno y otro momento del análisis corresponde a las partes enfrentadas: debe el solicitante aportar prueba en el sentido de que elevó la petición y de la fecha en la cual lo hizo, y la autoridad, por su parte, debe probar que respondió oportunamente.” (...)

... esta Sala considera que la parte actora no ha recibido respuesta a la petición remitida al correo electrónico csjabuc@cendoj.ramajudicial.gov.co, toda vez que esa dirección es errada o inexistente, si se tiene en cuenta la constancia expedida por la Secretaria de esta Sala en la que se advierte que el auto admisorio de la presente demanda de tutela fue notificada al Centro de Servicios Administrativos de los JEMPS al correo electrónico csjebuc@cendoj.ramajudicial.gov.co ...

Consecuentemente, no existe prueba alguna que el Centro de Servicios Administrativos de los JEPMS de Bucaramanga hubiera recibido la solicitud que aduce el actor no fue contestada; y en tal virtud, no puede concluirse la vulneración del derecho fundamental de petición reclamado.

[T1a 2020-00112 \(S\) - Derecho de petición. Características. Carga probatoria del accionante. Demostrar que formulo la petición](#)

TEMAS: DERECHO A LA SALUD / NATURALEZA FUNDAMENTAL / LIPECTOMÍA ABDOMINAL / TRASCENDENCIA DE LOS CONCEPTOS MÉDICOS Y ACATAMIENTO POR LAS EPS.

Sea lo primero reiterar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que concluyó que la salud es un derecho fundamental autónomo que debe ser respetado y protegido cuando se advierte algún tipo de amenaza o vulneración (Sentencia T-760 de 2008):

“(...) 3.2.1.3. Así pues, considerando que son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible

en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud...”

Por su parte, la ley 1751 de 2015 en su artículo 15 dispone:

“... ARTÍCULO 15. PRESTACIONES DE SALUD. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”. (...)

En lo que fue objeto de impugnación, la NUEVA EPS insiste que la intervención quirúrgica solicitada por la joven Avellanada Grajales es con fines estéticos y que además, la actora no había aportado orden médica al respecto; no obstante, esta Sala considera que el concepto emitido por el Dr. Carlos Mauricio Ramírez cobra una vital importancia por la forma en que explicó no solo los procedimientos y atenciones que le ha brindado a la accionante, sino porque fue muy enfático en afirmar que “lipectomía abdominal por aspiración y lipo a transferencia a miembros inferiores” tiene un fin primordial como lo es “... dar mayor cobertura a los músculos de los miembros inferiores...”

... la Corte Constitucional ha afirmado que ante la existencia de un concepto técnico de un profesional especializado, la EPS no puede simplemente negar o dilatar la práctica del procedimiento afirmando que no es funcional, sino que debe desplegar las acciones necesarias para consolidar un diagnóstico serio y de fondo, que explique en detalle las razones por las cuales la cirugía solicitada no es funcional.

[**T2a 2020-00033 \(S\) - Derecho a la salud. Naturaleza fundamental. Acatamiento de los conceptos médicos. Lipectomía abdominal**](#)

TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / NATURALEZA FUNDAMENTAL DEL DERECHO / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA RESOLVER ASUNTOS PENSIONALES / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA / ES COMPATIBLE CON LAS PENSIONES DE VEJEZ E INVALIDEZ.

La acción de amparo se encuentra regida por el principio de subsidiariedad, ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes, lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela. De acuerdo con este requisito, la acción de tutela solo será procedente cuando: “(i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable.” (...)

La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela (SU-060 de 2010):

“4.- La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”. (...)

... de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha considerado que para el reconocimiento o restablecimiento de derechos pensionales, la acción de tutela no es la vía judicial apropiada para reclamar su protección, toda vez que dicho asunto es de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso, en tanto se requiere la valoración de aspectos litigiosos de naturaleza legal que escapan a la órbita del juez de tutela. Sin embargo, de manera excepcional, la misma Corte Constitucional ha reconocido y ordenado pagar derechos pensionales por vía de tutela, aún en presencia de otros medios de defensa judicial, cuando se advierte que de tal reconocimiento depende la protección de otros derechos, fundamentales por naturaleza propia. Esta situación es especialmente frecuente en el caso de la pensión de invalidez...

Verificado lo concerniente a la procedibilidad de este trámite constitucional, observa la Sala, sin mayor dificultad, que en cabeza del señor Franco Pescador se encuentran acreditados los requisitos normativos para acceder a la prestación que reclama, no solo por las condiciones de vulnerabilidad en las que encuentra, sino porque el artículo 1° de la ley 860 de 2003 dispone que para acceder a la pensión de invalidez se requiere haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración...

En conclusión, el precedente jurisprudencial indica que: “protege a quienes habiendo cumplido la edad para obtener una pensión no cotizaron el mínimo de semanas exigidas y declararon su imposibilidad de continuar haciéndolo, otorgándoles la opción de acceder a una indemnización, lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma, caso en el cual se descontará de las mesadas correspondientes el valor cancelado con anterioridad por dicho concepto.”

[T2a 2020-00044 \(S\) -Seguridad social. Subsidiariedad. Procedencia excepcional de la tutela para pensiones. Indemnización sustitutiva](#)

TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / NATURALEZA FUNDAMENTAL DEL DERECHO / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA RESOLVER ASUNTOS PENSIONALES.

La acción de amparo se encuentra regida por el principio de subsidiariedad, ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes, lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela. De acuerdo con este requisito, la acción de tutela solo será procedente cuando: “(i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable.” (...)

La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela (SU-060 de 2010):

“4.- La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”. (...)

... de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha considerado que para el reconocimiento o restablecimiento de derechos pensionales, la acción de tutela no es la vía judicial apropiada para reclamar su protección, toda vez que dicho asunto es de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso, en tanto se requiere la valoración de aspectos litigiosos de naturaleza legal que escapan a la órbita del juez de tutela. Sin embargo, de manera excepcional, la misma Corte Constitucional ha reconocido y ordenado pagar derechos pensionales por vía de tutela, aún en presencia de otros medios de defensa judicial, cuando se advierte que de tal reconocimiento depende la protección de otros derechos, fundamentales por naturaleza propia. Esta situación es especialmente frecuente en el caso de la pensión de invalidez...

... la Sala considera, tal como lo hizo la A quo, que no encuentra explicación sobre los motivos por los cuales el actor no adelantó con la debida diligencia las gestiones oportunas para obtener el dictamen de pérdida de capacidad laboral, si en su sentir desde el año 2014 la enfermedad le impedía laborar, pero aun así 5 años después, esto es, el 30 de septiembre de 2019 se le otorgó una pérdida de capacidad para trabajar del 80.88%, con fecha de estructuración el 12 de marzo de 2018.

[T2a 2020-00048 \(S\) - Seguridad social. Derecho fundamental. Subsidiariedad. Procedencia excepcional de la tutela para pensiones](#)

TEMAS: DERECHO A LA SALUD / NATURALEZA FUNDAMENTAL / PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD / SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN / OBLIGACIÓN DEL ESTADO / ENTIDADES ENCARGADAS DE GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL CITADO DERECHO.

... el señor Sierra Beltrán es un sujeto de especial protección, pues se trata de una persona que está privada de su libertad y por ende se encuentra en una especial relación de sujeción con el Estado, en particular con las autoridades legalmente constituidas para dirigir dichos establecimientos, vista su clara situación de subordinación. Sobre el particular, el máximo órgano en materia constitucional ha referido :

“Esta Corporación ha considerado la salud como un derecho fundamental autónomo con especial énfasis cuando se trata de amparar a sujetos de especial protección como los discapacitados y los reclusos en establecimientos penitenciarios y carcelarios, entre otros. Respecto de la atención en salud de las personas reclusas en estos establecimientos la Ley 65 de 1993, o Código Penitenciario y Carcelario, señala la responsabilidad y obligación estatal de asumir la prestación y atención en salud de toda la población carcelaria y establece las formas bajo las cuales ésta se debe desarrollar...”

En lo que tiene que ver con el derecho a la salud reclamado por el accionante, se debe reiterar que tal garantía tiene la connotación de fundamental que debe ser respetado y protegido cuando se advierte algún tipo de amenaza o vulneración, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008, en la que concluyó que la salud es un derecho fundamental autónomo:

“(...) 3.2.1.3. Así pues, considerando que son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’...”

... el artículo 7º de la Ley 1709 de 2014 señala lo siguiente frente al Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario, así: “Artículo 15. Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario. El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho; el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), como, adscritos al Ministerio de Justicia y del Derecho con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa...”

... esta Colegiatura concluye que tanto el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 (integrado por las Sociedades Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.) como la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC-, son los encargados de garantizar la prestación integral de los servicios de salud a la población reclusa del país, lo que se deriva del contrato de fiducia mercantil suscrito entre dichas entidades...

[T2a 2020-00101 \(S\) - Derecho a la salud. Reclusos. Sujetos de especial protección. Entidades oficiales encargadas de garantizarlo](#)

TEMAS: DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / TUTELA CONTRA FALLO DE TUTELA / IMPROCEDENCIA.

... la tutela es subsidiaria, en cuanto no procede cuando el ordenamiento prevé otro mecanismo para la protección del derecho invocado; residual, en la medida en que complementa aquellos mecanismos previstos en el ordenamiento que no son suficientes o que no resultan verdaderamente eficaces en la protección de los derechos fundamentales e informal, porque se tramitan por esta vía las violaciones o amenazas de los derechos fundamentales que dada su evidencia y simplicidad no requieren la confrontación propia de un proceso ante la justicia ordinaria...

La Corte Constitucional ha señalado que existen al menos dos excepciones a la regla general para la procedencia de la acción de tutela: (i) cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no

está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. (...)

... la Corte Constitucional en la Sentencia T-353 de 2012..., manifestó que las decisiones que se tomen en el trámite de una acción de tutela, no pueden ser objeto de controversia constitucional mediante la formulación de una nueva solicitud de amparo, de la siguiente manera:

“La Corte ha admitido la posibilidad de interponer acciones de tutela contra actuaciones judiciales arbitrarias, incluso, actuaciones arbitrarias de jueces de tutela, pero nunca con respecto a sentencias de tutela, sino con relación a incidentes de desacato, o contra autos emitidos en el curso del proceso de tutela. A partir de la Sentencia SU-1219 de 2001, la Sala Plena de esta Corporación unificó su posición frente a este tema, precisando que las sentencias de tutela, y en general las decisiones que se tomen en el trámite de estos procesos, no pueden ser objeto de controversia constitucional mediante la formulación de una nueva solicitud de amparo, ya que tal proceder, además de mutar la naturaleza jurídica de la acción de tutela, haría que los conflictos jurídicos que se discuten en esa sede tuvieran un carácter indefinido...”

[T2a 2020-00114 \(S\) - Debido proceso. Tutela contra sentencia de tutela. Principio de subsidiariedad. Improcedencia. Se deniega](#)

TEMAS: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / PERJUICIO IRREMEDIABLE / CARACTERÍSTICAS / CARGA PROBATORIA DEL ACCIONANTE.

La acción de amparo se encuentra regida por el principio de subsidiariedad, ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes, lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela. Teniendo en cuenta la excepcionalidad de la acción es necesario estudiar si no existía otro medio eficaz para resolver la solicitud que se presentó en la acción de tutela o si existe un perjuicio irremediable dándole a la acción de tutela un poder transitorio...

Como se indicó inicialmente, la acción de tutela por ser su naturaleza de carácter subsidiario o supletorio, no se puede utilizar para sustituir los trámites legales ordinarios o especiales, o para variar las reglas de la competencia. A tal conclusión se llega, si se tiene en cuenta que el objetivo de la acción constitucional es la protección inmediata de derechos constitucionales...

La Corte Constitucional en Sentencia T-260 de 2018 reiteró que por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de las actuaciones administrativas, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo...

Con relación al debido proceso, la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que :

“Para las autoridades públicas el debido proceso administrativo implica una limitación al ejercicio de sus funciones, puesto que, en toda actuación, desde el inicio hasta el final, deben obedecer los parámetros determinados en el marco jurídico vigente, con lo que se pretende eliminar todo criterio subjetivo que pueda permeare su desarrollo y, a su vez, evitar la conducta de omisión, negligencia o descuido en que se pueda incurrir” (...)

Ahora bien, aun existiendo un mecanismo judicial idóneo a disposición del accionante, este podría acudir a la acción de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, siempre y cuando verifique que en su caso específico se dan las siguientes características: “(i) la inminencia del daño,...; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o

moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) la urgencia...; (iv) la impostergabilidad de la tutela...”.

Sin embargo, dentro de la foliatura no quedó comprobada alguna de las anteriores circunstancias que configuren un daño inminente e irreparable que amerite la intervención del juez constitucional por el retiro del señor Tamayo Flórez de la Policía Nacional...

T2a 2020-00120 (S) - Debido proceso. Tutela contra acto administrativo. Subsidiariedad. Perjuicio irremediable. Características

TEMAS: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA DECISIÓN JUDICIAL / NEGATIVA DE CONCEDER LIBERTAD CONDICIONAL / REQUISITOS GENERALES Y ESPECÍFICOS DE PROCEDENCIA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / MAYOR CARGA ARGUMENTATIVA Y PROBATORIA.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que: “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. (...)

Cuando se dirige la tutela contra providencias judiciales, se convierte en un mecanismo de protección excepcionalísimo y por ello su prosperidad va ligada al acatamiento de unos requisitos de procedibilidad que la jurisdicción constitucional ha acogido en fallos C-560 de 2005 y T-332 de 2006, entre otros. (...)

... la H. Corte Suprema de Justicia, ante la interposición de acciones de constitucionales contra providencias judiciales, ha expresado que si bien la tutela procede frente a dichas providencias, en aplicación de los anteriores criterios de procedibilidad, quien la ejercite tiene una mayor exigencia argumentativa en cuanto no puede quedarse simplemente en el planteamiento de censuras y omitir su demostración, sino que por el contrario debe probar de forma irrefutable que se incurrió en un error sustancial por parte del funcionario...

... la jurisprudencia constitucional es contundente al resaltar el carácter subsidiario y residual de la acción constitucional y que la misma solo es procedente de manera supletoria, esto es, cuando no existan otros mecanismos de defensa judicial a los cuales se pueda acudir, o que pese a ello se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, como así lo refiere el canon 86 C.N. Precisamente, amén de la subsidiariedad que rige este trámite, ello implica que deben agotarse todos los medios ordinarios con los que se cuentan para procurar la protección de los derechos presuntamente quebrantados. (...)

Al confrontar esos presupuestos de procedibilidad genérica y específica con lo expuesto en este caso, se advierte que la accionante no cumplió con la carga argumentativa y probatoria que le correspondía al pretender que se deje sin efectos las providencias emitidas por los Jueces de la República competentes para ello, las cuales están amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad.

T1a 2020-00105 (S) - Debido proceso. Tutela contra decisión judicial. Libertad condicional. Subsidiariedad. Mayor carga argumentativa

TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / SUSPENSIÓN PENSIÓN DE INVALIDEZ / REVISIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ / PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN MIENTRAS SE ADELANTA EL TRÁMITA PARA LA NUEVA VALORACIÓN / TODO CON RESPETO POR EL DEBIDO PROCESO.

Para la Sala, en contraposición a lo aseverado por el Fondo de Pensiones en su impugnación, esta acción constitucional si es procedente. Veamos la razón:

La Constitución Política de Colombia en su artículo 86 consagró la acción de tutela como una forma para que las personas puedan reclamar ante los jueces, en todo momento y

lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública...

El actor sin duda alguna se encuentra legitimado para interponer la acción de tutela, y para ello le confirió poder especial a un profesional del derecho para que lo representara en este asunto.

Se supera así el requisito de subsidiariedad, porque si bien existe otro medio de defensa judicial, estamos frente a una persona que presenta varias patologías y que por su estado de salud y condición económica, según se expresa en la demanda sin haber sido objeto de oposición por parte de la entidad accionada, hay lugar a una intervención judicial inmediata...

Lo anterior permite que se estudie de fondo el asunto; no obstante, desde ya se dirá que aunque la Corporación comparte la protección de los derechos fundamentales del señor GABRIEL RIVERA, tal como lo determinó el juez de instancia, no sucede lo mismo en cuanto a la orden que se le impartió a COLPENSIONES en relación con la reactivación de la mesada pensional...

Por último, y como se anunció desde el principio, si bien es necesario proteger el derecho fundamental al debido proceso que le asiste al demandante, no existe justificación alguna para que se ordene la reactivación de la mesada pensional como lo pide el apoderado del señor GABRIEL RIVERA, toda vez que la posibilidad de acceder nuevamente a dicho pago depende sin duda alguna del pronunciamiento que haga la entidad en caso de que el actor decida recurrir el acto administrativo mediante el cual se suspendió la mesada pensional.

[T2a 2020-00047 \(S\) - Seguridad social. Revisión estado de invalidez. Procedencia de la suspensión del pago. Aplicación del debido proceso](#)