

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 008

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2022-1036-6	Sentencia 2ª instancia	Acceso Carnal abusivo con menor de 14 años	HÉCTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO	Confirma sanción impuesta	enero 16 de 2023
2021-0222-1	Auto ley 906	Tentativa de Femicidio	YESID ANDRÉS VALENCIAS POSADA	Fija fecha de publicidad de providencia	Enero 19 de 2023
2022-2030-1	Tutela 1ª instancia	JUAN PABLO JIMÉNEZ GÓMEZ	Fiscalía 2° Seccional de Guarne Antioquia y otros	Concede derechos invocados	Enero 19 de 2023
2022-2039-1	Tutela 1ª instancia	FERNEL AUGUSTO PÉREZ	Juzgado 1° de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia y otros	Niega por improcedente	Enero 19 de 2023
2022-1503-2	Auto ley 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	JUAN CAMILO MEJIA FLÓREZ	Se abstiene de resolver recurso	Enero 19 de 2023
2021-1467-2	Auto ley 906	actos sexuales con menor de 14 años	YONIER ANDRÉS LOZANO LÓPEZ	Revoca auto de 1ª instancia	Enero 19 de 2023
2022-1663-2	Auto ley 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	DELMIRO LEAL TORRES	confirma auto de 1ª instancia	Enero 19 de 2023

FIJADO, HOY 20 DE ENERO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

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

Proceso NI: 05-154-60-00-327-2013-00001

NI: 2022-1036

Acusado: HÉCTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años

Decisión: Confirma

Aprobado Acta No: 201 de diciembre 16 del 2022 **Sala:** 6

Magistrado Ponente: Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -

Medellín, diciembre dieciséis de dos mil veintidós.

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del procesado, contra la sentencia condenatoria emitida el pasado 30 de junio de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca.

II. HECHOS -

Los hechos que sirven de sustento a la acusación fueron expuestos en la sentencia de la siguiente manera:

“La Fiscalía General de la Nación le formuló cargos a HÉCTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, como probable autor responsable del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS tipificado y sancionado en el artículo 208 del C.P, agravado conforme al numeral 2º del canon 211. Idéntico injusto se sostuvo en la sede de audiencia de formulación de acusación, abstrayéndose las partes, intervinientes especiales y quien para ese momento fungía como titular del Despacho, de generar discusión en punto al proceso de encuadramiento típico de cara al supuesto factico que edificó la Fiscalía General de la Nación desde el inicio de la investigación, el cual se integraba en tres eventos con características de delito según se pronosticaba. El primero. Acaecido en el directorio político de la campaña de GIRALDO ARANGO ubicado en el municipio de Tarazó Antioquia. Sitio en el cual, éste le realizó tocamientos a Luz D al paso de besarla. El segundo. Propiciado en el estadero de razón social "Brisas del Cauca", situado en el corregimiento de Puerto Valdivia, en donde GIRALDO ARANGO le introdujo la mano por dentro del Jean de Luz D y le palpó sus

glúteos. El Tercero. Perpetrado en una vivienda construida en los alrededores del balneario "Piedras" del Municipio de Tarazó, Antioquia al interior de la cual GIRALDO ARANGO accedió carnalmente vía vaginal a Luz D. No obstante la concurrencia de múltiples escenas, la fiscalía decidió, como dueña de la pretensión punitiva, acusar exclusivamente por el tipo penal del artículo 208. Y si ello es así, en virtud de la regla de la congruencia, limitada la Judicatura a ese cerco que se definió, sin posibilitar extender los límites hacia otros injustos ausentes en la acusación, pues, en este caso, lejos de estar frente a una variación de la calificación jurídica, por el contrario, el alegato final de la parte acusadora sitúa al Despacho de cara a una extensión de delitos, cuyo contenido factual si bien fue dado a conocer desde la imputación, finalmente no se concretó en su aspecto jurídico en el estanco principal que para el efecto definió el legislador. De ahí entonces, aun cuando el Ente persecutor pretendió concursar el injusto del artículo 208 del C.P con el definido en el 209 ibídem, el pronunciamiento de la Judicatura debe apuntalarse exclusivamente en el primero de los punibles, amén de los argumentos expuestos ut supra."

III. SENTENCIA OBJETO DE APELACIÓN. -

Contiene un recuento de los hechos, la actuación procesal relevante, la filiación del acusado, hizo alusión a los hechos que para el Juez de instancia fueron probados y sus teorías del caso, relacionó alegatos de conclusión presentados tanto por la Fiscalía como por la defensa, de los que se dijo por parte de la Fiscalía que solicitaba condena para el señor HÉCTOR LEONIDAS GIRALDO, por los tres delitos que le fueran acusados, por cuanto logró demostrar más allá de duda razonable la responsabilidad del procesado, ello se desprende de la deponencia de la presunta víctima, pues considera que sus manifestaciones son claras y coherentes al referir que GIRALDO ARANGO, el día del campesino celebrado en el año 2011, estando en el estadero Brisas del Cauca aprovechó que se ubicaron de manera contigua en los asientos de una mesa del establecimiento, le introdujo la mano por dentro del jean y tocó sus nalgas.

En dicha decisión se le otorga valor a dicha declaración de la víctima y adquiere corroboración en los demás medios de prueba con los que se acredita tanto la festividad a la que alude la víctima, como la presencia de ésta y del acusado en la misma; al igual que la existencia del

establecimiento de comercio donde se materializaron los tocamientos y la ubicación lindante de ambos en la mesa.

Aun cuando la Fiscalía recreó dos escenarios factuales cuyo proceso de tipificación derivó en los delitos consagrados en los artículos 208 y 209, la decisión que se tomó en primera instancia, sostiene en el evento estructurante de la conducta de acceso carnal abusivo con menor de 14 años que fue el injusto soporte de la acusación y por contera límite de la sentencia.

Por su parte la defensa indicó que no era posible que la teoría del caso saliese avante por cuanto el relato expuesto por la presunta víctima fue incongruente respecto de hechos de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los mismos, y que fueron motivados por temas de oposición política; y que con la prueba de descargo se refutaría la información extraída de los celulares de la víctima y que demostraría que la víctima fue inducida a mentir.

Considera el Juez *a-quo* que, la parte acusadora generó una hipótesis según la cual, GIRALDO ARANGO, en los meses de Junio y Julio de 2012, cuando ostentaba la calidad de Alcalde del Municipio de Tarazá, Antioquia accedió vía vaginal a Luz D, de 13 años de edad, en un inmueble ubicado en el balneario Piedras de aquella localidad.

Finalmente y luego de hacer un recuento de todo el desfile probatorio recaudado en sede de juicio oral, considera el juez de instancia que en consecuencia, no se puede exigir sin más, que la declaración de un menor tenga precisión absoluta sobre el lugar de los acontecimientos ni la fecha de terminación del abuso. Si eso es así, cumplido por el acusador lo atinente al tiempo de la comisión del injusto que tantos embates le mereció al profesional del derecho que asiste a GIRALDO ARANGO, al paso que, acertado igualmente el aspecto de lugar y modo, sin que se opaque esta circunstancia, en razón a que Luz D. no haya referido en la denuncia la presencia de su amiga Doralía, pues, en juicio oral, -donde se confecciona la prueba por antonomasia - así lo clarificó, encontrando este relato variada prueba de corroboración, sí ingresada como tal al proceso. Verbigracia la declaración de Nancy Estupiñan, María del Rosario Gómez Berrio, Gina Marcela Suarez y Carlos Mario Mira.

Corolario de lo anterior, considera el *A-quo* que la Fiscalía sacó avante su promesa de demostrar que HÉCTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, accedió carnalmente a Luz D, al interior de la vivienda ya indicada, cuando era menor de 14 años, lo que de suyo deriva en los elementos objetivos del tipo. Afianzando de paso el Dolo en su actuar, pues no cosa diferente arroja la prueba, incluso, en parte, la de defensa, cuando se afirma que el acusado conocía a la víctima desde niña, compartía con ella, le prestaba ayudas al igual que a su madre, derivando así que sabía su edad, o estaba en capacidad de actualizar fácilmente ese conocimiento, particular que dejó de lado y procedió a intimar con ella de acuerdo a la versión de ésta.

Conducta que considera el juez en la sentencia típica, que se reputa antijurídica, desde el ámbito formal en tanto se transgredió la prohibición del legislador de acceder carnalmente a una menor de edad y desde lo material tras la vulneración al bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de una menor con derecho a abstraerse de todo tipo de actividad sexual y a gozar de un ambiente en el que pueda formarse sin injerencias indebidas para poder disponer del cuerpo en lo erótico, auto determinarse en lo sexual y de acoplarse sin coerción alguna.

Frente a la culpabilidad, en la decisión que se revisa se considera acreditado que el sentenciado es sujeto imputable, pues, no sólo es mayor de edad, sino que tiene capacidad para comprender o auto determinarse y no existe en la actuación prueba de la que se concluya que en el momento de la comisión delictiva sufriera trastornos mentales o inmadurez psicológica, por el contrario se evidencia el conocimiento de la antijuridicidad y de contera la exigibilidad de un comportamiento alternativo.

En ese orden de ideas, dada esa conciencia de la ilicitud se infiere en desfavor del acusado un juicio de reproche jurídico penal proporcional al daño causado a la libertad, integridad y formación sexual de la menor, enunciado en sentencia condenatoria, máxime que no se evidencia

causal excluyente de responsabilidad ni error de prohibición que lo exonere de la misma (acorde al Art. 32 del C. Penal.).

En virtud de lo anterior, se profiere sentencia condenatoria en disfavor de HÉCTOR LEONIDAS GIRALDO A. , tras encontrarlo penalmente responsable en calidad de autor de la conducta punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCER AÑOS, a la pena de 234 meses de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual.

IV. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO Y SUSTENTADO. –

Inconforme con la decisión de primera instancia la defensora del procesado interpone recurso de apelación que sustenta en las siguientes premisas:

Afirma que la sentencia condenatoria emitida en contra del señor HÉCTOR LEONIDAS GIRALDO HURTADO debe ser revocada, toda vez que el juez de primera instancia, no tuvo en cuenta las reglas básicas establecidas por la Corte Suprema de Justicia para valorar las pruebas dentro de un proceso por delitos de naturaleza sexual; Considera que en la sentencia recurrida, se da cuenta de un falso raciocinio al apreciar el testimonio de quien se postuló como víctima, omitiendo en su valoración la existencia de un intenso resentimiento de ella respecto al acusado, por causas ajenas a las conductas imputadas. Del mismo modo, no se presenta una adecuada verificación periférica del testimonio de la víctima, al que se le dio un peso absoluto dentro del proceso, sin contrastarlo, adecuadamente, con los demás elementos de prueba, aunado a la aparición de constantes ambigüedades y contradicciones.

Solicita de la Judicatura se efectuó un el análisis en debida forma el testimonio de Luz D., sobre el cual presenta tres reparos específicos: su falta de credibilidad por existir una extrema animadversión que intentó ocultar durante la práctica de su testimonio, su insatisfactoria

verificación periférica al momento de valorar sistemáticamente la prueba. y la reiterada aparición de contradicciones y ambigüedades.

Considera que resulta nocivo el considerar que cualquier clase de testimonio logra dar al traste con la presunción de inocencia de quien se le imputan estos hechos por parte del Estado y que para evitar la impunidad la Corte ha aceptado la existencia de una única prueba directa, pero como freno al poder punitivo desmedido, ha fijado criterios para la valoración de estos testimonios, los cuales, en este caso, no fueron atendidos de manera integral.

Cuestiona que el Juez de primera instancia, haya echado de menos las contradicciones respecto a las fechas en las que supuestamente acaeció la conducta punible, pues en juicio la presunta víctima indico que fue entre los meses de junio o julio del año 2012, cuando se encontraba en el balneario “Piedras” ubicado en el municipio de Tarazá, con su amiga DORALIA. Y que allí se encontró con el señor CARLOS MARIO MIRA, escolta del señor HÉCTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, quien por solicitud de este último llevó a la menor a una casa cerca del balneario donde fue accedida carnalmente por vía vaginal en dos o tres oportunidades. Que únicamente informó de este hecho a su padrino y que, de manera posterior a los hechos, el señor HÉCTOR LEONIDAS le remitió mensajes de texto de contenido sexual a su teléfono celular desde un número culminado en 6060. Asimismo, que Luz D. nunca presentó ninguna denuncia ante las autoridades por los hechos relatados y que cualquier impresión en la que hubiese incurrido respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar se debe a haber rendido muchas veces la misma declaración. Sin embargo, no valoró las múltiples contradicciones en las que incurre la menor, quien manifiesta fechas diversas (febrero o marzo y después junio o julio), tampoco valora como en el conainterrogatorio no pudo establecer la franja del día en que tuvieron lugar los hechos.

Considera el apelante que existe una “sobreevaluación probatoria realizada por el Juez en la sentencia impugnada”, y argumenta su tesis al basarse en que el Juez de instancia a pesar de que considera que la defensa presentó “embates” contra el testimonio de la presunta víctima el Juez de instancia considero darle credibilidad.

A renglón seguido, critica el apoderado que el juez *A-quo*, encontró corroborada la versión de la menor con fundamento en una declaración anterior de la misma y en el testimonio de la entrevistadora en esa oportunidad la señora NANCY ESTUPIÑAN CASTAÑEDA, quien afirma que la menor en la entrevista le dijo que HÉCTOR LEONIDAS le enviaba mensajes de texto a su celular Black Berry (sin contrastarlo con los chats en donde ella expresa un intenso odio por HÉCTOR pues en su mente fue él quien determinó la muerte de su madre). Indica que la existencia de los mensajes quedó probada según el juez con el ingreso que se hizo de estos y concluye que por su contenido comúnmente anteceden a un encuentro íntimo. Según el apelante sin valorar, el señor juez, que si bien anteceden un encuentro íntimo de carácter voluntario, no son propios de un acceso carnal con las condiciones violentas señaladas por Luz D. Es claro, además, para el Juez, que no obstante la ausencia de prueba de la trazabilidad de la remisión de los mensajes, esto no es suficiente para considerar que no quedó probado que los mensajes provenían del teléfono celular de HÉCTOR LEONIDAS, pues considera suficiente que el procesado, supuestamente, hubiese reconocido que este era su teléfono en declaraciones anteriores (inadmisibles porque solo podían usarse para impugnar credibilidad o refrescar memoria, que no fue el caso).

Seguidamente y reconociendo su carácter de prueba de referencia, considera el togado que el Juez de instancia valoró las declaraciones rendidas por la comisaria de familia CLARA INÉS POSADA, la psiquiatra MARÍA DEL ROSARIO BERRÍO y la psicóloga GINA MARCELA SUÁREZ BUSTAMENTE, sobre las respectivas entrevistas que la menor rindió ante estas. Con fundamento en el contenido de dichas entrevistas que fueron traídas al juicio por las mentadas profesionales, concluyó que la versión sobre los hechos fue coherente y que se evidenciaron afectaciones en la salud mental de Luz D., omitiendo especificar que dichas perturbaciones no se presentaron tras el supuesto episodio que nos convoca, sino como señalan los expertos, se evidenciaron tras el homicidio de su madre, a partir del cual quedó desamparada.

Ahora bien, sobre el testimonio de ANI KARINA ROCHA, ex personera del Municipio de Tarazá indica que el Juez concluyó que aportaba poco valor probatorio por su lejanía con el lugar de los hechos, además de que de la conversación aludida por estas no se desprende que Luz D. Se haya retractado del señalamiento inicial a Héctor Giraldo.

Hace una observación de los testimonios de ELKIN GUILLERMO y ALIRIA ENEIDA PÉREZ PALACIO, JUAN CARLOS OLIVEROS CARVAJAL, manifestó el defensor su inconformidad respecto a la valoración probatoria que el Juez de instancia otorgó. Manifestando que en la decisión que se revisa se habían omitido criterios jurisprudenciales para la valoración probatoria en los delitos sexuales.

NO RECURRENTE

La delegada de la Fiscalía indica que el punto que ataca la defensa de la sentencia emitida en disfavor de su prohijado radica en la valoración que fue otorgada al testimonio de la menor víctima, pues considera que la misma resulto ser contradictoria, además de que plantea la existencia de una posible animadversión en contra de HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, siendo este el motivo por el cual interpuso la denuncia en su contra, así como se duele de la falta de verificación periférica junto a los demás medios de prueba y las continuas contradicciones y ambigüedades.

Respecto al supuesto odio que la menor siente en contra del procesado, refiere que el mismo fue fundamentado por la defensa en la conversación sostenida entre la menor y Héctor Leónidas en la que esta le dice que lo odia, pero que esa animadversión no fue producto de la agresión sexual, por cuanto esta no ocurrió, sino que el origen de esta fue por la idea que tenía la menor de que el procesado fue determinante de la muerte de su madre, inventándose una regla de la experiencia, según la cual si no se habla de un hecho fue porque no sucedió, siendo esto completamente inapropiado, por cuanto no cumplió con los requisitos exigidos por la H. Corte Suprema de Justicia, respecto a las reglas de la experiencia, siendo entonces una apreciación de índole personal que no puede ser tomada en cuenta para derribar una sentencia de carácter condenatorio, además de que

no puede perderse de vista que de la conversación que fue transcrita por la defensa en el recurso, de la cual refiere la menor no hizo alusión al acto sexual, no es cierto pues en esa conversación que tuvieron la menor y el procesado por varios días a partir del mes de abril del año 2013, la menor si lo refiere, le reprocha el hecho de haber tenido relaciones sexuales en las que ella le pedía que la dejara ir y él no la dejó; de donde se extrae que la conclusión a la cual arribó el defensor es falsa.

Ahora respecto al dicho del recurrente en punto a que no existió corroboración periférica, refiere la delegada del ente investigador que si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia ha hecho alusión a unos puntos que deberían corroborarse en el evento de que exista solo la declaración de la menor víctima, para suplir esa corroboración periférica y que de acuerdo a lo dicho por el apoderado judicial del señor GIRALDO ARANGO, no fueron tratados en el juicio oral y echados de menos por el Juez de instancia, señala que no fueron tratados expresamente los puntos expuestos por la Corte, pero que si quedo probado junto al testimonio de la víctimas y otros más no solo la existencia del lugar en el que ocurrió el hecho, así como la presencia de la víctima y el victimario en el mismo, la afectación psicológica de la menor entre otros, cubriéndose con suficiencia esa corroboración solicitada por la defensa, pues es claro que la Honorable Corte Suprema de Justicia, no efectuó un listado taxativo de circunstancias para esa corroboración.

Indica frente a la ausencia de afectación psicológica en la menor victima que alude el recurrente, que por parte de la Fiscalía se solicitó a dos profesionales de la Psicología efectuar valoración de la menor, única y exclusivamente respecto a si el relato vertido por esta resultaba ser creíble, de ninguna manera se les solicito realizar estudio acerca de si la joven LUZ D, padecía alguna afectación o secuela luego de sufrir la agresión sexual, por lo que afirma que la conclusión a la que llega el recurrente es errada. En lo que respecta al cambio de comportamiento el cual aduce el recurrente no tuvo la menor, tampoco resulta ser un criterio para dudar de la existencia del hecho de acceso carnal que sufrió, pues nuevamente indica la Fiscal que de las pericias efectuadas por las profesionales MARIELA DEL ROSARIO GOMEZ BERRIO y GINA MARCELA SUAREZ BUSTAMANTE, no

estaba encaminado a determinar el cambio comportamental de la menor, y además no puede predicarse de lo dicho por un testigo, en este caso de lo dicho por la señora ALIRIA PEREZ, quien dijo que la menor se veía normal, que la joven LUZ DENY RENDON, no tuvo cambios en su comportamiento después de haber sufrido la agresión sexual, aun cuando se conoce que no todas las personas reaccionan de la misma manera ante un evento traumático.

Respecto a la existencia del inmueble en el que presuntamente ocurrieron los hechos, que también resultó ser un tema debatido por el recurrente, pues advierte que el fallador no valoró el testimonio de JUAN DIEGO FERNANDEZ RESTREPO, quien compareció al juicio e indicó ser el dueño del lote ubicado en la vereda Piedras del municipio de Tarazá y que la fecha de los hechos era un bien baldío para un futuro proyecto de piscicultura, no resulta ser cierto, pues el Juez de instancia si emitió valoración de ese testimonio solo que contrastado con la demás prueba en este punto resto valor a sus dichos, pues no solo con la declaración de la víctima, sino de CARLOS MARIO MIRA, JUAN DE DIOS BONET TARAZON – prueba de referencia- de YOAN ANDRES RESTREPO OBANDO, más los informes vertidos por el topógrafo JALLER LOPEZ ARBOLEDA, y el fotógrafo ALEJANDRO BUITRAGO NEIRA, quedo probada la existencia y ubicación del balneario Piedras y del inmueble.

Finaliza esbozando que existió prueba suficiente y la valoración debida a estos elementos materiales probatorios por parte del Juez de instancia en el sentido de que víctima y victimario estuvieron a solas independiente de si el encuentro fue propiciado por un tercero, lo cierto es que LUZ DENY y HECTOR LEONIDAS, estuvieron a solas dentro de un inmueble ubicado en piedras, así como el intercambio de mensajes de texto de contenido sexual del procesado a la víctima.

De igual forma como sujeto no recurrente el delgado del Ministerio público luego de efectuar un resumen de los puntos cuestionados por el apoderado judicial del señor HÉCTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, respecto de los cuales refiere no encontrarse de acuerdo con los mismos, puesto que considera que la sentencia emitida por el Juez Penal del Circuito de Cauca se

encuentra ajustada a derecho, por cuanto una vez efectuado el debate probatorio al interior del juicio oral, existieron elementos de prueba suficientes para arribar al conocimiento más allá de duda razonable sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado, y que lo dicho por la defensa no lleva al traste con los presupuestos que sirvieron para proferir la sentencia en desfavor del señor GIRALDO ARANGO.

Manifiesta que las contradicciones a las que hace referencia el apoderado judicial del procesado en el testimonio de la víctima, no resultan ser de tal resorte, pues fueron más las imprecisiones del mismo en cada una de las entrevistas que rindió ante diferentes autoridades.

Así mismo respecto de que la denuncia presentada por LUZ D, en contra del señor HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, fue producto de animadversión de esta tras considerar que el procesado era culpable de la muerte de su madre, señala que es una hipótesis carente de prueba, por lo que no resulta ser más que una apreciación personal, tal como que observa con extrañeza que la víctima poca afectación psicológica tuvo después de la presunta agresión sexual, pues en los mensajes de texto que intercambiaba con Héctor Leónidas, no realizaba ninguna mención a dicho hecho, reiterando por el contrario la presunta participación de este en la muerte de su madre, pues ello no puede juzgarse de tal manera, por cuanto cada persona asume de manera diferente las adversidades, prueba de ello resulta ser lo dicho por las profesionales en Psicología que efectuaron valoraciones a la menor quienes no encontraron graves alteraciones en la conducta de la víctima, lo que no quiere decir que el hecho no haya acaecido.

Respecto a la falta de corroboración periférica según la cual refiere el recurrente no existió, no resulta ser cierto, pues el fallador contrario a ello fue enfático en determinar a través de varios testimonios la existencia del inmueble en donde ocurrieron los hechos en el corregimiento Piedras del municipio de Tarazá.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA. -

Visto los planteamientos del recurrente los cuales se contraen básicamente en verificar la valoración del testimonio de la presunta víctima, el cual considera se le otorgó un valor inconmensurable por parte del Juez de instancia echando de menos las imprecisiones y contrariedades en las que incurrió; así como en la falta de verificación periférica del lugar en el que ocurrió la supuesta agresión sexual, por lo que afirma que no existen los elementos de prueba necesarios para arribar a una sentencia de carácter condenatorio en disfavor de su representado el señor HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, razón por la cual se detendrá el despacho en analizar estos dos tópicos, no sin antes brindar un enfoque de género a la misma, por cuanto pudo percatarse la Sala que se hace necesario abordarlo de esta manera, vista las particularidades de los hechos jurídicamente relevantes, y las condiciones padecidas por la víctima.

Sobre la necesidad de abordar las actuaciones penales con un enfoque de género la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa:

"La Corte advierte que este contexto es importante ya que es "la manifestación de una profunda violencia sexista", por lo cual se debió haber ponderado esa realidad, haciendo una valoración contextual del delito bajo un enfoque de género, el cual resultaba relevante para examinar la culpabilidad de la acusada, la necesidad de la pena y la posibilidad de reconocer que actuó bajo circunstancias de menor punibilidad.

Para la Sala de Casación Penal, aún cuando no existe una obligación internacional o nacional específica o explícita para que los jueces juzguen con perspectiva diferencial a las mujeres acusadas de cometer delitos, dicha obligación se deriva de las imposiciones

generales establecidas en normativas internacionales sobre enfoque de género y en el derecho interno, las cuales buscan corregir y superar las desigualdades y discriminaciones contra las mujeres.

De acuerdo con el pronunciamiento, la inequidad se evidencia principalmente en la perpetración recurrente de actos de violencia de género contra las mujeres Pero también se materializa en la "creación y perpetuación de condiciones de vulnerabilidad de toda índole que en ocasiones se relacionan directa o indirectamente con la comisión de delitos por parte de mujeres y, en tales eventos, resultan relevantes -y de obligada ponderación- para la correcta comprensión y juzgamiento del fenómeno delictivo"

"Así pues, lo que el enfoque de género impone en estos casos es la auscultación cuidadosa de la

situación contextual de la infracción, a partir de un entendimiento adecuado y comprensivo de las estructuras que suelen determinar las condiciones de vida de las mujeres, para identificar la posible existencia de precedentes de discriminación sexista que puedan estar involucrados como causa directa o indirecta, total o parcial, del ilícito", consigna la Corte.

Aunque siempre deben examinarse las particularidades de cada evento delictivo, la Sala subraya la importancia del enfoque de género y el análisis de contextos de violencia sexista, por parte tanto de jueces como de fiscales, para examinar factores como las circunstancias de mayor o menor punibilidad o la capacidad de autodeterminación.

Sin embargo, la Sala aclara que no siempre que una mujer es acusada de un delito deba asumirse que lo ha cometido motivada por una situación previa de violencia sexista, pues es perfectamente posible que en un determinado caso no exista esa situación o que no haya una relación razonable con el delito. Lo que el enfoque de género reconoce -y obliga a reconocer-

"es que las mujeres son, con mayor frecuencia que [los hombres] y por razón de la existencia de estructuras sociales, familiares y económicas de orden patriarcal, puestas en situaciones de vulnerabilidad, como también que por esa misma razón sufren violencias que no afligen a los hombres, todo lo cual suele ser soslayado por los administradores de justicia"

Ello se derivó de dos ideas fundamentales expresadas como sustento para concluir que no se probó la tipicidad de las conductas atribuidas al acusado: (i) lo ilógico de que una mujer adulta, profesional, con trabajo estable, con apoyo de su familia, soportara durante 7 meses la violencia sexual sin presentar la denuncia, siendo inverosímil que la demora se originara en la excusa de salvar el matrimonio; y, (ii) tratándose de un matrimonio, las relaciones sexuales son prácticamente obligatorias, al tenor de lo dispuesto en la legislación civil que regula tal contrato; por lo que para la demostración del hecho la Fiscalía no podía limitarse simplemente a los dichos de denunciante carentes de respaldo probatorio.

En dichas aserciones se desconoce que hoy en día se impone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción?¹

Así, bajo una perspectiva de género, no le es exigible a la mujer víctima de una conducta sexual violenta observar un determinado comportamiento frente a la

¹ Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016.

agresión; tampoco se puede demandar de ella la renuncia a sus libertades en materia de elección y consentimiento sexuales.

Ha precisado la Corte que la vinculación de los funcionarios judiciales a una perspectiva de género les impone la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, por lo que se incurre en un error por falso raciocinio cuando se incorporan en su valoración falsas reglas de la experiencia como lo son aquellas construidas con el empleo de preconceptos anclados en la preeminencia del varón sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual² puesto que fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres³, De ahí que la asunción de una perspectiva de género garantiza la adecuada apreciación de los delitos de violencia sexual. Sin ella, no se facilitaría la supresión de prejuicios, estereotipos y roles en función del sexo, que a su vez han surgido por elaboraciones conceptuales concernientes al papel de la mujer en la sociedad y su subordinación frente al hombre, hoy en día inaceptables:

La observancia de tales deberes, por lo demás, es imperiosa en un país como Colombia, en donde la tradición sociocultural ha sido la de tolerar, justificar y ponderar la supremacía de lo masculino tanto en el ámbito público como en el privado, de suerte que las expectativas con las personas pertenecientes al sexo opuesto han quedado reducidas a la asunción de determinados roles (como el de madre abnegada, novia fiel y esposa sumisa), e incluso a la divulgación de ciertas cualidades (como la virginidad, la ineptitud, la pasividad, la belleza o la simple condición ornamental), que de ningún modo se compaginan con el debido respeto a sus derechos fundamentales.⁴

Frente al punto, en el contexto interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar erradicar la violencia contra la mujer de Belém do Pará (14 de agosto de 1995, en su preámbulo, señaló que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres y reconoció que

el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación.

² CSJ sp.1793-2021, 12 may 2021. rad. 51936; CSJ SP-3274-2020, 2 sep 2020, rad. 50587 CSJ SP-2136-2020, 1° jul, 2020. rad. 528977

³ *Ibidem.*

⁴ CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508; CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 41457.

Por su parte, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de las Naciones Unidas Resolución de la Asamblea General N°. 48 de 20 de diciembre de 1993 incluyó, como acto de violencia, entre otros, la violación por el marido⁵,

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos asoció la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, “las cuales se agravan cuando (.) se reflejan implícita o explícitamente en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades⁶. De ahí que dicho Tribunal estimó:

“La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos⁷”.

Sobre el particular, se aclara que la capacidad intelectual y proyecto de vida de una mujer no puede ser motivo para excluir la agresión sexual en su contra y descalificar su versión de los hechos. De otra parte, bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes.

De allí que el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que:

⁵ Artículo 2°: Se entenderá que la violación contra la mujer abarca los siguientes actos, sin limitarse a ellos: a) La violación física, sexual y psicológica que produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y violencia relacionada con la explotación. Cfr. Naciones Unidas.

⁶ Caso GONZALEZ y otras (Campo Algodonero) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

⁷ Caso VELASQUEZ PAIZ y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015

“(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (t) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (ii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos⁸.”

Descendiendo al caso que nos ocupa lo primero que se debe advertir es que la joven LUZ DENY GONZALEZ, en su infancia fue una niña muchas carencias, vulnerable y desprotegida, pues cuando contaba con tan solo 13 años de edad perdió a su madre quien falleció por ataque sufrido con arma de fuego, resultando también herida la menor, así mismo, pudo conocerse al interior del proceso, que LUZ DENY, a partir de esto no tuvo una vida fácil, no tuvo un domicilio concreto, vivió en más de 3 casas diferentes, en municipios diferentes, con zozobra ante las amenazas de muerte luego del fallecimiento de su madre la señora NATALIA GONZALEZ, y tan solo meses después de dicha pérdida, fue presuntamente víctima de una agresión de tipo sexual por parte de HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, quien según se desprende de lo narrado por la ofendida, se acercó a la menor, aprovechando el estado de vulnerabilidad de la misma

Igualmente debe advertirse una vez escuchado con detenimiento el testimonio vertido por LUZ DENY GONZALEZ, de quien valga aclarar se hará referencia a su nombre, por cuanto si bien para el momento de los hechos era menor de edad, para el momento en que compareció al Juicio oral ya contaba con mayoría de edad, es que resultó ser contrario a lo esbozado por el togado de la defensa un testimonio claro, ilado, una narración detallada y sincera que depuso las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fue objeto de una agresión de índole sexual a manos del señor HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO. Dio a conocer a la Sala, detalles de cómo trascurrieron sus

⁸ CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394

primeros años de vida infancia, de la relación con su madre, así como de la relación de cercanía entre su madre y el procesado a quien le ayudaba a hacer campaña política en el municipio de Tarazá pues aspiraba ser alcalde del municipio, la forma en la que su progenitora perdió la vida de manera violenta, suceso en el cual sufrió una lesión por arma de fuego en uno de sus brazos, el periplo que debió padecer luego de la pérdida de su señora madre, por cuanto por motivos de seguridad debió abandonar el municipio de Tarazá en varias oportunidades, y como debió establecer un sin número de domicilios por esta causa, y por haber quedado desprotegida con tan solo 13 años de edad, momento para el cual cuenta fue accedida carnalmente por el señor GIRALDO ARANGO.

Concretamente respecto al hecho que se investiga, refiere que acaeció entre los meses de junio y julio del año 2009, en un inmueble ubicado cerca al balneario conocido como Piedras, ubicado en el corregimiento Piedras del municipio de Tarazá; adujo LUZ DENY, que ese día se encontraba bañándose en el charco del balneario junto a su amiga DORALIA, con quien convivió por un tiempo, y que cuando se disponía a irse del lugar fue abordada por el señor MARIO MIRA, de quien dijo ser el escolta del señor HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, quien para ese momento ostentaba el cargo de Alcalde de la municipalidad de Tarazá, de quien como ya se sabe, LUZ DENY conocía, en virtud de la relación cercana que existía entre su madre quien en vida respondía al nombre de NATALIA GONZALEZ, y el HECTOR LEONIDAS, por afinidad política. Cuenta la forma en la que MARIO MIRA, se acercó, le indicó que había un amigo suyo que la quería saludar, que no sabía que su madre había fallecido, y que la llevo hasta el inmueble ubicado cerca al balneario, que cuando ingreso al interior se encontraba HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, quedando encerrada dentro de esa casa, de la cual relata se encontraba deshabitada, solo con unas tinajas de gasolina en el piso, que allí fue increpada por GIRALDO ARANGO, quien la fuerza intentó besarla, forcejearon por unos instantes, relata que gritaba, le pedía a MARIO MIRA, que le abriera la puerta, hasta que HECTOR LEONIDAS, la arrojó al suelo, la despojó de un short que llevaba y la penetró en dos o tres oportunidades por vía vaginal. Que posterior a ello, la dejó salir de la casa, que salió del lugar arreglándose su ropa y reprochándole a MARIO MIRA, porque le había hecho eso.

Posterior a esto, indicó la testigo que no le contó de este suceso a nadie, solo a quien llama ser su padre, el señor JHOAN ANDRES RESTREPO OBANDO, y cuenta que posterior a ello comenzó a rendir varias entrevistas a psicólogas en las que comentó lo sucedido.

Así mismo, refirió de manera contundente y detallada las continuas conversaciones que sostenía a través de chats por BlackBerry y vía mensaje de texto a su celular marca Alcatel, con HECTOR LEONIDAS, textos de contenido sexual, en las que al parecer el procesado le rememoraba el acto sexual a LUZ DENY, y ponerla a “chillar”, así como mensajes en los que la testigo le reprochaba porque le había hecho eso, y además haber dado la orden para que asesinaran a su madre.

De lo depuesto por quien para la época de los hechos que aquí se investigan era menor de edad, como bien se dijo con antelación, resulta ser un relato coherente, creíble, y que pese a los intentos por parte de la defensa de impugnar credibilidad en aspectos puntuales como los meses del año en los cuales acaeció la agresión sexual, pues en varias de las entrevistas que rindió ante profesionales de la psicología cuando se le indagaba respecto a ese momento indicó haberse realizado entre los meses de febrero y marzo, cuando en el juicio fue en fática en indicar que fue entre los meses de junio y julio, así como respecto al dicho de que no había interpuesto una denuncia en contra de HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARAGO, por el hecho investigado, y finalmente en lo atinente a que en entrevistas anteriores indicó que en virtud de la relación sexual sin consentimiento que sostuvo con el procesado había perdido su virginidad, cuando en el Juicio y otras entrevistas indicó que su primera relación sexual fue con el señor REINALDO POSSO. No teniendo éxito la defensa en su intento de menguar valor probatorio y credibilidad a lo dicho por LUZ DENY, pues tal y como fuera expuesto por el Juez de instancia, la Fiscalía logró rehabilitar su testigo, y sacarla avante de dichos impases sin que su relato se viera afectado, pues logró dar respuesta a cada una de las contrariedades indicadas por el recurrente.

Así las cosas, frente a la disparidad en los meses del año en las que se produjo la agresión sexual indicó que era una niña y como tal no prestaba mucha atención a las fechas, pero que ya al ser una adolescente puede dar fe de que el suceso se dio entre los meses de junio y julio del año 2009, frente al dicho de no haber interpuesto una denuncia en contra de HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, afirmó que como era una niña no conocía que era una denuncia, que para ella una entrevista o denuncia era lo mismo, por ello refirió que nunca interpuso una denuncia aunque quedo probado en el proceso que si lo hizo. Y finalmente respecto a haber ocultado en varias oportunidades que perdió la virginidad con el señor REINALDO POSSO MUÑETON, ello encontró explicación en que no

quería que en contra de este se abriera investigación penal, por cuanto para la fecha de esa relación sexual consentida contaba con tan solo 13 años. En virtud de lo anterior es que para la Sala el relato brindado por la joven LUZ DENY GONZALEZ, resulta ser trascendental para fundamentar la sentencia condenatoria proferida en disfavor de GIRALDO ARANGO, por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, ello aunado a otro medio de prueba que dotan de credibilidad lo dicho por la antes mencionada. Ello contrario a lo que suele suceder en esta clase de delitos cometidos en contra de menores de edad, pues a la hora de testificar respecto de la agresión sexual de la cual fueron objeto no resultan ser tan claros, ni entregar tantos detalles como en este caso lo hizo la joven LUZ DENY, bien porque se encuentran afectados psicológicamente por el hecho o porque son tan pequeños que la verbalización del acto suele ser una tarea difícil. Es por ello entonces, que se reitera la importancia de lo expuesto por la víctima al interior del proceso.

Los demás medios de prueba que fueron presentados a la vista pública por la delegada de la Fiscalía General de la Nación, tal y como fuera afirmado por el A-quo, nutrieron el testimonio de la víctima, ello se puede predicar tanto de la prueba documental que se incorporó al proceso, de donde se pudo conocer en detalle la forma en la que se comunicaba víctima y victimario a través de mensajes de texto y chat, la forma en la que HECTOR LEONIDAS, se dirigía a LUZ DENY, los reclamos que esta le hacía por la agresión sexual así como por tener presuntamente responsabilidad en la muerte de su madre, a diferencia de lo dicho por el recurrente quien saca del sombrero mágicamente una máxima de la experiencia transcribiendo solo una parte de la conversación entre estos en la que la LUZ DENY, hace alusión a la muerte de su madre, y según el apoderado judicial e HECTOR LEONIDAS, nada refiere del acceso carnal violento, y que por tanto al no mencionarlo fue que no sucedió, siendo esto una falacia, pues pudo constatar la Sala que LUZ DENY, si menciona el hecho.

De los dictámenes periciales rendidos por las profesionales de la Psicología y Psiquiatría GLORIA STELLA MEDINA y MARIELA EL ROSARIO GOMEZ BERRIO, entregaron al proceso elementos importantes enfocados a determinar si el relato de la menor era o no creíble, concluyendo que sí lo era, a diferencia de lo reprochado por el togado defensor, quien pretendió atacar la pericia efectuada por estas indicando que en ninguna de ellas se hizo alusión a si la menor tuvo o no afectación psicológica, cuando la finalidad de las mismas no era esa, siendo entonces un ataque infructuoso por parte de la defensa; de igual forma el testimonio de MARIO MIRA, otorga elementos

de corroboración periférica para entrelazar junto a los dichos de la joven LUZ DENY GONZALEZ, acerca de la ocurrencia del hecho, y el lugar en el que aconteció el mismo, pues afirmó haber abordado a LUZ DENY, cuando esta venía del balneario piedras y haberle dicho que fuera a la casa ubicada cerca que allí se encontraba HECTOR LEONIDAS, que la quería saludar, que una vez la llevó hasta ese lugar se alejó aproximadamente unos 30 metros, por lo que refiere que no escucho nada de lo que adentro del inmueble sucedió. Pese a que existe una imprecisión entre lo dicho por LUZ DENY y este, respecto a quien era la persona que la llamó para que esta fuera a saludarlo, pues la presunta víctima afirma que MARIO MIRA, no le dijo que era HECTOR LEONIDAS, sino que era un amigo de su madre, que no sabía que había fallecido y la quería saludar, mientras que MARIO afirma que, si le dijo a LUZ, que se trataba del procesado. Frente a ello no encuentra mayor relevancia, por cuanto lo verdaderamente importantes es que el testigo ubica el balneario Piedras, reconoce haber detenido a la víctima y haberla llevado al inmueble y además ubica al señor HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, en el lugar de los hechos, haciendo más creíble el relato de la menor.

Es preciso mencionar que fue robusta la prueba practicada en juicio, tanto de cargo como de descargo, que desfilaron varios investigadores de la Fiscalía y el CTI, que se encargaron de dar cuenta de las labores de investigación que realizaron al interior de la presente actuación, así como análisis link al interior de las líneas telefónicas propiedad de la víctima, que fueron incorporados al juicio, y que denotan que entre LUZ DENY, y el propietario de la línea telefónica terminada en 36 existía continua comunicación, así como peritos que extrajeron la información del celular marca Alcatel propiedad de LUZ DENY, y fijaron fotográficamente los mensajes vía chat contenidos en el celular marca BlackBerry propiedad de la víctima, en los que se pudo evidenciar conversaciones entre HECTOR LEONIDAS y LUZ DENY, en las que se hace menciona al acceso carnal abusivo del cual fue objeto la antes mencionada a manos de GIRALDO ARANGO. De igual forma comparecieron juicio dos investigadores de la Fiscalía, de profesión topógrafo y fotógrafo, con los cuales se logró probar la existencia del balneario Piedras y del inmueble en el que la víctima refirió haber sido agredida sexualmente por HECTOR LEONIDAS.

Y finalmente se incorpora como prueba de referencia la entrevista rendida por JOSE DE DIOS BONET TARAZONA, a través de la investigadora que la recolectó, GINA MARCELA CHAVEZ, prueba que por la forma excepcional de arribar al juicio tiene un valor probatorio menguado, resulta ser importante, por cuanto corrobora que la menor conocía a HECTOR LEONIDAS, da fe de la relación cercana entre

el procesado y la madre de LUZ DENY, por temas políticos, así como que hubo momentos en los que la menor se quedó a solas con HECTOR LEONIDAS, y que éste le había efectuado una manifestación “si no me la como yo, otro va y se la come”, dio cuenta de que HECTOR LEONIDAS, decía que LUZ DENY estaba bonita, que estaba buena, y estuvo presente en varias oportunidades en las que llegaba la madre de LUZ DENY, con ella a la casa de HECTOR LEONIDAS, dejaba la menor allí y NATALIA, madre de LUZ salía de la casa junto con él, situación que reitera la Sala hace mucho mas creíble los dichos de la víctima, en punto a que la agresión sexual en contra de LUZ DENY GONZALEZ, si pudo perpetuarse a manos de GIRADO ARANGO.

Ahora bien, de la prueba aportada por la defensa de antemano tenemos que indicar que no logró hacer menos creíble la teoría expuesta por la Fiscalía, quien tenía la carga de derribar la presunción de inocencia de su prohijado lográndolo. Trajo a juicio personas que si bien conocieron desde pequeña a la joven LUZ DENY GONZALEZ, no pueden dar fe de manera directa que el hecho que se le endilga a HECTOR LEONIDAS no acaeció, no se ubica al procesado en un lugar diferente al municipio de Taraza para los meses en los que se dice ocurrió la agresión sexual, así mismo, como ya se dijo con antelación los ataques en caminados a impugnar credibilidad a los dichos de víctima, fueron infructuosos.

Se escuchó al investigador de la defensa el señor JOHN JOSEP GARAY RUEDA, quien tuvo como labores efectuar varias entrevistas en el municipio de Tarazá y solicitar información ante algunas entidades públicas, tomando entrevista al señor JOSE DE DIOS BONET TARAZONA, el 15 de mayo de 2015, entrevista que de igual forma que sucedió con la Fiscalía ingresó como prueba de referencia. En ella el señor BONNET TARAZONA indicó que conoció a HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, por cuanto lo acompañó en dos campañas políticas, una en el año 2007 y posteriormente en el 2011, y que conoció a la menor LUZ DENY, por la madre de esta la señora NATALIA, alias “La Simpson”, quien era simpatizante de la campaña política de Héctor Leónidas, afirmó que permanecía las 24 horas del día junto a HECTOR LEONIDAS, por lo que puede dar fe de que este nunca se sobrepasó sexualmente con la menor LUZ DENY, que era un hombre respetuoso tanto con hombres como con mujeres, y que nunca observó un mal comportamiento de su parte. Frente a pregunta de si estuvo

presente en un evento efectuado en el balneario Piedras en el año 2012 refirió que para esa época estaba detenido, que salió en libertad en el año 2013.

Respecto a lo dicho por este testigo, que como ya se advirtió también rindió con posterioridad entrevista a la Fiscalía, misma que ingresó al Juicio como prueba de referencia, en esa oportunidad el testigo dijo lo siguiente: *“Tengo también para contar que hace 3 meses el señor HECTOR LEONIDAS GIRALDO me llamo a mi celular 3147427369, me dijo que nos encontráramos en Caucasia que necesitaba hablar conmigo, me dijo que necesitaba que le colaborara con el proceso que él tibia con la niña, la hija de la Simpson, que como yo había escuchado en las noticias lo habían cogido preso por un día, pero que el proceso seguía abierto y que necesitaba que yo le colaborara en eso, yo le dije que de qué manera le podía colaborar que él sabía muy bien lo que yo había visto en la casa de él, entonces él me dijo que él mandaba un abogado investigador que él tenía y que yo desmintiera eso y todo lo que me preguntará que hablara en favor de él y que él me iba a dar 30 millones de pesos. Yo vine a Caucasia hable con el investigador que se llama JOHN JOSEP DE JESUS GARAY RUEDA, e hice todo lo que me había pedido el señor HECTOR LEONIDAS GIRALDO, que él no tenía nada que ver en eso, que yo no había visto nada en la casa de él, hable todo a favor de él, por medio de un ingeniero que no conozco, se me identifico como ingeniero, me hizo llegar TRES MILLONES DE PESOS.”*, manifestación que contrastada con lo dicho en juicio por el testigo de cargo MARIO MIRA, resulta entregar elementos de juicio suficientes para que la Sala considere que en efecto el actuar del procesado era este, el de solicitarle a sus colaboradores más cercanos brindar entrevistas en su favor a cambio de dinero, pues MARIO MIRA, señaló bajo la gravedad de juramento que había dado una entrevista también a un investigador enviado por HECTOR LEONIDAS, favoreciéndolo, diciendo que nada había sucedido con la menor LUZ DENY, que a cambio de eso le había ofrecido plata para comprar unos cerdos, pero que nunca le dio el dinero, y que por el contrario fue denunciado por extorsión.

Nótese entonces, como la entrevista efectuada por el señor BONNET TARAZONA, el 10 de septiembre de 2015, desmiente la brindada a la defensa el 15 de mayo de 2015, en la que favoreció a HECTOR LEONIDAS, por una dadiva ofrecida. Siendo entonces los dichos ingresados como prueba de referencia por la defensa completamente desacreditados.

Así mismo compareció al juicio el señor JUAN DIEGO FERNANDEZ RESTREPO, quien indicó que tenía un lote en la vereda piedras, que adquirió con su hermano a un señor DANNY MARTNEZ, lo compró en el año 2011 y lo vendió en el 2013 a una señora VICTORIA RAMIREZ, dijo conocer a HECTOR LEONIDAS GIRALO, pero que no sostenía ninguna relación de amistad con él, señaló que el lote no tenía ninguna construcción, que era bien baldío, en el que pretendían montar un proyecto de piscicultura, refirió que habían unas casitas más arriba de su propiedad que eran de un señor que les cuidaba el lote.

Con este testigo pretendía la defensa desvirtuar los dichos de la víctima respecto de que en cerca al balneario en Piedras existía una propiedad, en la cual HECTOR LEONIDAS abusó de ella, sin lograrlo, pues el señor FERNANDEZ RESTREPO, si bien afirmó tener un lote en la vereda piedras cerca al balneario, que no contaba con ninguna construcción, adujo que habían más construcciones en la parte de arriba del lote, por lo que no se puede desvirtuar la existencia de un inmueble como lo señala la joven LUZ DENY, el señor MARIO MIRA, y fue corroborado por el topógrafo y fotógrafo investigadores de la Fiscalía.

Seguidamente la señora ANNI KARINA ROCHA, compareció a juicio Comisaria de Familia de Cáceres en la actualidad, quien rindió una entrevista a un investigador de la defensa, cuando era Personera del municipio de Tarazá, manifestó conocer a LUZ DENY, porque es nieta de una amiga suya llamada GUILLERMINA, cuenta que en el velorio de REINALDO POSSO MUÑETON, tuvo la oportunidad de escuchar una conversación sostenida entre GUILLERMINA, y LUZ DENY, en la que la joven lloraba por la muerte de Reinaldo, y la señora GUILLERMINA, le decía a su nieta que ella podía remediar las cosas con HECTOR, que ya con REINALDO no, pero con HECTOR sí, pero que LUZ DENY, le dijo que ella estaba amenazada por MIGUEL y MARLON.

Se le impugna credibilidad a la testigo por parte de la Fiscalía, por cuando cambio el orden de lo dicho en el juicio, con lo dicho en la entrevista entregada a la defensa, pero al ser una disparidad irrelevante, la Sala considera que la impugnación de su credibilidad no fue éxito. Así como su testimonio para la teoría del caso de la defensa, pues de lo dicho por esta no se desprende ninguna circunstancia que haga menos creíble el relato de la víctima, pues ella simplemente narra lo que supuestamente oyó decir a otros.

Seguidamente JUAN CARLOS OLIVEROS, comparece a juicio, a indicar que rindió informe de los hechos a la fiscalía, en los que dejó consignadas varias asuntos para él relevantes, e imprecisiones que en su parecer incurrió la víctima LUZ DENY, como la imprecisión en la fecha, y en el hecho de que había dicho en la denuncia que había perdido la virginidad a causa de la agresión sexual sufrida a manos de HECTOR LEONIDAS, pero que en una valoración psicológica que se le hizo a la menor en Medicina Legal de Montería, observó una hoja suscrita a mano alzada en la que la menor contaba que había perdido la virginidad con REINALDO POSSO. Imprecisiones que ya fueron superadas por el análisis de la Sala, por cuanto con el mismo testimonio de la víctima se pudo conocer las causas de las mismas, por lo que carecen de relevancia.

De igual forma compareció al estrado el señor CARLOS ARTURO PINEDA MARTINEZ, Policía Hombre de protección de HECTOR LEONIDAS GIRALDO desde el año 2011, acudió al juicio haciendo únicamente referencia a un evento al cual había acompañado al señor HECTOR LEONIDAS, en el municipio de Puerto Valdivia en el mes de julio de 2011, concretamente a la fiesta del campesino, por cuanto el candidato a la Alcaldía de Valdivia de nombre JONAS, lo había invitado, de ese día relato no haber observado ningún actuar delictivo por parte de su protegido, que si lo hubiera observado en su condición de policía lo hubiera reportado por cuanto es su deber constitucional, ubico a la señora NATALIA, alias la Simpson ese día en la fiesta, pero adujo no haber estado cerca a HECTOR LEONIDAS. Situación contraria a la referida por la señora MARIA GUILLERMINA GONZALEZ PEREZ, abuela de LUZ DENY, quien también hizo alusión a ese día e indicó que se encontraba allí con varios familiares entre ellas NATALIA su hija y su nieta LUZ DENY, que departieron con el procesado en el restaurante “Brisas”, que tomaron gaseosa, por un lapso de 40 minutos aproximadamente, en los cuales no se percató de que GIRALDO ARANGO, se sobrepasara con su nieta quien para la época era menor de edad.

De estos dos testimonios presentados por la defensa, lo único que extrae esta Magistratura, es que en efecto uno de los eventos en los que afirmó la víctima haber sido tocada por HECTOR LEONIDAS, en sus partes íntimas si existió, así como que departieron con él en el restaurante Brisas, y que muy seguramente la abuela GUILLERMINA, y su hombre de protección CARLOS PINEDA, no pudieron percatarse de ello por cuanto lo hizo a hurtadillas sin que nadie lo viera. De igual forma lo hizo la señora ALEJANDRA MARCELA OQUENDO, tía de LUZ DENY, quien afirmó conocer a HECTOR

LEONIDAS GIRALDO ARANGO, aproximadamente desde el año 2008, así mismo haber dio cuenta de haber asistido a la fiesta del campesino en Puerto Valdivia, y haber departido con el precitado, que en dicha oportunidad se acordó que GIRALDO ARANGO, sería el padrino de su hijo menor, que no observó ningún comportamiento extraño entre este y su sobrina LUZ DENY, y que si hubiese conocido que este cometiera conductas punibles no hubiese permitido que fuera el padrino de su hijo.

Igualmente el testigo de la defensa JONAS DARIO HENAO, Alcalde de Valdivia para la época de los hechos, depuso acerca de la fiesta del campesino a la cual invitó a HECTOR LEONIDAS, y de no haber observado que este se sobrepasara sexualmente con la menor LUZ DENY.

De otra parte, también se escuchó la declaración de FRANCISCO JAVIER GONZALEZ MURILLO, quien para el año 2012 dijo tener un Balneario en Piedras, cuenta que para ese año el señor HECTOR LEONIDAS, no frecuentaba mucho el lugar, pero iba de vez en cuando con sus hijos y su esposa. No recuerda haber visto a LUZ DENY, en ese lugar, y que no vio asistir al procesado allí en compañía de menores de edad, solo de sus hijos.

LUZ STELLA VARGAS GIRALDO, madrina de LUZ DENY, y quien la crio hasta que tuvo 7 años que la mama se la llevó, afirmó conocer al señor HECTOR LEONIDAS, desde que se montó a la alcaldía, pero no dio cuenta de ningún hecho relevante para la investigación.

ALIRIA ENEIDA PEREZ, quien suministró información acerca de que tuvo viviendo a la menor LUZ DENY, por un lapso de 6 meses, a petición de su hermano ELKIN GUILLERMO PEREZ PALACIO, Sacerdote, luego de la muerte de su madre, indicó que el comportamiento de la menor era "*bien, normal*", respecto del señor HECTOR LEONIDAS, refirió no conocerlo. Es de anotar que en igual sentido declaro el Presbítero PEREZ PALACIO, quien corrobora lo dicho por su hermana acerca de haber habitado su domicilio por un tiempo, así como de la condición de vulnerabilidad de la menor, y la ayuda que le brindó. Pero tal y como fuera esbozado por el Juez de instancia, estos testigos

corroboran el relato de la menor, y no brindan ningún conocimiento acerca de la agresión sexual sufrida por LUZ DENY, cerca al balneario Piedras.

Finalmente tiene para indicarse respecto de lo dicho por los profesionales de la Psicología LEONEL VALENCIA, y el señor HERMES DE JESUS GRAJALES, especialista en medicina forense, con quien la defensa pretendía diluir la fortaleza inculpatoria de los dichos de la víctima aunados a los demás medios de prueba presentados al juicio que dan cuenta de la existencia del hecho investigado, de la agresión sexual acaecida en el inmueble ubicado en la vereda Piedras, cerca al Balneario Piedras, a mano del señor HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, quien la accedió carnalmente cuando contaba con tan solo 13 años de edad, pues de los dicho por estos profesionales, pese a que HERMES DE JESUS, efectuó análisis de la historia clínica de la menor, de la valoración psiquiátrica que se le practico, y la denuncia presentada, concluyendo que el hecho no ocurrió, por las contrariedades en la fecha de ocurrencia del hecho, por el lenguaje utilizado por la menor y por haber afirmado en la denuncia que perdió la virginidad por el abuso sexual de la que fue objeto por parte de HECTOR, cuando quedo probado que su primera relación sexual fue con REINALDO POSSO, siendo temas que para la sala quedaron superados y aclarados, no restando valor suasorio a los dichos de LUZ DENY. Y pese a que el psicólogo de la defensa indicara que encontraba cierta inverosimilitud en lo dicho por la menor, ante las inconsistencias ya referidas, también aduce que el relato de esta es coherente.

Así las cosas, una vez analizado *in extenso*, la prueba de cargo y de descargo, no a otra conclusión se puede arribar que confirmar la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, pues con la prueba presentada por la Fiscalía se arribó al estándar de prueba requerido para proferir la sentencia en ese sentido, es decir, se probó más allá de duda razonable la existencia del hecho de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en la persona de LUZ DENY GONZALEZ y la participación de HECTOR LEONIDAS GIRALDO ARANGO, en el mismo.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria preferida en contra del señor HÉCTOR LEONIDAS GIRALDO A. por el delito acceso carnal abusivo con menor de 14 años, proferida por el Juzgado Penal de Circuito de Caucasia, por los argumentos expuestos con antelación.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes (artículo 98 Ley 1195/10). -

CÓPIESE y a su ejecutoria DEVUÉLVASE al Juzgado de origen.

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY AVILA DE MIRANDA

Magistrada

ALEXIS TOBÓN NARANJO

Secretario

Firmado Por:

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

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

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **8f5b9e725065437b4e5a99b656e64adc61dc5c09a7c2605b59e827e30c5670c7**

Documento generado en 16/12/2022 10:21:33 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2023)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

RADICADO	: 05 761 60 00350 2019 00092 (2021 0222)
DELITO	TENTATIVA DE FEMINICIDIO
ACUSADO	YESID ANDRÉS VALENCIAS POSADA
PROVIDENCIA	: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **VIERNES VEINTISIETE (27) DE ENERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2022), A LAS 10:00 A.M.**

Es de anotar que conforme con lo autorizado por el artículo Tercero del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, emitido por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, la audiencia se realizará mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, motivo por el cual, a través de la Secretaría de la Sala, se enviará a las partes oportunamente el link para la correspondiente

conexión.

Por la Secretaría de la Sala entérese de manera oportuna a todas las partes e intervinientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado ¹

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

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

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

Código de verificación: **b090e00a78a9bed852a1fb604341d76e0fdc5705229448a73eaf3a1e8cc309a3**

Documento generado en 18/01/2023 06:12:23 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 005

RADICADO	: 05000-22-04-000-2022-00594 (2022-2030-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: JUAN PABLO JIMÉNEZ GÓMEZ
AFECTADA	: LUZ DARY GÓMEZ ESCOBAR
ACCIONADO	: FISCALÍA SEGUNDA SECCIONAL DE GUARNE ANTIOQUIA Y OTROS
PROVIDENCIA	: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el doctor Juan Pablo Jiménez Gómez apoderado judicial de la señora LUZ DARY GÓMEZ ESCOBAR en contra de la FISCALÍA SEGUNDA SECCIONAL DE GUARNE ANTIOQUIA, el PARQUEADERO SAN ANTONIO DE GUARNE, la SECRETARIA DE MOVILIDAD DE GUARNE, el DEPARTAMENTO DE POLICÍA DE ANTIOQUIA y la ESTACIÓN DE POLICÍA DE GUARNE por estimar afectados sus derechos fundamentales.

Se vinculó al presente trámite a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE GUARNE, ANTIOQUIA.

LA DEMANDA

El accionante informó que el 29 de agosto de 2022 la señora María

Cecilia Montoya Gómez falleció a consecuencia de un accidente de tránsito en calidad de pasajera del vehículo tipo automóvil de placas EWY362, el cual era de su propiedad, al colisionar con el tracto camión de placas STJ042.

Indicó que desde la fecha del siniestro el vehículo de placas EWY362, marca Chevrolet, línea Corsa L, modelo 2002, color azul gaviota perlado, VIN No. 8Z1SC21Z12V316088, quedó a disposición de la Fiscalía 02 Seccional de Guarne – Antioquia.

Manifestó que el 13 de octubre de 2022 solicitó ante la Fiscalía 02 Seccional de Guarne – Antioquia la devolución del vehículo de placas EWY362, pero en respuesta verbal, la Fiscalía 02 Seccional de Guarne – Antioquia negó la solicitud de devolución del vehículo, aduciendo que es competencia del juez de control de garantías.

Expresó que el 28 de octubre de 2022 se formuló la solicitud de devolución del vehículo EWY362 en audiencia de control de garantías ante el Juzgado 02 Promiscuo del Municipio de Guarne – Antioquia, quien no accedió a la solicitud, por considerar adecuadamente que dicha facultad es de competencia de la Fiscalía en los términos del artículo 88 de la Ley 906 de 2004.

Afirmó que, en días posteriores a la audiencia, se reiteró verbalmente ante la Fiscalía 02 Seccional de Guarne – Antioquia la solicitud de devolución del vehículo de placas EWY362, de conformidad con lo dispuesto en audiencia, y se adicionó la solicitud de exoneración del pago de los servicios de parqueadero y grúa, con fundamento en la

jurisprudencia constitucional y penal que así lo ordena.

Mencionó que la Fiscalía 02 Seccional de Guarne – Antioquia expidió oficio ordenando la devolución del vehículo de placas EWY362, pero no fue tomada en cuenta la solicitud de exoneración del pago de parqueadero y grúa que se realizó de forma verbal.

Adujó que el 9 de noviembre de 2022 radicó una nueva petición ante la Fiscalía 02 Seccional de Guarne – Antioquia, solicitando la devolución del vehículo de placas EWY362 y la exoneración del pago de parqueadero y grúa.

Dijo que, a la fecha de presentación de esta acción, la FISCALÍA 02 SECCIONAL DE GUARNE – ANTIOQUIA no ha otorgado respuesta a la petición referida, vía correo electrónico; sin embargo, le indicó a la accionante que asista al parqueadero para reclamar el vehículo.

Aseveró que la accionante acudió al Parqueadero San Antonio Guarne a reclamar el vehículo, pero no accedieron a entregarlo sin que se cancele el valor por concepto de parqueadero y grúa. Por lo que, el 14 de diciembre de 2022 acudió al Parqueadero San Antonio Guarne en calidad de apoderado judicial de la accionante, y el dueño le manifestó que la deuda por concepto de parqueadero y grúa asciende a \$2.000.000, y que sólo entregará el vehículo si le pagan \$500.000.

Señaló que la señora Luz Dary Gómez Escobar no cuenta con los recursos económicos para asumir el pago por concepto de parqueadero y grúa, especialmente teniendo en cuenta que el vehículo

EWY362 se encuentra en estado de pérdida total, como consta en el peritaje practicado.

Solicitó que se ordene a la Fiscalía 02 Seccional de Guarne – Antioquia dar respuesta de fondo, completa y coherente, a la petición realizada el 9 de noviembre del año en curso, y que ordene a la Fiscalía asumir el valor por concepto de parqueadero y grúa del vehículo EWY362, de conformidad con la regla jurisprudencial estipulada en sentencias T-748 de 2003 y T-962 de 2022 de la Corte Constitucional y STP-11138 de 2015 de la Corte Suprema de Justicia

Por último, que se conmine al Parqueadero San Antonio Guarne a devolver el vehículo de placas EWY362 sin realizar el cobro de los gastos de parqueadero y grúa.

LAS RESPUESTAS

1.- La Fiscalía 02 Seccional de Guarne Antioquia manifestó que, efectivamente, en dicha Fiscalía se adelanta la indagación radicada con el número 053186000336202200319 por el presunto delito de Homicidio Culposo en accidente de tránsito, según hechos ocurridos el 29 de agosto de 2022 en la autopista Medellín Bogotá, en comprensión territorial del municipio de Guarne, Antioquia, donde como consecuencia de la colisión del vehículo automóvil de placa EWY 362, con el tracto camión de placas STJ 042, REMOLQUE R74664, fallecieron dos de los ocupantes del automóvil y quedaron tres más lesionados.

Indicó que las diligencias fueron recibidas en el Despacho por el doctor

Carlos Eduardo Ortiz Fino, Fiscal 127 Seccional de Guarne, quien le informó detalladamente al uniformado de la policía de carreteras señor Luis Enrique Rodríguez Gordillo, que debía realizar todas las gestiones para trasladar los vehículos ante el patio único de la Fiscalía General de la Nación con sede en el municipio de Caldas Antioquia, y como coordinador, no autorizó para que los vehículos de placas EWY 362 y STJ 042 fueran dejados en parqueaderos particulares en el municipio de Guarne, porque las directrices del nivel central es que todos los vehículos inmovilizados y dejados a disposición de la Fiscalía General de la Nación deben ser llevados por los policiales al Patio Único de automotores de la Fiscalía, ubicado en el municipio de Caldas, Antioquia.

Señaló que como lo establece el artículo 100 de la ley 906 de 2004, en todos los casos de vehículos involucrados en accidentes de tránsito, le corresponde la entrega al juez en función de control de garantías, y esa fue la indicación que se le dio al apoderado de la presunta víctima en el momento en que hizo la petición de entrega del vehículo automóvil de placas EWY 362 y, por ello, se dirigió la petición a los juzgados en función de control de garantías con sede en el municipio de Guarne, donde la audiencia le correspondió al señor Juez Segundo Promiscuo Municipal, en síntesis, la audiencia de entrega de los vehículos involucrados en el accidente de tránsito que se ha referido fue realizada el 28 de octubre de 2022, donde se accedió a la entrega provisional del tracto camión y quedó pendiente la entrega del automóvil, ya que el juez adujo que era la Fiscalía quien debía realizar la entrega del mismo. Efectivamente atendiendo a lo establecido en el artículo 88 de la Ley 906 de 2004, oportunamente se realizó la orden para la entrega del vehículo al apoderado de la víctima, incluso se le indicó que debía retirarlo lo más pronto posible para evitar que le

generara más costos por el parqueo del mismo.

Informó que la señora que funge como víctima indirecta, Luz Dary Gómez Escobar, también se acercó a la fiscalía y se le dieron todas las indicaciones para retirar el vehículo del parqueadero, pero el señor Edwin Antonio Valencia Vallejo propietario del parqueadero, se negó a hacer la entrega del automotor, a pesar de que de los vehículos se encuentran a disposición de la Fiscalía y no podía cobrar valor por el parqueadero del automotor.

Aseveró que debido a la negativa del señor Edwin Antonio Valencia Vallejo a la entrega del automóvil a la peticionaria, el 06 de diciembre estuvo hablando con el señor alcalde municipal para ver en qué le podía colaborar respecto a ese caso para que la señora Luz Dary no se viera perjudicada y quedando de realizar gestiones ante el parqueadero para solucionar el inconveniente, se le envió vía WhatsApp copia de la orden de entrega del 01 de noviembre de 2022 para que tuviera conocimiento directo del caso a fin de solucionar lo pertinente, por lo visto el señor dueño del parqueadero aún continúa en la negativa de autorizar el retiro de ese lugar del vehículo automóvil de placa **EWY 362**, según la notificación de la acción de tutela veo que todas las gestiones que ha realizado esa delegada de la fiscalía para hacer efectiva la entrega del automotor, no han dado resultado; más aún cuando el señor Edwin Antonio Valencia Vallejo sabe desde el mes de julio del 2021 que los vehículos que están a disposición de la fiscalía no puede cobrar por el parqueadero y lo peor es que el señor Valencia Vallejo, aun sabiendo esa situación, continúa recibiendo vehículos a los uniformados a quienes también se les ha indicado reiteradamente que deben llevarlos al Patio único de automotores de la Fiscal, ubicado en Caldas, Antioquia.

Advirtió que el señor Edwin Antonio Valencia Vallejo propietario del parqueadero San Antonio del municipio de Guarne, Antioquia, recibe los vehículos involucrados en accidentes de tránsito cuando los hechos ocurren en comprensión territorial de ese municipio, por solicitud de la Secretaría de Movilidad, y le han dejado claro el hecho de que no puede cobrar en los casos de vehículos que quedan a disposición de la Fiscalía.

Aseguró que con el personero se han realizado reuniones donde se ha dejado claro que respecto de los vehículos que están a disposición de la Fiscalía General de la Nación, no se puede cobrar el parqueadero, el dueño del parqueadero tiene conocimiento de esa situación que se le ha hecho saber por parte de la doctora María Isabel Pabón Arroyave, Secretaria de Movilidad del municipio de Guarne, por intermedio de la administración municipal, de eso hace alrededor de año y medio cuando se trató el tema el 09 de julio de 2021 con la señora Directora de Fiscalías de Antioquia, reunión a la cual asistieron los uniformados de policía de carreteras, la secretaria de movilidad que para ese entonces era la secretaria de gobierno municipal, el señor alcalde, el comandante de policía y los fiscales del municipio; posterior a ello se realizó otra reunión el 25 de marzo de 2022 a la cual asistieron las autoridades encargadas como son la administración municipal, la fiscalía y la secretaría de tránsito y transporte y la Inspección de policía y tránsito hoy Secretaria de Movilidad, además de la directora a nivel nacional de los bienes (vehículos) a disposición de la fiscalía, donde quedó claro que en los casos de los vehículos dejados a disposición de la Fiscalía, no se puede cobrar costo por el parqueadero, de esa situación también en reiteradas ocasiones se le ha informado al señor Edwin Antonio, dueño del parqueadero, por

parte de la administración municipal. Por ello, esa delegada le solicitó el favor al señor alcalde que por intermedio de quien correspondiera se gestionara lo pertinente con el parqueadero para que se pudiera hacer la entrega efectiva del automóvil de placa EWY 362 a su propietaria.

Precisó que la Fiscalía General de la Nación obró diligentemente al solicitar al señor juez la entrega del automóvil a quien acreditara ser su propietario o tenedor legítimo y ante la negativa de éste, de inmediato procedió a emitir la orden de entrega del automotor a quien realizó la petición, pues es claro que se deben cumplir los protocolos de cadena de custodia para realizar experticia técnica al rodante, la cual se realizó el 25 de octubre de 2022.

Adujo que la Fiscalía emitió la orden de entrega del automóvil conforme a lo establecido en el artículo 88 de la Ley 906 de 2004, documento elaborado el 01 de noviembre de 2022, hace un mes veinte días, que sólo vino a recibirlo el apoderado el 04 de noviembre de 2022, a pesar de que se le informó de la orden el mismo día de su elaboración, por parte de la asistente del Despacho.

Aseveró que en ese caso no era relevante indicar en la orden al dueño del parqueadero que no debía solicitar cobro alguno, porque él sabía que no debía hacerlo y tampoco negarse a la entrega del rodante y también lo sabía el uniformado, quien dejó a disposición del despacho el automotor, porque ha participado en las reuniones que han realizado en la Alcaldía Municipal para tratar ese tema. Es decir que ante la orden de la Fiscalía éste debió materializarla el uniformado a quien se le dirigió y lo mismo debió hacer el propietario del parqueadero, porque no tiene ninguna justificación para cobrar el costo del mismo; demoras

y negativas que no pueden endilgársele a la Fiscalía, como inadecuadamente lo refiere el peticionario.

2.- La Policía Nacional de Antioquia expresó que de acuerdo con el Decreto 49 de 2003 (modificado por el decreto 113 de 2022), el cual modifica parcialmente la estructura del Ministerio de Defensa Nacional, Artículo 29. Modificar el artículo 52 del Decreto 1512 de 2000 el cual quedará así: "Cobertura del servicio de policía a nivel nacional. Con el fin de atender las necesidades del servicio de policía, consolidar la cobertura del servicio de policía en las entidades territoriales en que políticamente se divida el territorio y mantener una organización flexible que se adapte con oportunidad a los cambios del entorno, la normatividad legal y/o a las políticas de gobierno en materia de seguridad, el Director General de la Policía Nacional podrá crear, suprimir o modificar las regiones de policía, policías metropolitanas, departamentos de policía, escuelas de formación y capacitación, comandos y unidades desconcentradas, distritos, estaciones, subestaciones, comandos de atención inmediata y puestos de policía".

Indicó que de acuerdo a la estructura orgánica de la Policía Nacional dentro del Departamento de Policía, Antioquia, está adscrita la Estación de Policía Guarne - Antioquia, una vez verificado con el comandante de estación acerca del procedimiento policial, ese informó que "dicho procedimiento fue realizado por parte del personal de SETRA Alto Bonito los cuales dependen directamente por SETRA DEANT - Dirección de Tránsito y Transporte, y no del parte de la estación de Policía Guarne ya que los procedimientos realizados por parte de cada unidad es independiente".

Solicitó se desvincule al departamento de Policía Antioquia de la presente acción constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no existe vulneración a ningún derecho fundamental a la señora La Señora Luz Dary Gómez Escobar por parte del Departamento de Policía Antioquia, Estación de Policía

Guarne.

3.- El propietario del Parqueadero San Antonio indicó que el Parqueadero San Antonio – Guarne, legalmente constituido y que pertenece a la empresa SERVICIOS INTEGRALES INTERVENTORIAS Y ASESORIAS GOMA S.A.S. con NIT: 900917576-1, presta sus servicios como parqueadero particular.

Señaló que, tiene convenio con la alcaldía municipal de Guarne, para prestar el servicio “PARQUEADERO PARA INMOVILIZACION DE VEHICULOS, AL IGUAL QUE EL SERVICIO DE GRUA PARA EL MISMO PROPOSITO”, el cual fue otorgado mediante la resolución N° S2020000147 del 24 de abril de 2020 y en su artículo quinto y sexto se fijan los valores autorizados a cobrar por parte del parqueadero, bien sea a la administración o a el propietario del vehículo inmovilizado; y también en su artículo tercero, aduce que solo serán inmovilizados los vehículos mediante *Autorización de Autoridad de Tránsito*.

Manifestó que efectivamente el vehículo de placas EWY362 ingresó a las instalaciones del Parqueadero San Antonio – Guarne el 29 de agosto de 2022, pero como lo demuestra el inventario del vehículo, entra bajo la autorización de la Policía de Tránsito.

Aseguró que, en ningún momento se les fue informado que el vehículo de placas EWY362, estuviera bajo la custodia de la Fiscalía.

Expresó que en días pasados se presentaron los accionantes a las instalaciones del parqueadero, solicitando la entrega del vehículo, dado que la fiscalía les había autorizado la entrega, ante lo que se les informo que el Parqueadero San Antonio – Guarne, no cuenta con

ningún convenio con la fiscalía, se tiene constancia de que el vehículo se encuentra bajo custodia de la fiscalía y al momento de realizar la reclamación no contaban con papeles de propiedad del vehículo; de igual se les solicito el pago de lo adeudado por concepto de grúa y patios, así:

- Servicio grúa rural: \$130.000
- Parqueadero día: \$21.000 desde el 29/08/2022”

Mencionó que no cuenta con ningún convenio con la fiscalía, y de igual forma no son ni autoridad de tránsito y no son una entidad dependiente de la alcaldía de Guarne, por lo que no se encuentra cubierta por la resolución N° S2020000147 del 24 de abril de 2020.

Aclaró que es su disposición realizar la entrega del vehículo en consideración o de cualquier otro vehículo a nuestra disposición; pero siempre respetando el debido proceso; es decir que se ordene la entrega por la autoridad pertinente y nunca se les informó que el vehículo estuviera en custodia de la fiscalía y bajo el derecho que les asiste a recibir la remuneración o pago por los servicios prestados, en cuanto a que son una empresa de carácter particular sin nexo alguno con la Fiscalía; y que se rige específicamente por la ley mercantil.

Solicitó que se ordene la cancelación de los servicios prestados a el vehículo de placas EWY362 por parte de la entidad o persona que el despacho considere pertinente, por conceptos de: Servicio de grúa rural: \$130.000 y Parqueadero día: \$21.000 desde el 29/08/2022, hasta el día en que se presente el retiro del vehículo de sus instalaciones.

Por último, dijo que se ordene a la fiscalía les presente un informe de

cuáles son los vehículos que se encuentran bajo su custodia y en donde se encuentran ubicados los patios de la fiscalía, para poder ordenar la disposición de dichos vehículos en las instalaciones que realmente le correspondan a la fiscalía y de ese modo evitar futuros inconvenientes.

4.- La Alcaldía de Guarne y la Secretaría de Movilidad de Guarne, expresaron que se atienen a lo probado, además de indicar que al existir otros medios o recursos de defensa judicial distintos a la tutela para el caso y debido al carácter subsidiado y residual de la acción de tutela, las controversias suscitadas entre la administración y los administrados, deben solucionarse por medio de los recursos ordinarios que el legislador tiene previstos para tal fin.

Indicaron que, una vez analizados los diferentes fundamentos de derecho que enuncia el actor como también los derechos fundamentales de los cuales solicita el amparo, es necesario anotar la existencia de varios preceptos de orden constitucional y legal que, a todas luces, no son aplicables a la entidad. Además, los derechos pregonados por el actor obedecen a las actuaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, toda vez que a la fecha la Secretaría de Movilidad de Guarne, no tiene la competencia para la entrega del vehículo con ocasión de un siniestro vial cuando se ve involucrada la vida humana.

Por último, solicitó declarar improcedente la acción de tutela por existir falta de legitimación en la causa por pasiva; y en consecuencia, desvincular a la entidad de dicho trámite.

LA PRUEBAS

1.- La Fiscalía 02 Seccional de Guarne, Antioquia, remitió copia digital del proceso.

2.- El Parqueadero San Antonio, indicó que el Parqueadero San Antonio – Guarne, adjunto copia de la resolución N° S2020000147 del 24 de abril de 2020.

CONSIDERACIONES

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

Así que, en términos generales, la acción de tutela ha sido concebida única y exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para las cuales el sistema jurídico no tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

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

En efecto, ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

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

Para el caso concreto, el accionante se duele de que a la fecha la Fiscalía 02 Seccional de Guarne no hayan emitido respuesta de fondo, completa y coherente a la solicitud presentada desde el 09 de noviembre de 2022, además que se no le haya realizado la entrega del vehículo automotor de placas EWY362 por parte del Parqueadero San Antonio de Guarne sin la exigencia del pago de los gastos de parqueadero y grúa de dicho automotor.

Al respecto, la Fiscalía 02 Seccional de Guarne Antioquia, manifestó que el 01 de noviembre de 2022, emitió el oficio 633 se emitió la orden de entrega del automóvil de placas EWY362 a su propietaria.

¹ Sentencia T-625 de 2000.

Se advierte que, si bien la Fiscalía 02 Seccional de Guarne Antioquia, manifestó haber expedido oficio 633 del 01 de noviembre de 2022 donde ordena la entrega del automotor con placas EWY362 a su propietaria, también es cierto que no hay evidencia que la Fiscalía haya emitido respuesta a todos los ítems presentados en la solicitud por el accionante; por lo tanto, un trámite el cual considera ésta Sala no sólo debe dársele un oficio ordenando la devolución del automotor sino una respuesta oportuna, clara y de fondo, además ponérsela en conocimiento del actora por los medios más expeditos.

De lo anterior, se desprende en consecuencia que a la fecha la Fiscalía 02 Seccional de Guarne Antioquia, no le ha dado respuesta de fondo, clara y completa a la solicitud presentada por el accionante el pasado 09 de noviembre de 2022.

Con lo indicado se demuestra que existe una vulneración al derecho fundamental de petición que le asiste a la petente, toda vez que quedó establecido que efectivamente se ha elevado petición el 09 de noviembre de 2022 y de la cual analizada la documentación anexa al trámite constitucional, se advierte que la Fiscalía 02 Seccional de Guarne, Antioquia, no le ha brindado respuesta a la parte actora.

Por lo anterior, la Sala procederá a tutelar el derecho fundamental de petición que le asiste a la parte actora y en consecuencia de ello ordenará a la Fiscalía 02 Seccional de Guarne, Antioquia, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, si aún no lo han hecho, proceda dentro del ámbito de su competencia a emitir una respuesta de fondo, clara y concreta a la solicitud realizada el 09 de noviembre de 2022 por el apoderado judicial de la señora LUZ DARY GÓMEZ ESCOBAR.

El accionante pretende además que, por esta vía constitucional, se ordene al PARQUEADERO SAN ANTONIO DE GUARNE le haga devolución del automotor con placas EWY362 sin el cobro de parqueadero, ni de grúa, gastos en que se incurrió después de la inmovilización realizada a dicho automotor debido a un accidente de tránsito ocurrido el 29 de agosto de 2022.

En cuanto a la solicitud de que se exima de cobrar gastos de parqueadero y grúa del automotor identificado con la placa EWY362, se tiene para decir que la acción de tutela se encuentra prevista para proteger derechos constitucionales fundamentales lesionados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas y, en determinados casos, de particulares; siendo procedente únicamente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando la misma sea instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Y si bien el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 destaca la improcedencia de la acción frente a actos generales, impersonales y abstractos, dicha preceptiva debe ser apreciada en concreto en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Por ende, se entrará a determinar si se presenta la vulneración de los derechos fundamentales de la señora LUZ DARY GÓMEZ ESCOBAR por parte de las entidades accionadas o si contrario para lograr este tipo de pretensiones la acción de tutela se torna improcedente.

En efecto, ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la

medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.”²

En sentencia T-766 de 2006 el Máximo Tribunal Constitucional reiteró:

“En todo caso, no es la acción de tutela el instrumento adecuado por el cual se pueda entrar a discutir si un candidato cumplió o no con los requisitos mínimos para concursar, pues es la autoridad administrativa quien de manera directa o indirecta decidirá sobre este punto.

(...)

En cuanto a la legalidad de los actos mediante los cuales se dispuso excluir del concurso de méritos al demandante, encuentra esta Sala de Revisión que es asunto acerca del cual tendría que pronunciarse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, si el peticionario ejerciere la acción correspondiente para que se determine si había o no derechos reconocidos en su favor. Habría sido en esa esfera de la Administración de Justicia donde procedería decidir acerca de la presunta violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, si es que se ha de insistir sobre las circunstancias dentro de las cuales se ha expedido un acto y las consecuencias que genere y si hubo atentado contra el derecho al debido proceso.”

En el caso a estudio, tenemos que acción de tutela está instituida para la protección de derechos fundamentales vulnerados o amenazados por una acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, siempre y cuando no se disponga con otro medio judicial o cuando siendo instaurada como un mecanismo transitorio se busque evitar un perjuicio irremediable, características de las cuales se desprende claramente que no está establecida para ordenar que se exima del pago de unos gastos que se dieron en el momento del traslado y parqueo del vehículo automotor.

² Sentencia T-625 de 2000

Es claro que la llamada a responder por los gastos de parqueadero y grúa es la entidad que dio la respectiva orden para la inmovilización del vehículo automotor, sin que esto pueda afectar a la solicitante del bien automotor, así lo determinó la Corte Suprema, en su sentencia STP-11138/2015.

“...El artículo 22 de la Ley 906 de 2004 establece que *“la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal”*.

Asimismo, el numeral 6º del canon 250 *ejúsdem* prevé que la Fiscalía General de la Nación podrá adoptar *“las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”*.

De acuerdo con la normatividad descrita, el ente acusador tiene plenas facultades para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, entre las que se encuentra la de inmovilizar los automotores comprometidos en accidentes de tránsito en que se causen lesiones a alguna de las partes.

3. La Corte Constitucional ha manifestado que cuando al interior de un proceso penal son detenidos automotores, la autoridad judicial que los tiene a su disposición debe sufragar los gastos de parqueadero de los mismos. Al respecto, en sentencia CC T-748/03, dijo:

(...) Los gastos de parqueo generados por la inmovilización de vehículos corresponde a la autoridad judicial durante la actuación judicial

5. La Corte Constitucional en anterior oportunidad se pronunció sobre este punto, sosteniendo que *corresponde a la autoridad judicial asumir los gastos que ocasione el servicio de patios prestado a los vehículos inmovilizados en desarrollo de una causa penal, a efectos de mantener inalterable el objeto material de la conducta punible*. Dijo así la Corte:

“...Es así como, en materia de investigación, instrucción y en general en el desarrollo de la causa penal, no existe una orden normativa que establezca el gravamen por parte del sindicado de soportar las expensas derivadas de la prestación de la actividad de patios, circunstancia por la cual, aunque es predicable la existencia de un derecho al cobro del servicio prestado, su imputabilidad se predica en relación con quien dispuso la entrega del vehículo, es decir, de la autoridad competente”¹²¹.

Es claro entonces que es la autoridad judicial que impartió la orden de inmovilización la que debe asumir los gastos generados por la guarda y custodia del vehículo. Empero, es necesario precisar que esa carga la asume dicha autoridad sólo hasta cuando permanezca bajo su disposición el bien aprehendido, pues luego de levantada la medida y autorizada la entrega a su propietario, cesa la obligación de la Fiscalía o de los jueces de cubrir esos gastos, debido a que de allí en adelante es responsabilidad del propietario el retiro de los patios. De suerte que si es su voluntad no retirarlo, debe correr con los gastos de

parqueo que genere la estadia del vehículo en los patios, dado que para ese entonces ya el vehículo dejó de estar bajo la responsabilidad de la autoridad que ordenó su inmovilización.

Asimismo, en providencia CC T-1000/01 señaló:

En principio, un vehículo retenido debe ser conducido a un patio, sin embargo, puede ocurrir que en materia de tránsito y no en el desarrollo de las causas penales, el particular decida que a su costo, tenga lugar la inmovilización en un parqueadero o taller independiente, evento en el cual, surge un contrato de depósito (artículo 2236 del Código Civil en armonía con el 1170 del Código de Comercio), que obliga al sujeto a cumplir cabalmente todas las obligaciones que se suscitan de la citada relación personal, entre ellas, las expensas derivadas del cuidado y conservación del bien.

La citada opción, no tiene ocurrencia en materia penal, ya que la finalidad de la adopción de la medida consiste en mantener inalterable el objeto material de la conducta punible, circunstancia que limita la voluntad del titular por el principio de conservación de la prueba.

Ahora bien, cuando un automotor es trasladado a un patio, el sujeto titular del bien no presta su consentimiento en la decisión, circunstancia por la cual, es impredecible la existencia de una relación contractual, ya que “condicio sine qua non” de la misma, es la existencia previa de un acuerdo de voluntades.

Cuando no existe acto jurídico generador de obligaciones, y no es de aquellos eventos en los cuales se predica un hecho jurídico, es necesario que cualquier obligación, como la de pagar las expensas por la vigilancia y cuidado del bien, provengan de una norma que las imponga explícitamente.

5. En el evento sub iudice, el taxi retenido, fue conducido al parqueadero Los Arias, el cual independientemente de la relación contractual que tenga con la administración, se encuentra prestando en este caso, la actividad de patios, es decir, aquella mediante la cual, recibe los automotores retenidos por orden de autoridad competente, hasta el momento en el cual, se levante la decisión que dio origen a la inmovilización. Es claro entonces, que es impredecible la ocurrencia de una actividad de parqueo, y que por lo mismo, no existe una relación contractual que permita el cobro de las expensas de cuidado y vigilancia.

Ante la ausencia de relación contractual, es necesario acudir al ordenamiento jurídico para precisar si existe un mandato normativo que imponga la susodicha obligación. Es así como, en materia de investigación, instrucción y en general en el desarrollo de la causa penal, no existe una orden normativa que establezca el gravamen por parte del sindicado de soportar las expensas derivadas de la prestación de la actividad de patios, circunstancia por la cual, aunque es predicable la existencia de un derecho al cobro del servicio prestado, su imputabilidad se predica en relación con quien dispuso la entrega del vehículo, es decir, de la autoridad competente (...).

7. Es necesario advertir, que en desarrollo de la causa penal que dio origen a la retención del vehículo (taxi), el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito, ordenó la entrega del automotor sin condicionamiento alguno, mandamiento desconocido por el accionado quien lo retuvo en contravía de la citada orden.

Es importante resaltar que para la vigencia del Estado Social de Derecho, es necesario que los particulares y en general los operadores jurídicos, se sometan al acatamiento de las decisiones de las autoridades, para de esa

manera, lograr el aseguramiento de los derechos y libertades de las personas, fin del Estado reconocido por la Constitución, a la par que logra la prevalencia y vigencia de un orden justo (preámbulo y artículo 2 de la C.P).

En principio ninguna persona puede relevarse del deber de acatar la decisión de una autoridad, a menos que ocurran circunstancias ajenas a su voluntad, imprevisibles e irresistibles que constituyan una justa causa que impida la observancia de la decisión. No es otro el alcance del artículo 95 de la Constitución, cuando impone como deber de toda persona: "...3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas... y 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia..."

De suerte que ante la orden de una autoridad, mediante la cual se exija el cumplimiento o el acatamiento a una decisión, es deber y obligación de los operadores jurídicos proceder conforme a lo dispuesto. Es por eso, que el legislador plasma mecanismos para hacer efectivo el presente postulado, bien sea por el camino de la ejecución o por la ruta de la sanción ante el fraude a una resolución judicial.

(...) no podía el parqueadero Los Arias sustraerse al cumplimiento de un mandamiento judicial, mediante el cual se ordenó la entrega incondicional del automotor, por estimar que tenía derecho a retener el vehículo, al actuar de la citada manera, se sustrajo de la ejecución de una orden imperativa, incumpliendo sin justa causa una resolución judicial..."

Como se puede observarse el vehículo de placas EWY 362, se vio involucrado en accidente de tránsito el 29 de agosto de 2022, por lo cual fue inmovilizado y dejado a disposición de la Fiscalía 02 Seccional de Guarne, por parte de la Policía Nacional de Antioquia, al cual procedió a dejar el vehículo automotor en el Parqueadero San Antonio de Guarne; sin tener en cuenta lo manifestado por el Fiscal de turno que advirtió que debía ser llevado a los patios de la Fiscalía ubicados en el municipio de Caldas Antioquia y así mismo el encargado del Parqueadero recibió el vehículo sin hacer ninguna observación de la falta de convenio con la Fiscalía General de la Nación, solo en el momento que la Fiscalía 02 Seccional de Guarne imparte orden de entrega del vehículo automotor, es que el encargado de dicho parqueadero se niega a entregar el automóvil de placas EWY362, aduciendo que debe cancelar los costos acarreados por conceptos de grúa y parqueadero desde el 29 de agosto de 2022 hasta la fecha que cancele, situación que contraviene con la normatividad legal.

Teniendo en cuenta que la inmovilización del vehículo automotor fue con ocasión a un accidente de tránsito, se puede asegurar que la dueña del automotor no dio su consentimiento para el traslado al parqueadero denominado “PARQUEADERO SAN ANTONIO” del municipio de Guarne y por lo tanto no existió ningún tipo de contrato que hiciera exigible el cobro del servicio de grúa y parqueadero del automóvil con placas EWY362.

Según la respuesta emitida por la Fiscalía 02 Seccional de Guarne, el 01 de noviembre de 2022, ordenó la entrega del vehículo automotor con placas EWY362, pero a la fecha no se ha podido efectivizar dicha entrega porque la persona encargada del parqueadero está realizando el cobro del servicio de grúa y el parqueadero causado desde el 29 de agosto de 2022 hasta la fecha que se retire el automotor de dicho establecimiento.

Es imperioso que debe darse cumplimiento a la orden emitida por la Fiscalía 02 Seccional de Guarne por parte del parqueadero donde reposa actualmente el automóvil consistente en hacer entrega del mismo sin ningún tipo de condicionamiento al dueño legítimo, generándose a favor del Parqueadero San Antonio de Guarne la posibilidad de promover las acciones legales contra la Fiscalía General de la Nación, con miras a obtener el pago del servicio que ha prestado.

Así las cosas, es claro que se desconocieron los derechos de petición, debido proceso y al acceso a la administración de justicia de LUZ DARY GÓMEZ ESCOBAR, al no haberse materializado la entrega efectiva del vehículo de placas EWY362, dispuesta a través de orden judicial.

Ahora, la Sala considera oportuno aclararle al representante legal del referido parqueadero que no está obligado a soportar una carga económica que no le pertenece, razón por la que tienen la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para reclamar los costos por el servicio prestado. Como lo estableció la Corte Constitucional, en sentencia CC T-1000/01, cuando señaló:

(...) Se pregunta esta Sala, ¿cual es la autoridad que debe responder por los costos del servicio?, y ¿que mecanismos jurídicos puede utilizar el prestador para obtener el reconocimiento de sus expensas?.

Frente al primer interrogante, es necesario precisar que aunque el automotor lo retuvo la Estación Quinta de Usme (Bogotá D.C), el mismo se puso a disposición de las autoridades judiciales competentes, que en este caso fueron: en la etapa instructiva, la Fiscalía 262 Seccional adscrita a la Unidad de Delitos contra la Seguridad Pública, y en la etapa de juzgamiento, el Juzgado 24 Penal del Circuito de Bogotá, quien mediante oficio No. 2517 de noviembre 15 de 2000, en cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de 14 de noviembre del mismo año, ordenó la entrega del automotor.

Cuando la administración de justicia incurre en responsabilidad patrimonial por su actuar judicial, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 99 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el llamado a representar a la Nación - Rama Judicial - es la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, y frente a ella se puede reclamar el daño antijurídico ocasionado en el desarrollo de las actividades propias de esta Rama del Poder Público.”³

Al respecto ha establecido el Consejo de Estado:

“...En relación con la representación de la Nación en los procesos en los cuales se discute su responsabilidad por las actuaciones judiciales, se precisa que con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, el artículo 149 del decreto 01 de 1984 disponía que “el Ministro de Gobierno representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso y el de Justicia en lo referente a la Rama Jurisdiccional”. Ya en vigencia de la Constitución de 1991 que estableció el funcionamiento desconcentrado y autónomo de la administración de justicia (art. 228), el decreto 2652 de ese mismo año, le asignó al Director Nacional de Administración Judicial la función de “llevar la representación jurídica de la Nación - Consejo Superior de la Judicatura” (art. 15-4). La ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, confirió la representación para toda clase de procesos judiciales de la Nación- Rama Judicial- al Director Ejecutivo de Administración Judicial (art. 99-8). Así las cosas, de acuerdo con las normas

³ Corte Constitucional, Sentencia T-1000 de 2001

vigentes para la época de presentación de la demanda, la Nación debía comparecer a través del Ministro de Justicia a todo proceso en que se discutiera su responsabilidad por las actuaciones de los jueces o magistrados y así ocurrió en el presente caso. No obstante, como el fallo se profiere en vigencia de la ley 270 de 1996, la Nación deberá responder por los perjuicios causados a la demandante a través del Consejo Superior de la Judicatura, sin que pueda entenderse vulnerado el derecho al debido proceso de la entidad demandada, pues la parte en el mismo que lo es la Nación, tal como se señaló antes, sí estuvo debidamente asistida. Este es un problema presupuestal y no procesal....”⁴.

En el presente caso, como el automotor estuvo retenido a órdenes del Juzgado 24 Penal del Circuito, es éste, a través de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial⁵, el llamado a cubrir los gastos por su conservación y cuidado, y por lo tanto, es predicable que el ejercicio de las acciones correspondientes a su actuar se ejerciten en contra del Director Ejecutivo de Administración Judicial⁶, en su calidad de representante legal de la Rama Jurisdiccional del Poder Público...”

De acuerdo con lo anterior, el Parqueadero San Antonio de Guarne está habilitado para ejercer los mecanismos de defensa idóneos para reclamar el pago de los servicios prestados durante el tiempo en que custodió y vigiló el vehículo de placas EWY362.

Por lo anterior, la Sala procederá a tutelar los derechos fundamentales petición, debido proceso y al acceso a la administración de justicia que le asiste a la parte actora y en consecuencia de ello ordenará a la Fiscalía 02 Seccional de Guarne, Antioquia, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, si aún no lo han hecho, proceda dentro del ámbito de su competencia a emitir una respuesta de fondo, clara y concreta a la solicitud realizada el 09

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de mayo de 2001. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Regla aplicable a excepción de la Fiscalía, la cual por su autonomía administrativa y presupuestal ha sido llamada a responder patrimonial y directamente por su actuar antijurídico, al respecto, se encuentra la Sentencia del 17 de agosto de 2000 del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁵ Según lo dispuesto en el Artículo 98 de la Ley 270 de 1996: “la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, es el órgano técnico y administrativo que tiene a su cargo la ejecución de las actividades administrativas de la Rama Judicial, con sujeción a las políticas y decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura “.

⁶ Siguiendo lo preceptuado en el Artículo 99 - 8 de la Ley ibídem, corresponde al Director Ejecutivo de Administración Judicial: “Representar a la Nación – Rama Judicial en los procesos judiciales...”.

de noviembre de 2022 por el apoderado judicial de la señora LUZ DARY GÓMEZ ESCOBAR.

Y a su vez se ordenará al representante legal del Parqueadero San Antonio de Guarne que de manera inmediata gestione los trámites necesarios para hacer entrega del vehículo automotor de placas EWY362, sin ningún tipo de condicionamiento al dueño legítimo.

Es de anotar que las Entidades Accionadas deberá informar a este despacho sobre el cumplimiento del presente fallo.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER por ser procedente la tutela los derechos fundamentales petición, debido proceso y al acceso a la administración de justicia que le asiste a la señora LUZ DARY GOMEZ ESCOBAR, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la FISCALÍA 02 SECCIONAL DE GUARNE, Antioquia, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, si aún no lo han hecho, proceda dentro del ámbito de su competencia a emitir una respuesta de fondo, clara y concreta a la solicitud realizada el 09 de noviembre de 2022 por el apoderado judicial de la señora LUZ DARY GÓMEZ ESCOBAR.

TERCERO: ORDENAR al representante legal del PARQUEADERO SAN ANTONIO DE GUARNE que de manera inmediata gestione los trámites necesarios para hacer entrega del vehículo automotor de placas EWY362, sin ningún tipo de condicionamiento al dueño legítimo

CUARTO: ORDENAR a las Entidades Accionadas deberá informar a este despacho sobre el cumplimiento del presente fallo.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica
EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

Firma electrónica
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada


MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **e4075c13599fd9b27256c808d628df6352b66c91db94ef452526161b22a24fc3**

Documento generado en 18/01/2023 06:12:45 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 005

RADICADO : 05000-22-04-000-2022-00597 (2022-2039-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : FERNEL AUGUSTO PÉREZ
ACCIONADO : JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIC
ANTIOQUIA Y OTRO
PROVIDENCIA : SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

Mediante esta sentencia, la Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor FERNEL AUGUSTO PÉREZ, en contra del JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA y el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL ANTIOQUIA.

A la demanda se vinculó como parte accionada al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO “EL PESEBRE” DE PUERTO TRIUNFO, ANTIOQUIA.

Además, mediante auto del 19 de diciembre de 2022 se ordena acumular la acción constitucional identificada con el 05000-22-04-000-

2022-00599 NI 2022-2048-4 a la acción constitucional identificada con el radicado 05000-22-04-000-2022-00597 NI 2022-2039-1, por coincidir el mismo accionante, los mismos accionados y las mismas pretensiones.

LA DEMANDA

Expresó el accionante que se encuentra privado de su libertad, por el punible de homicidio simple en concurso homogéneo con tentativa de homicidio agravado, en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones a una pena principal de 240 meses de prisión, y desde el 22 de octubre de 2012 está detenido en el EPC El Pesebre de Puerto Triunfo - Antioquia.

Indicó que dentro de los más de 10 años que lleva de tratamiento penitenciario no ha tenido un solo llamado de atención, cero informes disciplinarios y en todo momento su conducta ha sido evaluada como buena o ejemplar. Por otro lado, ha participado activamente en todos los programas de estudio y trabajo que se le han propuesto para mejorar su proceso de resocialización.

Afirmó que en el año 2016 se le concedió el subrogado administrativo de permiso de salida hasta por 72 horas sin vigilancia, mismo que ha disfrutado en más de 20 oportunidades sin novedad alguna, que jamás ha tenido un solo retraso y durante el disfrute jamás ha tenido una sola infracción, por lo que, demuestra fehacientemente que está debidamente preparado para reincorporarse a la sociedad.

Aseguró que cumple con los requisitos objetivos y subjetivos de que habla la ley para aspirar a que se le conceda el subrogado penal de libertad condicional y en el entendido que el delito lo permite ya que no tiene restricciones de ley, ofició a la Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario para que estudie esa posibilidad, pero dicha operadora judicial estudio su solicitud y la resolvió negativamente con el argumento de que no tiene el adecuado tratamiento penitenciario toda vez que en una salida del permiso de hasta 72 tuvo una dificultad con su anterior pareja sentimental que desencadenó una denuncia por constreñimiento ilegal; situación que quedó debidamente justificada y superada, no hubo condena dentro de ese proceso y reconoció su error. Anotó que, en ese momento, la Juez de Ejecución de Penas le suspendió el beneficio administrativo y posteriormente se lo concedió de nuevo cuando se aclaró y superó la dificultad.

Manifestó que se equivocó, pero no por ello debe ser condenado de por vida a cargar con ese estigma y lo que sucede con la Juez de Ejecución es que pretende hacerle pagar completamente la condena de manera física cuando la ley le permite acceder a la concesión del beneficio liberatorio, ya que, estima la Juez de Ejecución en una interpretación subjetiva que si discute con su pareja sentimental y se excede en la discusión es prueba de que su tratamiento penitenciario no es el adecuado, por otro lado la Juez no valoró su trabajo intramuros, la calificación de su conducta y su comportamiento dentro del penal, por lo que considera excesivo el análisis que hace la juez de conducta familiar asociado a su mal tratamiento penitenciario y considera que desborda los parámetros de la ley a la hora de conceder o no el subrogado penal.

Mencionó que no niega que es muy grave la conducta penal por la que fue procesado pero esa gravedad de la conducta ya fue debidamente evaluada por el juez de conocimiento al momento de emitir sentencia y esa gravedad aumentó considerablemente el quantum de la misma, por lo que cuando la juez decide que debe pagar física su condena, sin derecho a la concesión de beneficios liberatorio excede sus funciones.

Aclaró que la discusión que tuvo con su ex pareja sentimental, a pesar de que fue objeto de denuncia penal, nunca resultó condenado y la Juez de Ejecución en su momento le suspendió el beneficio administrativo de permiso hasta 72 horas y cuando se superó el impase, se lo concedió nuevamente, ya que, fue exonerado de los cargos y la investigación fue archiva por preclusión.

Adujo que hizo uso de los recursos de ley ante la negativa de la libertad condicional, pero el Juez de Conocimiento basado en las afirmaciones de la Juez de Ejecución, sin mayores elucubraciones confirmó el fallo de primera instancia, concediéndole toda la razón a la Juez de Ejecución de Penas.

Señaló que en su caso resulta indiscutido el cumplimiento de los requisitos objetivos demandados para la concesión de su libertad, pues supero el tiempo efectivo de privación de su libertad superior a un 70% con tiempo físico y redimido por el desarrollo de actividades de estudio, trabajo y enseñanza intramuros, lo que comprueba que ha cumplido con las 3/5 partes de la pena impuesta de que habla la ley, así lo reconoce el operador Judicial en su respuesta negativa.

Reiteró que durante más de 10 años que ha permanecido en prisión

ha descontado la pena impuesta, ha cumplido cabalmente con su proceso de reinserción y resocialización, su conducta en todo momento ha sido evaluada como buena o ejemplar toda vez que no ha tenido un solo informe disciplinario, ni llamados de atención; además, agregó que en los últimos años se ha desempeñado como estudiante en el área educativa como también contribuye al proceso de resocialización de cientos de compañeros privados de la libertad que acuden al centro educativo a realizar sus tareas escolares; lo que demuestra que en su caso se halla satisfecha las funciones de la pena como son la prevención especial y la reinserción social; de ahí que considera que se encuentra listo y preparado para reinsertarse a la sociedad, situación que queda demostrado con más de seis años de salidas con el beneficio administrativo de permiso de hasta 72 horas sin tener un solo reproche.

Aseveró que si bien es cierto que el análisis que de la gravedad de la conducta hace el Juez de Ejecución de Penas se ajusta a la que en su momento hiciera el Juez de Conocimiento, se hace necesario resaltar que su proceso de resocialización y rehabilitación han sido muy positivos, siendo la libertad condicional el principal aliciente que le ha motivado para mantener un buen comportamiento.

Solicitó que se ordene al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario que revise su postura jurídica y analice nuevamente su solicitud de libertad condicional atendiendo los postulados y alcances legales sin adentrarse a un análisis de situaciones de su vida pasada que nada tiene que ver con su tratamiento penitenciario.

Consideró que es muy difícil para el Magistrado valorar el análisis

subjetivo que realiza la Juez de Ejecución, sobre todo por el amplio margen de discrecionalidad que les otorga la ley; sin embargo, cuando está se aparta de los postulados legales se hace necesario que su superior funcional le oriente la manera como se debe aplicar la ley.

Por último, pidió que se ordene a la Juez abordar un nuevo estudio sin que se responda que se atenga a lo resuelto toda vez que se está violentando sus derechos en forma arbitraria; además, solicitó que mediante esta acción se le conceda su libertad condicional en el entendido de que cumple con todos los requisitos de ley.

LAS RESPUESTAS

1.- El Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, manifestó que ese Despacho adelantó un proceso en contra del accionante, el cual terminó el 21 de marzo de 2014, con sentencia condenatoria en la cual se impuso un apena de 240 meses de prisión, por ser encontrado culpable del delito de homicidio, en concurso con otros, la cual quedó debidamente ejecutoriada, por lo que se remitió a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, desde el 16 de mayo del mismo año.

Afirmó que mediante auto interlocutorio de segunda instancia N° 10 de 2022 en funciones de Conocimiento, confirmó la decisión emitida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, el 24 de octubre inmediato pasado, por medio de la cual negó la solicitud de concesión del beneficio de libertad condicional que fuera solicitada por el condenado, toda vez

que la misma se encontraba ajustada a los preceptos legales y constitucionales relacionados con la concesión del beneficio penal rogado.

Advirtió que las decisiones de primera y segunda instancia cumplieron con el requisito motivacional necesario para ser investidas de plena legalidad, evitando incurrir en cualquier tipo de vulneración de los derechos fundamentales del penado, habida cuenta que la negativa se debió precisamente a la falta de cumplimiento de los requisitos subjetivos necesarios para la concesión del beneficio penal.

Indicó que no se advierte el cumplimiento de los requisitos generales ni específicos para la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, de conformidad con lo desarrollado de antaño por la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia de Unificación SU-339 de 2019, aunado al hecho que la acción constitucional no es procedente como una “tercera instancia”, ante la negativa de cualquier pretensión en la vía ordinaria, salvo, se itera, cuando se presentan las causales generales y específicas de procedencia establecidas constitucionalmente.

Señaló que lo único que se ha hecho en relación con la solicitud de libertad o sustitución de la pena de prisión, ha sido atenerse al ordenamiento legal y jurisprudencial relacionado con el caso, por lo que no puede señalarse vulneración alguna de derechos fundamentales en desfavor del accionante.

Por último, solicitó sea negada por improcedente el amparo constitucional invocado, habida cuenta de la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales del señor Fernel Augusto

Pérez, aunado a la improcedencia de la tutela contra decisiones judiciales en el caso en particular.

2.- El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, manifestó que el 21 de marzo de 2014 el señor Fernel Augusto Pérez, fue condenado por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, a la pena principal de 240 meses de prisión, al ser hallado penalmente responsable de la comisión del delito de homicidio simple en concurso homogéneo con tentativa de homicidio agravado, en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, descontando actualmente la pena en la CPMS de Puerto Triunfo.

Indicó que el 24 de octubre de 2022, mediante interlocutorio N° 3078, ese Despacho, le negó el acceso a la libertad condicional en atención a la gravedad de la conducta punible y contra la cual el penado interpuso recurso de reposición en subsidio el de apelación, por lo que, una vez vencidos los traslados de Ley, mediante auto de sustanciación N° 3656, el Despacho decidió no reponer la negativa de libertad y en su lugar concedió el recurso de alzada ante el Juzgado fallador, desconociéndose a la fecha, los resultados del mismo.

Por último, expresó que el Despacho de ningún modo le ha violado derecho fundamental alguno al tutelante.

LAS PRUEBAS

1.- El Juzgado Penal del Circuito de Yarumal adjuntó copia de la sentencia condenatoria emitida en el asunto.

2.- El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, remitió copia de los autos 3077 y 3078 donde se redime pena y se niega libertad condicional respectivamente, copia del auto 3656 del 28 de noviembre de 2022 por medio del cual no repone la decisión y concede apelación.

CONSIDERACIONES

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales. En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Las providencias judiciales en todos los niveles se encuentran soportadas en los principios de autonomía, independencia, acceso a la justicia y legalidad, y en esencia, dirigidas a que los ciudadanos puedan reivindicar sus derechos constitucionales y legales, siguiendo los parámetros establecidos por el legislador, lo que a la postre las hace inmodificables en pro de la seguridad jurídica y del respeto de la separación de poderes. Sin embargo, debido al carácter normativo, de

supremacía de las normas constitucionales (art. 4º C.P) y de primacía de los derechos fundamentales (arts. 5º y 86 C.P.), la acción de tutela procede excepcionalmente contra las acciones u omisiones en que incurren los jueces al administrar justicia cuando son desconocidos los derechos constitucionales fundamentales.

Esta posición fue sostenida por la Corte Constitucional desde la sentencia C-543 de 1992, en la cual, si bien se declararon inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, al considerarse que desconocían las reglas de competencia establecidas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica, en su *ratio decidendi* se indicó que en circunstancias excepcionales, la acción de tutela procedía contra actuaciones judiciales cuando las mismas constituían vías de hecho.

Se expresó que no “riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”.

A partir de ese momento, hasta la actualidad, los jueces Constitucionales han aplicado a los casos concretos el precedente

jurisprudencial, con el fin de conjurar la vulneración abierta y ostensible de los derechos constitucionales fundamentales a través de acciones u omisiones de los operadores jurídicos, cuando no existe otro medio de defensa eficaz al alcance del afectado. Es decir, el amparo constitucional en estos casos se convierte en el medio idóneo y eficaz a través del cual se adoptan las medidas necesarias para restablecer los derechos fundamentales amenazados o vulnerados mediante una decisión judicial, o en su caso puede proponerse como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

Las llamadas doctrinal y jurisprudencialmente “vías de hecho” o defectos en que pueden incurrir los jueces al adoptar sus decisiones, ahora se conocen técnicamente como causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Dentro de ella se encuentran unas genéricas o previas y otras específicas.

Las causales genéricas buscan asegurar la aplicación subsidiaria del amparo constitucional como medio de protección de derechos constitucionales fundamentales y se sintetizan de la siguiente forma:

- (i) Que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes, pues el juez de tutela no puede entrar en el análisis de situaciones que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que deben ser resueltos por otras jurisdicciones.
- (ii) Que se hayan agotado los otros medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa que se encuentren al alcance de la persona afectada, a no ser que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iustfundamental* irremediable.
- (iii) Que se cumpla con el principio de inmediatez o solicitud de protección constitucional dentro de un término prudente y razonable a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.
- (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la

sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales invocados.

- (v) Que la parte actora identifique claramente los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que ello hubiere sido posible, y,
- (vi) Que no se trate de sentencias de tutela, habida cuenta que la protección de los derechos fundamentales no puede prolongarse de manera indefinida, máxime cuando todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante la Corte Constitucional, en virtud del cual las decisiones judiciales no seleccionadas para revisión se tornan definitivas.

Además de los requisitos generales expuestos, para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, es imprescindible acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben demostrarse plenamente y que se centran en los defectos o vicios concretos en los que incurren los jueces en las actuaciones judiciales, que lesionan derechos fundamentales de los asociados. Así, debe presentarse alguna de las siguientes circunstancias: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto orgánico, (iv) defecto procedimental, (iv) vía de hecho por consecuencia, (v) decisión sin motivación, (vi) desconocimiento del precedente y (vii) violación directa de la Constitución.

Así, se exige que la conducta del operador jurídico sea arbitraria con la consecuente vulneración grave de derechos fundamentales de alguna de las partes. De igual forma se debe establecer si la presunta afectación puede superarse por los medios ordinarios instituidos en el respectivo proceso con miras al restablecimiento de los derechos conculcados, salvo que tales recursos o medios de defensa, no sean eficaces para deparar una protección expedita e integral, en caso de que el requerimiento sea inmediato e impostergable, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En el caso concreto, el accionante considera que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, vulneró su derecho al debido proceso; porque se le sigue enrostrando un inconveniente que tuvo durante una salida otorgada como beneficio administrativo de permiso de hasta 72 horas, además que el análisis de valoración de la conducta, la realizó en su momento el Juzgado que lo condenó y que el Juez de Ejecución de Penas no puede seguir sobre las mismas valoraciones de la gravedad de la conducta, ya que debe tener en cuenta su actuar dentro del penal, lo que hace que se le vulnere los derechos fundamentales.

Frente al tema, es claro que el accionante debía cumplir con una serie de requisitos con el fin de lograr obtener la libertad condicional en el momento que cumpliera la 3/5 partes de la pena impuesta, situación que fue analizada por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia, cuando plasmó en su decisión que "...Sin embargo, recuérdese que el día 30 de agosto de 2021, mediante providencia interlocutoria No. 2937, este despacho suspendió al señor **FERNEL AUGUSTO PÉREZ**, el beneficio administrativo de hasta por 72 horas, en virtud de los comportamiento negativos efectuados durante su disfrute, e incluso, desde el penal, tras amedrentar y amenazar de muerte a una dama *-a quien habría conocido durante el disfrute de uno de sus permisos-* por no atender a su demanda afectiva de sostener una relación sentimental, conforme se lee del informe presentado por Comandante de Estación de Policía de Entreríos-Antioquia (fl. 266 y vto).

Adicional a ello, en lo que tiene que ver con la valoración de la conducta punible exigida por la norma, tenemos que la conducta ejecutada por el sentenciado es digna de ejemplar reproche por su extrema gravedad, pues habrá de recordarse que valiéndose de un arma de fuego, **FERNEL AUGUSTO PÉREZ** atentó contra la vida de quien para entonces era su compañera sentimental, según la vida del padre de ésta luego de haber caído del equino que le transportaba y amenazó de igual

U

proceder a las hijas de éste quienes intentaban defenderle. Comportamiento desencadenado en virtud su descontento con la previa terminación de la relación sentimental por parte de la dama.

Tenemos pues que las conductas desplegadas por el sentenciado, *-no solo aquella por la que resultó vencido en juicio, sino además, la que propició la suspensión de su beneficio administrativo-*, detentan una proclividad en la respuesta disruptiva contra las damas que refutan su demanda afectiva...”.

Al respecto debe decir la Sala que revisada la documentación anexa se advierte que el actor elevó solicitud de libertad condicional, la cual fue negada mediante auto No. 3078 del 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia. Providencia contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, y el mismo Juzgado mediante auto interlocutorio N°. 3656 del 28 de noviembre de 2022 decidió no reponer la decisión de la negativa de la libertad condicional, para lo cual remitió el expediente al Juzgado Fallador; esto es, el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, para efectos que se surtiera el recurso de apelación interpuesto por el accionante a la decisión en cuestión, para lo cual el Juzgado Fallador el 06 de diciembre de 2022, confirmó en su integridad la decisión de primera instancia.

Ahora, es cierto que, con respecto a la libertad condicional, la H. Corte Suprema de Justicia, (Radicado 69551), hizo alusión a los parámetros que deben ser tenidos en cuenta por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para resolver la solicitud, en atención a lo que tanto esa Corporación, como la Corte Constitucional han establecido:

“...Al respecto indicó la Sala de Casación Penal en sede constitucional que¹:

¹ Sala de Casación Penal en sede Constitucional, Sentencia radicado 69.551 del 01 de octubre de 2013. M.P. Javier Zapata Ortiz.

De otra parte, que deba considerarse la gravedad de la conducta en la fase de ejecución de penas, según se dijo en la sentencia C-194 de 2005, no significa que necesariamente este criterio deba imponerse a otros factores como el cumplimiento de un mínimo de pena purgada y el comportamiento intramuros, pues se trata de que todos los factores se ponderen en conjunto y ese ejercicio puede producir diferentes resultados según varíen las circunstancias.

En ese entendido, si a quien cumple con los requisitos objetivos –buen comportamiento y mínimo de pena purgada–, se le niega el beneficio de la libertad condicional porque se valora especialmente la gravedad de la conducta, ello significa que, en ese momento y solamente con los mínimos, no es suficiente para lograr el beneficio solicitado y que, en la balanza, la gravedad del comportamiento tiene un peso superior.

No obstante, si por la “gravedad de la conducta” los mínimos objetivos no son suficientes, tal consideración posteriormente puede variar según avance el tratamiento penitenciario, de tal forma que bien puede llegar un punto en el cual el criterio subjetivo pese menos que los objetivos. Se trataría de un ejercicio de ponderación de los criterios de “prevención especial” y de “reinserción social”, como funciones de la pena en fase de ejecución –artículo 4º del Código Penal-...”

Es de anotar que analizados el auto emitido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, No. 3078 que negó la libertad condicional al señor FERNEL AUGUSTO PÉREZ, se advierte como hubo pronunciamiento del análisis de gravedad de la conducta de cara a los fines asignados a la pena por el artículo 4º del C.P. especialmente los fines de retribución justa y prevención general. El Juzgado que vigila la pena analizó el comportamiento presentado por el accionante durante uno de los beneficios administrativos otorgados y a las circunstancias en que ocurrió el delito por el cual se encuentra descontando pena, donde plasmó “...Así entonces, es claro que el sentenciado tiene una deuda con la sociedad como infractor del ordenamiento penal, pues la pena tiene un fin de retribución justa, cuya comunidad se sentiría burlada frente a la concesión de beneficios para esta clase de delitos. Sería un despropósito mayúsculo pretender que, frente a la extremada gravedad de la conducta y el comportamiento ya referenciado, la sanción penal pueda cumplir su finalidad con el cumplimiento de las 3/5 terceras partes de la pena. Lo proporcional, justo, razonable y adecuado es que el condenado continúe purgando la pena impuesta en el establecimiento

carcelario; pues la conducta perpetrada por el acusado causa enorme daño social y gran conmoción general, por cuanto denota no solamente la pérdida absoluta de valores, sino que, además, atenta contra bienes jurídicos de gran valía, como es la vida, la integridad personal y la seguridad pública...”

Es de anotar, que la decisión emitida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, el día 24 de noviembre de 2022, correspondía a un auto interlocutorio, contra el cual procedían los recursos de ley, y el actor hizo uso, interponiendo el recurso de reposición y en subsidio apelación contra dicha providencia no fue objeto de reposición y por el contrario fue confirmada por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, el 06 de diciembre de 2022.

En ese orden de ideas, salta a la vista que el señor FERNEL AUGUSTO PÉREZ pretende utilizar la acción de tutela como una instancia adicional, pues dentro del trámite ordinario ha tenido todas las oportunidades que la ley procesal penal le otorga para la protección de sus derechos fundamentales e hizo uso de los mismos, esto es, del recurso de reposición y en subsidio apelación a la decisión proferida por la Juez Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, que le negó la libertad condicional, siendo confirmada la decisión por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, el 06 de diciembre de 2022.

Frente al problema jurídico planteado, es diáfano para esta Corporación, que como se indicó anteriormente, éste medio de defensa de los derechos fundamentales no puede concebirse como una tercera instancia y por tanto, no le es dable al Juez Constitucional, en primer lugar, entrar a debatir las motivaciones expuestas por los jueces ordinarios, toda vez que aquellos gozan de independencia y autonomía

frente a las decisiones judiciales que toman y en casos como el presente ordenar un nuevo pronunciamiento de fondo, cuando había sido objeto de análisis lo pretendido por el actor.

Por lo tanto, puede observarse que dentro del auto No. 3078 del 24 de noviembre de 2022 proferido por el despacho accionado, la funcionaria luego de analizar los requisitos dispuestos en el artículo 64 del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, estableció, haciendo una valoración de la conducta, que la misma era altamente reprochable, teniendo en cuenta que el accionante valiéndose de un arma de fuego atentó contra la vida de quien para entonces era su compañera sentimental y se gó la vida del padre de ésta, luego de haber caído del equino que lo transportaba, amenazando igualmente a las hijas que trataban de defenderle, y que el 30 de agosto de 2021 mediante providencia suspendió al actor el beneficio administrativo de hasta por 72 horas en virtud del comportamiento negativo efectuado mientras lo disfrutaba, e incluso desde el penal, tras amedrentar y amenazar de muerte a una dama por no atender a su demanda afectiva de sostener una relación sentimental.

Adicionalmente indicó que el Juez de Ejecución de Penas tiene como propósito el análisis de si existe o no necesidad de continuar con la ejecución de la pena de cara a los propósitos consagrados en el artículo 4° del C.P. y en el presente caso, se advierte la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario, con miras a cumplir con los fines de la pena muy especialmente el de la retribución justa y la prevención general.

Concluyéndose que la nueva disposición legal sigue demandando por parte del juez ejecutor, una valoración previa de la conducta punible

que obliga a que efectúe la evaluación del hecho realizado por el sentenciado para determinar si se hace o no merecedor de la gracia, en conjunto con otros análisis frente los fines de la pena, que fueron debidamente abordados por el Juzgado Ejecutor de la pena.

Por lo anterior, es claro para la Corporación que para el presente caso la acción de tutela debe negarse, toda vez que no se advierte vulneración de derechos fundamentales del actor por el despacho judicial accionado, no se observa ninguna vía de hecho.

En consecuencia, la Corporación no atenderá la solicitud de tutela deprecada por el actor, respecto de las decisiones tomadas por la Juez Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, en relación con la libertad condicional.

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

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de tutela elevadas por el señor FERNEL AUGUSTO PÉREZ en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia y el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal Antioquia en relación con la solicitud de libertad condicional, acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: En caso de que no se presente ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

Firma electrónica

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **a74e877437afda4158b8d3d5fc7a49ed94c7cef2508c139619a3d4bc58fd90fa**

Documento generado en 19/01/2023 12:32:36 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Rdo. Único: 05030600032120200015701

No. Tribunal: 2021-1503-2

Procesado: JUAN CAMILO MEJIA FLÓREZ

Delito: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

Asunto: Se abstiene de resolver

Medellín, dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2022)

Aprobado según acta Nro.001

1. ASUNTO

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado Juan Camilo Mejía Flórez, contra el auto proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá, Antioquia, el 27 de septiembre de 2022, a

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

través de la cual se negó la solicitud de rechazo de las pruebas decretadas a favor del ente acusador.

2. HECHOS

Para los efectos que interesa al recurso de alzada, los mismos fueron plasmados en el escrito de acusación en los siguientes términos:

" El 18 de noviembre del 2020, siendo las 08 :00 horas, persona de la SIJIN de Amaga en compañía de personal del ejército nacional unidad de reacción motorizada BISONTE 21, adscritos al batallón de infantería No. 11 caique Nutibara de Andes nos desplazamos hasta zona rural corregimiento de minas de amaga, sector el 41, en las coordenadas 06°4'28" W 75 °41 '37" con el fin de realizar verificación de información aportada por fuente humana que alude que en esa zona había presencia de personas armadas al parecer integrantes del grupo delincuencia "los del hueco" y que estaban amedrentando a la comunidad.

Se procede a realizar desplazamiento hasta el lugar indicado con el personal del EJERCITO NACIONAL, al llegar por el sector el 41, sobre la vía pública terciaria se observa saliendo de una casa con dirección a la vía principal una persona de sexo masculino, tez trigueña, vestido con sudadera de color verde y franjas blancas laterales y un buso de color negro y gris, quien al notar la presencia del ejército nacional y policía nacional se tornó nervioso y de inmediato se le identifican como miembros de la policía nacional y ejército nacional se le solicita una requisa con el fin de identificarlo, al palparle la pretina de la sudadera se le haya un arma de fuego tipo revólver calibre 38, marca LLAMA CASSIDY, cacha ortopédica, pavonado, desgastado, sin numeración visible, con 5 cartuchos y una vainilla para el mismo, se le pide el documento de identidad manifestando que no lo había sacado y tenía la tarjeta de identidad y que respondía al nombre de JUAN CAMILO MEJIA FLOREZ T.I. 1.007.321.428 de amaga, se le indaga si tiene permiso para porte o tenencia de armas de fuego, manifestando que no. Por esta razón se procede a la correspondiente captura.

Así mismo en informe de fecha 18 de noviembre del 2020 el perito en balística forense el intendente CARLOS ALBERTO ECHEVERRY IL, señala que el arma de fuego incautada en este procedimiento es

*APTA PARA PRODUCIR DISPAROS y los cinco (5) cartuchos calibre
38 Special son APTOS para funcionamiento...”*

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 19 de noviembre de 2022 ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Amagá con Función de Control de Garantías, se surtieron las correspondientes audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación.

En dicha oportunidad se declaró la legalidad de la captura y se imputó JUAN CAMILO MEJÍA FLÓREZ a título de dolo el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones —artículo 365 del C.P.—, cargo que no fue aceptado por el señor Mejía Flórez, declarando así la legalidad de la imputación formulada por el ente persecutor. La Fiscalía declinó la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

El conocimiento de la citada actuación procesal, correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Amaga, en el que, luego de varios aplazamientos, se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, el 10 de septiembre de 2021; la audiencia preparatoria, luego de varias reprogramaciones tuvo lugar el 27 de septiembre de 2022, data en la cual, la defensa del procesado JUAN CAMILO MEJÍA FLÓREZ, luego de que la Delegada de la Fiscalía realizara su solicitud probatoria, solicita el rechazo de los elementos materiales probatorios aducidos por

ésta, como quiera que, su descubrimiento fue tardío, vulnerando así el artículo 344 que se refiere al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, precluyendo para el ente persecutor la oportunidad de descubrir de manera oportuna.

La Delegada de la Fiscalía se opone a la solicitud de la defensa, toda vez que, desde el día 16 de septiembre del 2021, hizo el descubrimiento de todos los elementos materiales probatorios, de lo cual tiene constancia.

Destaca que la defensa ha tenido en su poder los elementos materiales probatorios hace más de un año, por lo que no puede decir que se le ha sorprendido o que no ha tenido tiempo de refutar o controvertir esta prueba. Adicional a lo anterior, ha indicado la Corte que es la defensa la que debe acudir a las instalaciones de la Fiscalía en el evento en que considere que hay algún elemento que no le ha sido descubierto en modo oportuno y, en este caso se ha tenido con la defensa una comunicación permanente y fluida, por lo que, en el evento en que ella considere que hay algún elemento del escrito de acusación que no se le ha dado a conocer debidamente, perfectamente podía acudir al despacho o vía telefónica o vía correo electrónico o vía WhatsApp para requerirlo

4. LA DECISIÓN IMPUGNADA

El juez singular no accede a la solicitud de rechazo deprecada por la defensa, advirtiendo que ésta solo se limitó a señalar que se había hecho un descubrimiento tardío, sin preocuparse en argumentar si hubo una intención maliciosa o desleal por parte de la Delegada Fiscal en el presente caso.

Explica que, desde la audiencia de formulación de acusación la fiscalía puso a disposición el de la defensa los elementos materiales probatorios y que por tanto ya se realizó ese descubrimiento, sin embargo, insiste el despacho en que, es obligación de la defensa y siempre ha sido su posición, que una vez descubiertos los elementos materiales probatorios, no debe esperar a que se le trasmitan por medio de correo electrónico, ni esperar que se le transmitan de manera física; es su obligación estar pendiente de dichos elementos desde que se realice el descubrimiento, puesto que, una cosa es el descubrimiento y otra cosa es lo que la defensa en virtud de su teoría del caso y estrategia dé por sentado que se tenga dar entrega física de los mismos, pues existe una disposición jurídica y lo que debe verificar la judicatura es si ha incumplido el principio de lealtad procesal, que no se observa se haya transgredido

Concluye entonces que, la defensa no argumentó de manera suficiente el porqué del descubrimiento tardío podría atribuirse exclusivamente a la deslealtad, pernicia, acción proterva por parte de la fiscalía, cuando lo cierto es que bien tuvo la oportunidad de conocer dicho elemento material probatorio y la información legalmente obtenida, desde la audiencia de formulación de acusación, igualmente pudo acudir a las

instalaciones de la fiscalía y obtener dicho documento, que al ser de carácter pericial- arma de fuego-, podría entregarse incluso hasta cinco días antes de la audiencia de juicio oral, razón por la cual entonces, no resultaría procedente hablar de exclusión o rechazo por descubrimiento tardío.

Corolario de lo anterior, el juez de conocimiento no accede a la solicitud de rechazo elevada por la defensa, en su defecto, decreta la práctica probatoria elevada por el ente persecutor.

La defensa inconforme con la decisión interpone el recurso de apelación.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa del encausado discrepó de la decisión emitida, cuya revocatoria impulsó aduciendo que, para el 10 de septiembre de 2021, cuando se adelantó la audiencia de formulación de acusación, se acordó que el descubrimiento se haría en los términos del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal y a su correo electrónico.

Recalca que, si bien se hizo el descubrimiento, este se hizo de manera tardía y superó el término legal y, que es precisamente, lo que sanciona el artículo 346 del CPP, es ese retardo, operando el fenómeno de la preclusividad.

Señala que, si en gracia de discusión, a la defensa se le pasa un solo día en entregar el escrito del recurso de apelación ¿este es

aceptado?, considera la defensa que no; no se trata de probar deslealtad, la mala fe o la negligencia del ente fiscal, se trata de que cada una de las cumpla las cargas procesales en un término establecido.

6. NO RECURRENTES

La Fiscalía General de la Nación en calidad de sujeto no recurrente, aduce que no se debe acatar la solicitud de la defensa de exclusión de los elementos materiales probatorios que en debida forma se descubrieron y que fueron conocidos por la defensora desde hace más de un año, teniendo en cuenta que el escrito de acusación se presentó oral y públicamente el día 10 de septiembre de 2021 y el descubrimiento probatorio se hizo a la defensa vía correo electrónico el 16 de septiembre del mismo año.

Explica que, lo que se busca en estos casos no es sancionar el incumplimiento del término propiamente, sino imponer un castigo cuando se avizora una actuación sorpresiva, inapropiada o desleal dentro del proceso de descubrimiento.

Señala que, la defensa tuvo más de un año para estudiar los elementos materiales probatorios y ejercer una adecuada defensa técnica y, compara el término de los 3 días con el término que se tiene para una apelación, pero es que el término para presentar la apelación es preclusivo, aquí no es preclusivo, pues puede el juez analizar cuál fue el motivo por el cual no se

respetó el término de los 3 días, y en este caso no hubo maniobra desleal para ocultar los elementos materiales probatorios, por el hecho de que la fiscalía ofrezca trasladar los elementos materiales probatorios vía correo electrónico, no significa que se traslade a la Fiscalía la obligación de buscar a la defensa para entregar los elementos y verificar si los recibió o no, aquí se activa para la defensa su labor investigativa y es la que debe velar porque esos elementos enunciados en el escrito de acusación, sean los que se pusieron a disposición.

Corolario de lo anterior, solicita se confirme la decisión de primera instancia.

5. CONSIDERACIONES DE SALA

5.1 Competencia

Determinado que la competencia de esta Corporación para zanjar el presente recurso vertical está dada por lo contemplado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, de entrada, advierte la Sala la improcedencia del recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor **JUAN CAMILO MEJÍA FLÓREZ**, en tanto este centra en la en el **decreto de los elementos materiales probatorios en favor** de la Fiscalía; ello conforme la línea vigente de la Corte Suprema de Justicia², que en este punto ha decantado la **procedencia del recurso de apelación, solo cuando: 1. El medio de prueba es negado, 2.Se**

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP4640-2022, Radicado 61078

trata de una decisión sobre la exclusión de pruebas relacionada con la ilicitud del medio probatorio y 3. Cuando se admite la prueba de manera condicionada generando un perjuicio a la parte interesada; de suerte que, si la discusión no se encuadra en alguno de los parámetros antes aducidos, **solo procede el recurso de reposición, veamos:**

(...)

“La interpretación de la Corte, frente a la decisión que resuelve las solicitudes probatorias pedidas por las partes, ha sido, que el legislador –en su labor de configuración legislativa– diferenció entre el auto que accede a su práctica y aquél que la niega, por lo tanto, contra el primero solamente procede el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido en artículo 176, en tanto que, contra aquél que excluya, rechace o inadmita una prueba, proceden el de reposición y/o apelación, tal como lo consagra el inciso 3° del artículo 359, en concordancia con el numeral 4° y 5° del artículo 177 ibídem [AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130].

*No obstante, la Corte también ha precisado que “...**sólo cuando se trata de exclusión probatoria por ilicitud del medio, sea que se haya decretado o no la prueba, procede el recurso de apelación, pues en esos eventos se trata de determinar la configuración de una violación a derechos fundamentales**”.*³

Y en decisiones, CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562; CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad 41106, la Corte consideró posible interponer el recurso de apelación en contra de la decisión que admite la prueba, así lo señaló en determinación del 13 junio de 2012, Rad. 36562:

³ Al respecto véase decisiones como CSJ AP1319-2018, Rad. 52345, reiterada en AP234-2020, Rad. 57865 del 16 de septiembre de 2020, AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130.

“Un nuevo análisis del tema, lleva a la Sala a reconsiderar esta postura, y adoptar como postulado jurisprudencial que el recurso de apelación procede no solo contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátase de exclusión, inadmisión o rechazo), sino también contra las que ordenan su aducción, admisión o aceptación, y que la concesión del recurso debe hacerse en el efecto suspensivo.

Esto, atendiendo a una interpretación sistemática del modelo de enjuiciamiento acusatorio, comprensiva de un estudio correlacionado de los artículos 20 y 359 con los artículos 176, 177 y 363 ejusdem, como también del papel que debe cumplir la audiencia preparatoria en este sistema y la necesidad de asegurar la realización de los principios de depuración y eficacia probatoria.

El artículo 176, en su inciso tercero, establece, en el carácter de cláusula general, que el recurso de apelación procede contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, salvo las excepciones legales, dando de esta manera cabida a la segunda instancia a todas las decisiones que cumplan tres condiciones, (i) que tengan la naturaleza de auto, (ii) que hayan sido dictadas en el curso de una audiencia, y (iii) que el recurso no esté exceptuado por la ley. Las decisiones que deciden sobre la exclusión, admisión, rechazo o práctica de pruebas tienen a no dudar la condición de autos, entendidos por tales los que resuelven algún incidente o un aspecto sustancial, de acuerdo con la definición que de ellos trae el artículo 161 ejusdem, en cuanto se erigen en expresiones del derecho a probar y a la controversia probatoria, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

El artículo 177, por su parte, en su primer inciso, incluye como decisión susceptible de ser apelada en el efecto suspensivo, el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral (estipulación cuarta), pero también, el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral (estipulación quinta), sin hacer distinciones sobre el sentido de la decisión, previsión esta última de la que se sigue que la apelación procede en ambos casos, es decir, cuando se ordena o niega su exclusión. El mismo precepto, en el inciso segundo, incluye como decisión contra la que procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada (estipulación sexta), precepto del que igualmente se establece que la regla acogida por los estatutos procesales anteriores, en los que el derecho de impugnación solo procedía contra las decisiones que negaban pruebas, no es la que preside el modelo de enjuiciamiento acusatorio.

Esta nueva orientación se reitera en el artículo 363, que consagra como motivo de suspensión de la audiencia preparatoria, el trámite de la apelación de las decisiones relativas a las pruebas, hasta cuando el superior jerárquico resuelva, expresión que, al igual que las anteriores, no distingue

entre el sentido de la decisión, resultando comprensiva tanto de las decisiones que niegan como de las que autorizan.

Dicha variante encuentra su razón de ser en el carácter esencialmente adversarial del nuevo sistema, que determina que la iniciativa probatoria se concentre en cabeza de las partes (ente acusador y defensa), con exclusión del juez, quien asume la condición de árbitro, y que ambas tengan derecho no solo en que se incluyan o practiquen las pruebas que aducen en apoyo de su teoría del caso, sino de oponerse a las que postula la parte contraria.

También en la necesidad de que el procedimiento de depuración probatoria que se realiza en la audiencia preparatoria cuente con la garantía de la doble instancia, para que las pruebas que se lleven al juicio oral cumplan realmente las condiciones de conducencia, pertinencia y utilidad, en aras de la efectivización de los principios de concentración y de eficacia probatoria. (...).

Pero, por otra parte, la Sala llama la atención en el sentido de que la posibilidad de la apelación está restringida al interés procesal, esto es, que sólo tendrá vocación impugnatoria el sujeto procesal que ha pretendido en la audiencia preparatoria que la prueba con cuyo decreto está inconforme, sea rechazada, excluida o inadmitida".

De lo que se deriva que no ha sido unánime la Jurisprudencia de la Corporación, respecto a la procedencia o no del recurso de apelación contra el auto que admite las pruebas, lo que hace necesario aclarar el alcance del postulado jurisprudencial, previa ponderación de los presupuestos superiores que gobiernan el debido proceso probatorio.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, son presupuestos procesales esenciales para la interposición del recurso, la legitimación procesal, la legitimación en la causa, la autorización legal, su interposición en la oportunidad legal y la sustentación adecuada y suficiente⁴

Entendiendo por ellos: legitimación procesal, quien interpone el recurso debe estar reconocido como sujeto procesal, parte o interviniente; por legitimación en la causa o interés jurídico para recurrir, que la parte que recurre haya sufrido un daño o perjuicio

⁴ AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130.

concreto con la decisión, de tal forma que si la decisión cuestionada la beneficia o acoge su postura, no surge interés jurídico en la causa, quedando deslegitimada para pretender la revisión de la providencia⁵; la autorización legal, relacionada con la facultad que otorga la ley para atacar o controvertir determinadas decisiones, a través de uno u otro recurso, interposición en la oportunidad legal, y la sustentación adecuada y suficiente, que demanda coherencia conceptual entre la petición, la decisión y la impugnación.

De la confluencia de estos presupuestos, se predica la admisibilidad de los recursos ordinarios, requisitos que satisfechos, nos lleva a considerar que decisiones son susceptibles del recurso de impugnación vertical y cuáles no.

El artículo 176 de la Ley 906 de 2004, señala que el recurso de reposición “procede para todas las decisiones”, salvo la sentencia, por su parte el recurso de apelación procede contra la sentencia y los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, “salvo los casos previstos en este código”; así mismo, el artículo 359 inciso final, señala “Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios”.

De lo que se deduce, que una de las principales garantías del debido proceso probatorio, es el **Principio de la doble instancia**, derecho que encuentra desarrollo supralegal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶, tratados multilaterales que en la

⁵ Así, SP5210-2014, de 30 de abril, Rad. 41534; SP7856-2016 de 15 de junio de 2016, Rad. 47666; SP1659-2015, de 02 de diciembre de 2015, Rad 445824; SP11726-2014 de 03 de septiembre, Rad. 33409.

⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, numeral 5°, indica «*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*». La Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, numeral 2°, literal h, señala que toda persona tiene «*derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior*».

legislación interna forman parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución Política.

Por su parte, la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, establece la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, y el artículo 31 preceptúa que “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

*En desarrollo de la normativa en cita, derivada del bloque de constitucionalidad, la Ley 906 de 2004 consagró el principio de la doble instancia como norma rectora, señalando en el artículo 20, que “Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, **que afecten la práctica de las pruebas** o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación...».*

*Así la forma en que el legislador reguló la impugnación de la prueba da cuenta de su intención expresa de permitir que las decisiones que **afectan** la práctica de la prueba puedan ser impugnadas –artículo 20–, entendiendo por afectar, en decisión CSJ SP, 30 nov. 2011, Rad. 37298:*

*(...) pues dado que las palabras usadas por el legislador deben entenderse en su sentido natural y obvio, el significado que en este contexto tiene el vocablo **afectar** no es otro que el de “...5. Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. 6. Producir alteración o mudanza en algo...”*

*Por tanto con sujeción al citado precepto, el cual como norma rectora es prevalente sobre las demás y debe ser utilizado como fundamento de interpretación (ídem, artículo 26), en materia de pruebas es procedente el recurso de apelación como mecanismo para acceder a la segunda instancia, **únicamente respecto de las decisiones que impidan su efectiva práctica o incorporación.** (negrita fuera de texto).*

Señalando en el artículo 177, los efectos en los cuales se concede el recurso de apelación, y los autos sobre los cuales procede, entre ellos, “el auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral o decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral”, norma de la que se deriva, que la intención del legislador fue rodear de garantías el debate adversarial, al facultar a las partes perjudicadas con la decisión, acceder a la garantía de la doble instancia, **lo que obliga de quien se opone a ella a presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías o evidenciar el perjuicio con la negativa de la prueba.**

De no ser así, al juez, director del debate, le corresponde rechazar de plano la argumentación y la petición que alrededor de ella se eleve, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado.

Luego entonces, si bien el legislador enunció solo los eventos en que procede el recurso de apelación, en aspectos probatorios, limitando esta posibilidad a los casos anteriormente enunciados; le corresponde a la Corte, modular, –sin que ello signifique arrogarse funciones de configuración legislativa–, aquellas situaciones en las que pese a admitirse la práctica de la prueba, la misma se hace de manera condicionada o limitada, vulnerando los intereses de la parte interesada en su práctica.

Concluyendo, que si bien la Corte ha considerado que contra la decisión que admite el decreto de la prueba, no procede el recurso vertical de apelación y la parte favorecida con la prueba, carece de autorización legal para refutarla, postura que se ha mantenido de forma pacífica⁷; esta regla debe ser entendida frente aquellos

⁷ CSJ AP 3805-2015, 8 jul. 2015, Rad 46262, CSJ AP4812-2016, 27 jul. 2016, Rad 47469, CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516.

eventos en los que la admisión del medio probatorio es pura y simple, es decir no ocasiona ningún perjuicio para la parte interesada en su realización. En tal evento se carecería de interés jurídico para recurrir, pues no se ha sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión.

Otra situación ocurre en los supuestos en que pese a admitirse la prueba, ésta se hace provocando un perjuicio que la parte interesada estima injustificado en su práctica. En tal evento surge el derecho a su impugnación, como garantía Constitucional tendiente a depurar el debate probatorio, en correspondencia con los postulados principialísticos del procedimiento adversarial, que propenden por la realización material de los derechos y la primacía del derecho sustancial.

Presupuestos relacionados directamente con los objetivos del proceso penal, ello es con la aproximación racional a la verdad y la recta aplicación del derecho material, especialmente, cuando están de por medio derechos de protección superior que demandan una intervención más eficaz de los Jueces⁸, ajustada a los estándares internacionales sobre el debido proceso, la doble instancia, consonante con los compromisos Convencionales del Estado Colombiano y la función que el legislador le asignó a los jueces, en la salvaguarda de los derechos al interior del proceso penal." NEGRILLAS Y SUBRAYAS POR FUERA DEL TEXTO.

Bajo este panorama es claro que, en contra de la decisión que no accede a la solicitud de **rechazo por extemporaneidad** en el descubrimiento probatorio y, en su defecto, **admite la prueba solicitada**, en este caso de la Fiscalía, no procede el recurso de apelación, en tanto no se encuentra en ninguno de los supuestos antes anunciados.

⁸ Criterios recogidos en S.C.C.-227/09. y S.C.C.- 738/06.

Con fundamento en lo esbozado en precedencia, esta Sala se **ABSTENDRÁ DE RESOLVER** la alzada en contra de la decisión proferida en audiencia preparatoria por el Juez Promiscuo del Circuito de Amaga - Antioquia, el día 27 de septiembre de 2022, por improcedente. En tal sentido, se requiere al titular del despacho para que en lo sucesivo, se abstenga de conceder impugnaciones improcedentes, que derivan en la dilación injustificada del proceso, de cara a lo normado en el numeral 1º del artículo 139 del C.P.P.

Sin necesidad de más consideraciones, con fundamento en los argumentos expuestos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: ABSTENERSE, de resolver el recurso alzada en contra de la decisión proferida en audiencia preparatoria por el Juez Promiscuo del Circuito de Amaga - Antioquia, el día 27 de septiembre de 2022, por improcedente, conforme lo esbozado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada y
contra ella no procede recurso alguno.

TERCERO: Devuélvase al Juzgado de Origen
para lo de su competencia.

DEVUÉLVANSE LAS DILIGENCIAS Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**


**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Nancy Ávila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

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

Código de verificación: **0eb4cd359f1b756b62b94829ec91f06a0e486041a5c5d9ff3b949ed87e8c83c0**

Documento generado en 18/01/2023 04:46:20 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

RADICADO	056156000344200900031
INTERNO	2021-1467-2
DELITO	ACTO SEXUAL ABUSIVO EN MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
PROCESADO	YONIER ANDRÉS LOZANO LÓPEZ
DECISIÓN	DECRETA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Medellín, diecisiete (17) de enero de dos mil veintitrés
Aprobado según acta Nro. 002

1. ASUNTO

Sería del caso entrar a estudiar el recurso de apelación que ha interpuesto el defensor del sentenciado Yonier Andrés Lozano López, en este proceso que, por el delito de acto sexual abusivo o con menor de 14 años agravado, en su contra se adelantó emitiéndose sentencia condenatoria con fecha 22 de julio de 2021, de no ser porque existe una circunstancia objetiva que impide tal examen conllevando otro tipo de análisis.

2. HECHOS

El a-quo resumió el aspecto fáctico de la siguiente manera:

“Se encuadran para el año lectivo de 2008 de los alumnos adscritos a la institución educativa “Nuestra Señora de las Mercedes” ubicada en la vereda “Santa Barbara” del municipio de Rionegro (Ant.). Allí figuraba como su docente, el procesado YONIER ANDRÉS LOZANO LÓPEZ. A este se le ubica resquebrajando la libertad sexual de su entonces estudiante menor de edad (11 años) S.A.R¹., que le achaca a lo largo de esa anualidad, haberle realizado diferentes maniobras libidinosas en su cuerpo: tocamientos, mordiscos (orejas y glúteos). Más en particular cuando promediando octubre y en la casa propia del procesado, en la zona rural misma, lo accede al practicarle sexo oral”

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 10 de abril de 2012, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Rionegro, se llevó a cabo audiencia preliminar de formulación de imputación. No se decretó medida de aseguramiento por cuanto la delegada del ente acusador desistió de la misma, al advertir que el imputado se encuentra detenido purgando sentencia condenatoria por cuenta de otra causa penal².

El escrito de acusación se radicó el 03 de mayo siguiente. La audiencia respectiva se llevó a cabo el día 27 de junio del mismo año ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Rionegro (Ant.), por el concurso homogéneo de

¹ En procura de la protección de la intimidad del menor de edad afectado en estos hechos, solo se utilizan las iniciales de sus nombres y apellidos.

² Escuchar record 50:16 minutos de audiencia de control de garantías de fecha 10 de abril de 2012.

actos sexuales con menor de 14 años³. La diligencia de audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 13 de diciembre de la misma anualidad.

Celebrado el debate oral y público, el cual comenzó el día 08 de marzo de 2013 y culminó el día 6 de marzo de 2020, para seguidamente, el despacho proferir sentencia el 09 de septiembre de 2020, en la que condenó a Yonier Andrés Lozano López como autor penalmente responsable del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado. Le impuso, doce (12) años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal y declaró que no se hacía acreedor a ningún subrogado o mecanismo sustitutivo de la ejecución de la pena. Se expidió orden de captura en su contra⁴.

Al revisar el fallo primigenio, esta misma Sala de Decisión Penal, mediante providencia fechada el 5 de junio de 2021, acoge el pedimento de la defensa, decretando la nulidad de lo actuado por precaria argumentación.

De nuevo, 22 de julio de 2021, se dio lectura a la sentencia, en la que, acorde con el sentido antes anunciado, se condenó al acusado a 12 años de prisión, por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado. En la diligencia la defensa manifestó que recurría en alzada la decisión.

4. SENTENCIA IMPUGNADA

³ Folios 22 a 24 del expediente digital.

⁴ Sentencia condenatoria de fecha 09 de septiembre de 2020.

Luego de un breve resumen de los hechos y de plasmar datos acerca de la identificación e individualización del acusado, pasó el señor Juez al acápite de consideraciones resolvió solicitud nulitatoria, para seguidamente anticipar que para los fines de valoración probatoria hará acopio de las directrices dispuestas en los artículos 381 y 380 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con los cuales para condenar se requiere arribar al convencimiento más allá de la duda razonable, tras la valoración del caudal probatorio aducido legalmente al proceso, teniendo en mente los conceptos de libertad probatoria y la obligación que tiene la fiscalía de destronar la presunción de inocencia del encausado, según las voces del artículo 29 de la Constitución Política y del artículo 7 de la Ley 906 de 2004.

Habló sucintamente de la tipicidad de los comportamientos endilgados y averó que los mismos encajan en las descripciones que trae el Código Penal en sus artículos Arts. 209 y 211 (num.2º) del Código Penal: actos sexuales con menor de 14 años, agravado cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza. En punto de la calificación del sujeto pasivo, dijo que estaba probado que los sucesos en cuestión tuvieron ocurrencia el mes de octubre del año 2008.

Rememoró la versión de la menor víctima en audiencia de juicio oral, explicando *“El menor concurrió a juicio, para el día 8 de marzo del 2013. Ubica concretamente, a su docente el hoy acusado, LOZANO LOPEZ para el último trimestre del año 2018 (octubre – diciembre), en el inmueble por éste habitado localizado en la vereda “Santa Barbara” del municipio de Rionegro. Hubo contacto físico con tinte libidinoso, en su corporalidad, por ejercicio propio de YONIER ANDRES. EL procesado, al niño SAR (11 años de edad, a esa fecha) le*

practica sexo oral, muerde su cuello, orejas y nalgas. Es menester definir el termino felación, así: relación sexual oral – genital del órgano sexual masculino con la boca de una mujer o de otro hombre. También se define, como etimológicamente derivado del latín “Fellatio” (acción de mamar o succionar); se le hicieron concretos interrogantes por el ente persecutor: ¿ocasiones?; muchas veces, varias. ¿Cuándo?; “hace cinco años, o cuatro”. ¿Dónde?; “en la casa de él, ANDRES LOZANO” en “Santa Barbara”. Sobre las incidencias, respecto de tales contactos, se encarga de relatar que: “..., una tarde pues fui a la casa de él con mi prima Cristina, ... que si me lo dejaba chupar y que tal... ‘No es maluco, hágale que no vaya a contar a nadie’... Me cogió a la fuerza imposible yo tener más fuerza que él...”. “Vea por ejemplo a veces llegábamos y les decíamos: ‘nos da doscientos para una paleta y disque ah, sí nos da un pico, entonces le dábamos el pico... Y él llegaba y lo manoseaba a uno muy maluco”. “... En un año, por el tiempo que él estuvo por la casa, él se ganó mucho la confianza y ya.... De tanta confianza ya maluco, hacerlo sentir a uno mal”. Del registro auditivo a las 2 horas, 34 minutos, preguntándosele por los tocamientos, responde: “En el pene, en la nalga, en la oreja, en varias partes”. Ocurrido un último asalto libidinoso, mismo consistente en felación, el niño relata a su prima Cristina, quién inmediatamente corre su traslado a la madre, al abuelo y por último al padre del menor. Cuenta la reacción, que con el tiempo se dio por su grupo familiar y otras tantas personas habitantes del sector, quienes, enfurecidas al parecer, por la ocurrencia de otras plurales afrentas contra restantes estudiantes, le reclaman al docente, quién determina ausentarse, retirarse del inmueble tomado en arrendamiento, sin volvésele a ver al interior de la comunidad estudiantil de la vereda. No se avizora, animo protervo en el niño, al elevar tan graves enunciados en contra de su propio docente y a quién al parecer, le profesaba respeto y sentimientos iniciales de afecto, dados por el vínculo educando – educador. No

se atisba mentiras, falsedad en los asertos realizados por la víctima y al enseñarnos los actos libidinosos, adjudicados a su desfavor como practicados por parte del procesado, señor YONIER ANDRÉS LOZANO LOPEZ.

Asimismo, recordó que con los restantes atestantes del ente persecutor, Margarita María Llanos Ospina (marzo 8 de 2013), Martha Elena Cardona Campuzano, Juan Ramiro Rojas González y Aracely Ospina García (junio 6 de 2013), lograrse confirmar la cuerda incriminatoria arimada en juicio y contra la situación jurídica del procesado.

Luego de dar por establecida la tipicidad de los comportamientos en cuestión, adveró que también la antijuridicidad se estructura, merced a que la víctima no estuvo en condiciones de disponer libremente sobre su sexualidad, amén que el implicado actuó con dolo, pues contrario a cumplir con su deber moral de cuidar a su alumno y encausarlo en su formación, lo abusó aprovechando la confianza brindada por aquel, como alumno.

Expuesto lo anterior, el señor Juez se ocupó de responder a los alegatos plasmados por la defensa al cierre del juicio oral. para el efecto, particularizó que el abogado de la defensa prometió demostrar en el juicio que los testigos de la fiscalía no son fieles a la verdad, que, con los testigos a aportar desde su bancada, probaría que todo obedece a una "sarta de mentiras" por las que se pretenden sin miramiento cuestionar penalmente a su usuario. La promesa fue incumplida, en su sentir, no se probó la mendacidad de los testigos del ente persecutor y los propios insertados por la defensa, nada sustancial enseñan frente a la temática de fondo objeto de estudio

Dicho eso, realizó el trabajo de dosificación punitiva, para terminar, imponiendo una pena de doce (12) años de prisión. No concedió ningún subrogado o sustituto penal, por no darse los elementos objetivos tanto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como de la prisión domiciliaria, además de la prohibición que para esta clase de reatos tiene prevista la Ley 1098 de 2006.

5. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

La defensa interpuso recurso de apelación alegando que el juez de primera instancia vulneró su derecho de defensa al no permitirle contrainterrogar a la víctima.

Discrepó por cuanto el a quo otorgó más credibilidad a la prueba testimonial vertida por el menor S.A.R que, a las declaraciones de descargos, entre las que están Dora Luz, Carmen Gallego, Juan Miguel Espinoza, Andrés Felipe Ramírez Agudelo, Franklin Ramírez Agudelo, Rodrigo Betancur, quienes dieron fe del buen comportamiento del inculcado, por lo que solicita a esta instancia analizar las pruebas en conjunto, y no de forma aislada.

La defensa cita una inconsistencia en el dicho del menor "como es que supuestamente el equipo estaba a todo volumen y escuchan cuando tocan la puerta, que esas fueron las razones por las cuales este joven no grito, porque tenía el equipo prendido, será que está inventando el menor supuesta víctima" alegando que con base en ello, "Se trata de un delito sexual que causa gran impacto en nuestra sociedad donde el único testigo para nuestro caso es el menor SAR testimonio que debe ser valorado teniendo en cuenta además todas las circunstancias internas y externas que lo rodean a la luz de la psicología y la jurisprudencia para evitar incurrir en una condena contra una persona inocente teniendo en cuenta que para la

valoración se debieron realizar varios peritajes psicológicos en el tiempo con el menor por parte del ente acusador y no se realizaron incluyendo entrevistas al entorno social y familiar del menor tales como primos, tíos, hermanos, amigos y vecinos del menor para establecer la capacidad mentes o realidad sobre los hechos narrados por el infante, ficción o influencia o manipulación de tercero de terceros que se presenta con frecuencia en estos casos”.

Con base en ello, solicita se revoque la decisión de primera instancia, para en su lugar, absolver a su defendido de toda responsabilidad, cancelando, por ende, la orden de captura que pesa en su contra.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

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

6.2 Problema Jurídico

Como se anunció, sería del caso entrar a estudiar el tema objeto de apelación, si antes no se advirtiera que al ser regido este trámite bajo la égida de la Ley 906 de 2004, respecto del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, que fue el de objeto de condena, la acción se halla prescrita.

Examen de la actuación y prescripción de la acción penal

De acuerdo con las constancias procesales, se tiene que los hechos tuvieron lugar para el mes de octubre del año 2008.

Así mismo, que el 10 de abril de 2012, se formuló imputación en contra de Lozano López, como posible autor de los punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado.

De manera posterior, el 03 de mayo de la misma anualidad la Fiscalía radicó ante el centro de servicios de los Juzgados Penales del Circuito de Rionegro, escrito de acusación en contra del mencionado como autor de los delitos endilgados en la imputación, correspondiéndole por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, con funciones de conocimiento.

Este despacho judicial fijó fecha para la realización de tal audiencia, para el 27 de junio de 2012, oportunidad en la que se indicó que la audiencia preparatoria tendría lugar el 28 de agosto de ese año. La diligencia debió ser aplazada por solicitud que elevara la defensa técnica del procesado, realizándose la misma, el 13 de diciembre de esa misma anualidad, calendada en la que se fijó los días 8 y 15 de marzo de 2013 para celebrar la audiencia de juicio oral, misma que se efectuó.

La etapa probatoria se programó para los días 30 y 31 de mayo y 6 de junio, no obstante, solo se efectuó la primera de las fechas, retomando las diligencias el día 01 de agosto, fecha esta en la que se programó la continuación para los días 19 y 20 de septiembre de esa misma anualidad, sin embargo, por solicitudes de aplazamiento, se dispuso la suspensión de la realización de la diligencia.

Así, avanzaron las diligencias pertinentes, por lo que el día 5 de diciembre de 2013, a pesar de programarse audiencia de continuación de juicio oral, la defensa elevó solicitudes de nulidad y recusación, mismas que fueron resueltas de manera desfavorable por el a-quo y confirmadas por esta misma Sala de Decisión en providencia del 18 de marzo de 2014.

Luego de ello, se procedió a fijar nueva fecha para la continuación de juicio oral, esta vez, pero, dada solicitudes de aplazamiento presentadas por las partes, la misma solamente se tramitó hasta el 31 de julio de 2017, y continuándose el 14 de noviembre de 2018, pero pese a los aplazamientos de la defensa, y sin que exista registro de las subsiguientes diligencias, estableciéndose que la sentencia de primera instancia se dictó el 09 de septiembre de 2020.

La decisión de primera instancia fue apelada por el defensor del procesado, motivo por el que el expediente arribó a esta instancia judicial, siendo repartida a esta Magistratura el día 30 de octubre de 2020, decretándose la nulidad de lo actuado por indebida motivación en decisión del 5 de mayo de 2021.

Nuevamente se recurrió en alzada, arribando la carpeta digital el 17 de septiembre de 2021, procediendo la entidad tribunalicia a resolver el asunto, subsanada la nulidad decretada de manera primigenia.

Del caso concreto

En el asunto bajo examen, Yonier Andrés Lozano López fue juzgado por un concurso de punibles de actos sexuales con menor de catorce años agravado, por hechos ocurridos en el mes de octubre del año 2008, cuya pena de prisión tiene un límite máximo de 19.5

años, según el artículo 209 del Código Penal, modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008 y 211 del C.P.

Si bien anteriormente la acción penal prescribía, la ley 2098 de 2021, pregonó por el establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad de la acción penal en el caso de aquellos delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores de edad como una forma de proteger los derechos de la infancia, para lo cual, el artículo 8 de la mentada legislación, indicó:

ARTÍCULO 8°. Modifíquese el artículo 83° de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

ARTÍCULO 83. TERMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de derechos humanos, homicidio de periodista, desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible.

Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del incesto o del homicidio agravado del artículo 103° del Código Penal, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, la acción penal será imprescriptible.

En las conductas punibles que tenga señalada la pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrá en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma

permanente o transitoria y quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior. En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no excederá el límite máximo fijado. (Negrillas por la Sala)

Con la anterior acotación, se tiene que la audiencia en que se formuló imputación a Lozano López fue realizada el 10 de abril de 2012. Entonces, conforme a los artículos 83 del Código Penal y 289 del Código de Procedimiento Penal, el término de prescripción se interrumpió por la formulación de imputación y se redujo a la mitad, es decir 9 años y 6 meses, pero en aplicación del inciso 3° del artículo 83 y del desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, el término para los delitos sexuales donde la víctima es menor, es de 10 años, por lo que es imperativo concluir que, el 10 de abril de 2022, la acción penal prescribió porque transcurrieron 10 años -mitad del término máximo prescriptivo- sin que se hubiese dictado la sentencia de segunda instancia.

De esta forma, en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, con el propósito de establecer el alcance de la norma en cita, explicó⁵:

Según el inciso 1° del artículo 83 del Código Penal, la acción penal prescribe en un término igual al de la pena máxima de prisión establecida para el delito, sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 20.

En algunos casos especiales, como los descritos en los incisos 2 a 7 ibidem, aquel plazo se extiende en distintas proporciones. El inciso 3° del artículo 83 del Código Penal, adicionado por el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007, establece que cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra menores la acción penal prescribe en 20 años

⁵ Citada por CSJ-SP 227 de 2022. Rad. 59998

contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

Ahora bien, conforme a los artículos 86 del Código Penal y 292 del Código de Procedimiento Penal, la formulación de la imputación interrumpe el término extintivo de la acción y, por ello, a partir de ese momento se contabilizará tan solo la mitad de la pena establecida en la ley para el delito sin que, en todo caso, pueda ser inferior a 3 años ni superior a 10.

No obstante, como consecuencia de la mencionada adición legislativa hecha en 2007 en los casos de delitos sexuales contra menores, la anterior regla no es aplicable, pues conforme a la interpretación jurisprudencial de la Sala, el término que se debe tener en cuenta no corresponde a la mitad de la pena máxima establecida en la ley para el respectivo delito sino a la mitad de la fijada como término prescriptivo del inciso 3° del artículo 83, es decir, 10 años.

Por eso nada distinto en este asunto concierne a la Sala que decretar la prescripción de la acción penal y consiguientemente cesar todo procedimiento que por los hechos materia de juicio se adelante en contra del acusado.

Finalmente cabe anotar que el procesado actualmente en libertad, por lo que en esta causa cuenta con orden de captura vigente, conclusión a la que se llega a partir de dos inferencias, la primera, del reporte del portal web del INPEC que reporta que no aparecen datos de la persona, y la segunda, del contenido de la sentencia de primera instancia, pues al momento de analizar la suspensión de la ejecución de la sentencia, se afirmó que está en libertad y se expedía orden de captura.

De otra parte, se ordenará a la primera instancia que proceda a cancelar las medidas cautelares personales y reales, así como la orden de captura impuesta al acusado en el presente asunto, al igual que los registros y anotaciones que se hubiesen originado.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA PENAL DE DECISIÓN**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

7. RESUELVE

PRIMERO: Revocar la decisión de primer grado, y en su lugar, declarar la prescripción de la acción penal a favor del procesado Yonier Andrés Lozano López, identificado con cédula de ciudadanía N° 14.570.211 de Cartago - Valle derivada de la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, cesando todo procedimiento que se le adelante por el aquí examinado.

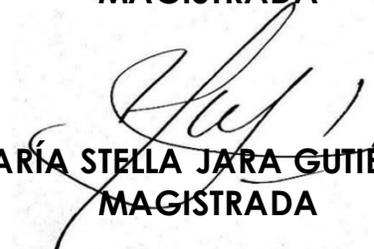
SEGUNDO: Disponer que por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro cancele las medidas cautelares personales y reales impuestas al acusado en el presente asunto, así como la orden de captura impuesta al acusado en el presente asunto, al igual que los registros y anotaciones que se hubiesen originado.

TERCERO: Contra esta decisión procede el recurso de reposición, al no haber sido el tema de prescripción objeto de apelación.

CUARTO: Devuélvase por Secretaría al Juzgado de Origen la actuación una vez se encuentre en firme la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**


**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **98fd98831a6c39fd3dd6586dd9e8fa9756c276e359fd38bac205a8b258934054**

Documento generado en 17/01/2023 07:58:39 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Rdo. Único: 051546000327202100145

No. Tribunal: 2022-1663-2

Procesado: DELMIRO LEAL TORRES

Delito: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE DE ARMAS DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS AGRAVADO

Asunto: Confirma

Medellín, dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro.002

1. ASUNTO

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado Delmiro Leal Torres, en contra de los autos proferidos por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia el día 25 de octubre de 2022, a través de los cuales: i. Se niega la solicitud de conexidad; ii. Se niega el rechazo de algunas pruebas

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

solicitadas por la Fiscalía y, iii. Se niega el decreto de prueba documental pedida por la defensa.

2. HECHOS

Para los efectos que interesa al recurso de alzada, los mismos fueron plasmados en el escrito de acusación en los siguientes términos:

“El día 16/10/2021 y siendo las 10:28 horas, El día 15 de OCTUBRE DE 2021 siendo las 15:45 HORAS en el corregimiento Cuturú de Cauca (Antioquia), coordenadas aproximadas N07°43'29 – W 74°47'10'', miembros del Ejército Nacional en el marco de campaña militar, personal de las Unidades apache 3, encargada de la ORDOP No. 16 “ODIN”, por información de fuente humana que manifiestan haber observado al sujeto alias BRAYAN, que al parecer es el cabecilla principal de la organización denominada el grupo de Cristian del GAO Caparros se realiza una operación militar en la que logran ubicar al ciudadano, el cual al verse rodeado por los militares intenta huir, por lo cual un soldado le hace la proclama de ser del “Ejército Nacional” y desenfunda un arma de fuego realizando 3 disparos al mencionado soldado, sin lograr impactarlo, después de ser neutralizado, se le halló en su poder un arma de fuego MARCA ASTRA Calibre 9 mm No 14840-95ª, 1 proveedor metálico para la misma con capacidad de 12 cartuchos y 12 cartuchos calibre 9mm, . Siendo capturado en situación de flagrancia y se identificó como DELMIRO LEAL TORRES CC 82.331.399. Se realiza llamada al CINAR indicando que el ciudadano se encuentra registrado con permiso para porte o tenencia de armas de fuego, pero no con el arma incautada.

Dentro de los actos urgentes practicados, se dejó constancia de que se consultó con el Centro de Información de Armas y Explosivos (CINAR) donde pusieron de presente que DELMIRO LEAL TORRES SI contaban con permiso para porte o tenencias de armas de armas, pero no de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y

mucho menos del arma incautada en su captura. Posterior a ello mediante Oficio 002170 del 4/11/2021 el Comando de Control Comercio Armas, Municiones y explosivos, indica que el ciudadano no tiene permiso para porte o tenencia de armas de fuego.

Por otra parte, el elemento incautado fue sometido a análisis, en el que investigador experto de la SIJIN mediante informe de fecha 16/10/2021, que el elemento incautado (arma, proveedor y munición) son aptos para producir el fenómeno de disparo y se encuentran en buen estado de funcionamiento, ello indicado en el INFORME PRELIMINAR DE DISPARO, determinó sus características, estado de funcionamiento, entre otras."

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El conocimiento de la presente actuación procesal correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, llevándose a cabo la audiencia de formulación de acusación el día 20 de abril de 2022; la audiencia preparatoria tuvo lugar el día el 25 de octubre de 2022, data en la cual, la defensa del procesado Delmiro Leal Torres, **solicitó la conexidad** del presente proceso con el identificado con Rdo. 051546000361202000020, como quiera que, el día 23 de febrero del año 2022 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caucasia, se le imputó a su mandante la conducta de concierto para delinquir con fines de homicidio, mencionándose en la estructura factual que el señor Torres, desde el año 2016 hasta la fecha de su captura (2021), cometió la conducta de concierto para delinquir con fines de homicidio,

utilizando para ello armas de fuego, en el sector de “Cuturú”, quien es denominado con el alias de “Cristian”.

Señala que, el citado proceso comparte con el presente, circunstancias factuales en tanto tienen el mismo nacimiento investigativo, un ciudadano que pertenece al grupo delincuenciales llamado “Los Caparros”, mismo ámbito territorial la zona de Cuturú y temporalidad, aduciendo que en esta causa, fue capturado este ciudadano con un arma de fuego, luego de información de inteligencia sobre la ubicación de integrantes de los caparros; configurándose así los requisitos de la conexidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 51 de la ley 906, en tanto se cumple los postulados de carácter objetivo tales como relación razonable de lugar, tiempo y modo; Cuturú es el lugar donde se captura y el concierto para delinquir es en la zona de Nechí, Bajo Cauca, Cauca y Cuturú; en lo que atañe a la temporalidad, este ciudadano fue capturado en el año 2021 y el concierto para delinquir va desde 2016 hasta el momento de su captura.

Por su parte el **Delegado de la Fiscalía**, advierte que, si bien es dable de cara a la base factual solicitar la conexidad, no lo es en virtud de la etapa procesal en el que se encuentra el proceso, como quiera que, el proceso del cual se solicita se ordene la conexidad, se encuentra pendiente de presentar escrito de acusación, en vista de lo cual solicita, en aras de no perderse la oportunidad de realizar a futuro dicha conexidad, se brinde el espacio para presentar el escrito y se puedan encontrar en la misma etapa procesal.

El Titular del despacho, no accede la solicitud de conexidad, señalando que si bien ambos procesos tienen relación el uno con el otro, se encuentra en etapas procesales disimiles, debiéndose presentar la solicitud en el proceso que se encuentra retrasado y en donde no se ha radicado escrito de acusación, por lo que acceder a la petición de conexidad iría en contra de los principios de eficacia y celeridad procesal.

La defensa inconforme con la decisión interpone recurso de apelación, señalado violación a la defensa técnica y al debido proceso ante la negativa de llevar en un solo proceso dos conductas punibles, siendo inocuo esperar y solicitar la conexidad en etapa posterior del otro proceso, pues este ya estaría adelantado en sede de juicio oral.

Destaca que, el proceso del cual solicita se conexe esta próximo a ser acusado y en este apenas va a iniciar audiencia preparatoria. Con la conexidad, tiene la defensa la oportunidad de de conocer todos los elementos y circunstancias factuales que pueda enfrentar en sede de juicio oral, sin necesidad de ser sorprendido pues en este caso se estaría llevando 2 procesos, uno por el porte y uno por el concierto para delinquir, en el que se aduce que un ciudadano utiliza armas de fuego y se concierta con otros con el fin de cometer homicidio, siendo los mismos presupuestos factuales; encontrándose enfrentados la eficiencia y celeridad procesal versus derecho a la defensa, permitiendo este último el conocimiento unánime de los elementos materiales probatorios

y evidencia física y permitir al procesado enfrentar ese núcleo fáctico de una sola manera.

El Juez de Primer Grado concede el recurso de apelación en efecto devolutivo, dando ello lugar a la continuación de la audiencia preparatoria.

Continuando con la diligencia, al momento de ser interrogado la defensa sobre el descubrimiento probatorio, solicita a la judicatura **el rechazo** de los testimonios de FERNEY GONZÁLEZ GARCÍA Y RICHARD ORLEY RINCÓN MEDINA solicitados por la Fiscalía, como quiera que, no logró entrevistar a estos testigos y en su sentir no se ha materializado el descubrimiento formal y conocer la información que van a dar en juicio, pues los mismos se han ocultado, impidiendo ello adelantar un plan metodológico sobre esa información, destacando que, ello no se ha logrado no por la ineficacia del ente acusador, quien ordenó a policía judicial colocar a disposición de la defensa estos dos testigos, sino porque éstas son omisivas y no han dado entrevistas a la defensa, se ocultan y no dan datos de ubicación.

Posteriormente, en lo que respecta al objeto de la alzada, en el acápite de solicitud probatoria, solicitó la defensa el decreto como prueba documental de los siguientes oficios: **1)** oficio número 0048 de la unidad de lofoscopia de Medicina Legal del 13 de junio de 2022. **2)** Oficio en el que se solicita poner a disposición el arma incautada para realizar peritaje por parte de Medicina Legal. **3)** órdenes a policía

judicial del 25 de mayo de 2022 emanados por el doctor Luis Fernando Valencia. **4)** oficio N.00125 orden de policía judicial para poner a disposición de la defensa a los señores Ferney González García y Richar Orley Rincón Medina a fin de ser entrevistados por la defensa.

Por su parte el **Delegado de la Fiscalía** se opone al decreto probatorio como prueba documental de las órdenes a policía judicial como quiera que ello no es prueba ni para la fiscalía ni para defensa, asimismo, en lo que respecta a las solicitudes enunciadas por la defensa, pues éstas tampoco tienen este carácter.

En lo que atañe a la solicitud de rechazo de la prueba testimonial, advierte la Fiscalía que, siendo garantista no observó dificultad alguna en poner a disposición la posible entrevista de los ciudadanos, pero es claro que corresponde a la libertad de estas personas en realizar este tipo de actos, siendo el juicio oral el escenario natural donde la defensa a través del contrainterrogatorio indague lo pertinente, en ese sentido, señala que no existe causal que dé lugar al rechazo de dichos testimonios, en tanto se descubrieron en el tiempo pertinente y no son ilegales.

En respuesta a la solicitudes de la defensa, **La Judicatura**, niega el decreto como prueba documental los oficios antes enunciados, al considerar que las órdenes a policía judicial no constituyen evidencia, y los demás referidos, solo son útiles dentro de la declaración que dé el investigador con

relación a lo que desarrolló en el marco de su competencia, por lo que no es necesario que ingresen al recaudo probatorio del proceso, pero podrán ser utilizados dentro de la exposición de doctor Carlos Andrés Arismendi.

En lo que atañe a **la solicitud de rechazo** de los testimonios **FERNEY GONZÁLEZ GARCÍA** y **RICHARD ORLEY RINCÓN MEDINA** elevada por la Defensa, el Juez de Primer Grado niega la misma, ello al considerar que, no existe un problema con relación al tema del descubrimiento probatorio, al quedar acreditado que uno de ellos ya estaba relacionado en el escrito de acusación y el otro fue adicionado en la audiencia de formulación de acusación, sin que exista por parte de la Fiscalía una actitud dolosa de ocultar sus declarantes, por el contrario, la misma defensa indicó que el Fiscal expidió órdenes a policía judicial para que ellos sean puestos a disposición de la defensa, señalando que, lo que se advierte es una renuencia de los testigos para comparecer a las audiencias, no solo con la defensa, también se presenta con los fiscales, por lo que será en el desarrollo del juicio, si finalmente comparecen los testigos, en donde la defensa a través del contrainterrogatorio podrá poner de presente lo pertinente, lo cual solo tiene efectos con relación al tema de valoración probatoria, conforme lo dispuesto en el 404 C.P.P., pero nada tiene que ver con un inadecuado o inoportuno descubrimiento probatorio.

La Defensa, inconforme con las decisiones enunciadas en el párrafo precedente, interpone el recurso de

apelación. En su sustentación reitera la solicitud de rechazo de los testimonios de Ferney González García y Richard Orley Rincón Medina, como quiera que la defensa no pudo acceder a ellos de manera previa, en el entendido que, el descubrimiento no es un acto meramente formal, sino que hace alusión a que se debe materializar, y para lo cual la defensa debe acceder a esos testigos, permitiéndole ello desarrollar una investigación con un hilo conductor, en el que no solo se tiene en cuenta presupuestos objetivos que lleven a la responsabilidad penal, sino todas las características que rodean el proceso y que puedan llevar a un acercamiento de la verdad con relación, no solo a la declaración del testigo, de cómo ellos aprecian el delito, sino, las circunstancias que rodean al testigo y realizar planes metodológicos o realizar actos de verificación, de no darse tal supuesto se cumpliría lo señalado en la sentencia C-1195, es decir, se estaría sorprendiendo a la defensa en sede de juicio oral, quien no tendría como impugnar a estos testigos.

Derivado de lo anterior, aduce se desprende su segunda solicitud, relacionada con la admisión de los oficios objeto de decreto como prueba documental, en tanto con ellos se demuestra que requirió los testigos para ser entrevistados, que la fiscalía solicitó ponerlos a disposición, lo cual fue infructuoso, pues estos son omisivos a presentarse ante la defensa, pero no serán omisivos a presentarse en el juicio oral, por lo que la única forma demostrar esas circunstancias es con el decreto de los oficios aludidos.

La Fiscalía como sujeto no recurrente, solicita se confirme la decisión de la judicatura, no hay lugar al rechazo de los testimonios como quiera que se descubrieron de manera oportuna, siendo el escenario natural para discutir cualquier situación es el juicio oral. En lo que atañe a los documentos aludidos, estos no tienen los requisitos para que se tengan como prueba documental, sino que podrían ser parte de lo que indique el funcionario que realizó dichas actividades, en este caso en concreto el investigador y que simplemente serían objeto de valoración por parte del juez en su decisión.

4. CONSIDERACIONES DE SALA

4.1 Competencia

Por virtud de lo dispuesto en numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación presentados por la Defensa del señor Delmiro Leal Torres, en contra de: **1.** El auto que niega la solicitud de la conexidad de la presente causa con el proceso identificado con CUI051546000361202000020; **2.** El auto que niega la solicitud de rechazo de los testimonios de Ferney González García y Richard Orley Rincón Medina y, **3.** El auto que niega el decreto como prueba documental de la defensa los oficios: **i)** oficio número 0048 de la unidad de lofoscopia de medicina legal del 13 de junio de 2022. **ii)** Oficio en el que se solicita poner a disposición el arma incautada a fin de realizar peritaje por parte de Medicina Legal. **iii)** órdenes a

policía judicial del 25 de mayo de 2022 emanados por el doctor Luis Fernando Valencia. **iv)** oficio No.00125 orden de policía judicial para poner a disposición de la defensa a los señores Ferney González García y Richar Orley Rincón Medina.

Ante la multiplicidad de decisiones impugnadas, las mismas se resolverán en el orden enunciado en el párrafo que antecede.

4.1 AUTO QUE NIEGA SOLICITUD DE CONEXIDAD

Corresponde definir a esta Corporación si se cumplen los requisitos de índole sustancial y procesal, para decretar la conexidad procesal de las causas penales con radicados 051546000327202100145 y 051546000361202000020.

Dígase primero que la Ley 906 de 2004, en su artículo 50, determina que por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales. Al mismo tiempo indica que los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente y la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.

Por su parte, el canon 51 establece los eventos en los que se puede tramitar en una sola actuación asuntos, cumpliendo las condiciones que allí se establecen:

ARTÍCULO 51: Conexidad. Al formular la acusación el fiscal podrá solicitar al juez de conocimiento que se decrete la conexidad cuando:

1. El delito haya sido cometido en coparticipación criminal.
2. Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar.
3. Se impute a una persona la comisión de varios delitos cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros, o con ocasión o como consecuencia de otro.
4. Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable o tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

Parágrafo. La defensa en la audiencia preparatoria podrá solicitar se decrete la conexidad invocando alguna de las causales anteriores. (negrilla del texto).

Sobre la conexidad, esta figura se ha clasificado en sustancial y procesal, según se presente la relación entre las distintas conductas punibles, como con claridad se desprende del siguiente precedente vertical²:

La conexidad puede ser sustancial o procesal. La primera comporta una relación o nexo estrecho entre cada una de las conductas delictivas que impone su investigación y juzgamiento conjunto, bien sea porque fueron cometidas dentro de una misma cadena finalística en relación de medio a fin (conexidad sustancial), por ejemplo matar al guardia del banco para hacerse al botín; o dentro de dos cadenas finalísticas diversas, pero vinculadas entre sí, como

² CSJ AP, 29 ago., rad. 39105.

cuando se comete un delito para asegurar el resultado de otro (conexidad paratática) o para ocultar la comisión de otro hecho criminal (conexidad hipotética)³.

En la conexidad procesal, más que un vínculo sustancial entre las conductas delictivas investigadas, existe una relación práctica que aconseja y hace conveniente adelantar conjuntamente las investigaciones, dada la unidad de autor(es), la homogeneidad del modus operandi o la comunidad de prueba, entre otros factores, todo lo cual redundará en favor de la economía procesal.

Empero, la conexidad procesal no constituye un postulado absoluto por cuanto, en algunos eventos, las mismas razones de orden práctico aconsejan no unificar las investigaciones, como cuando se encuentran en estadios procesales diferentes o el número de procesos puede hacer inmanejable la actuación en detrimento de la agilidad y buen trámite procesal, aspectos que deben ser evaluados en cada caso por el ente investigador, organismo competente para ordenar la acumulación de investigaciones⁴.

Por lo tanto, lo fundamental para analizar si se presenta las condiciones para decretar la conexidad es la existencia o no de un vínculo sustancial o procesal, las que acreditadas permitirán que puedan tramitarse en una misma actuación.

El numeral 4º del precepto 51 del C.P.P. en concordancia el párrafo de la citada normativa— alegado por la Defensa del señor Delmiro Leal Torres —, señala que la

³ Se citó: «La jurisprudencia de la Sala acogió esta clasificación a partir de la sentencia del 4 de junio de 1982, Rad. No. 26836».

⁴ Se citó: «Esta postura de la Corte ha sido corroborada de forma posterior, entre otras, en AP3835-2015, rad. 46288». Cfr. CSJ AP-3835-2015, rad. 46188.

defensa en la audiencia preparatoria podrá solicitar la conexidad cuando: *“se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en los que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra”*.

Es claro que, para el momento de la solicitud de conexidad, esto es, audiencia preparatoria, la defensa se encontraba habilitada para solicitar la conexidad del presente proceso con aquel identificado con CUI 051546000361202000020, pero más allá de tal habilitación y de existir dos investigaciones cuyo origen comparten, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 51 ibidem, a la defensa o quien invoque la citada causal, le asiste una carga argumentativa en la que se acrediten los lineamientos allí dispuestos, esto es:

1. Que se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los actores o partícipes;
2. Relación razonable de lugar y tiempo y,
3. La evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

En el caso sub judice, la defensa el señor Delmiro Leal Torres, advirtió la existencia de otra investigación identificada con CUI 051546000361202000020 en la cual le fue imputado a su mandante, el día 23 de febrero de 2022, ante el

Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cauca, la conducta de concierto para delinquir con fines de homicidio, ello al presuntamente pertenecer a la organización delincriminal denominada "Los Caparros" desde el año 2016 hasta el momento de su captura(año2021), cuya zona de injerencia corresponde a los sectores de Nechí, Bajo Cauca, Cauca y Cuturú, siendo conocido éste con el alias de "Cristian", destacando que, para la conducta de concierto para delinquir con fines de homicidio se utilizan armas de fuego. Compartiendo el citado proceso circunstancias factuales con la presente investigación, en tanto la captura se da en razón a información brindada a miembros del Ejército Nacional en la que se indica el haber observado miembros del grupo delincriminal "Los Caparros" en el Corregimiento de Cuturú de Cauca, Antioquia, entre ellos los denominados con el alias de "Brayan" y "Cristian" y en su búsqueda, su prohijado es capturado con un arma de fuego. En vista de lo cual concluye existe una relación razonable de tiempo, modo y lugar.

Bajo este panorama, tal como lo advirtiera el A quo, si bien a prima facie se avista posible la conexidad de ambas actuaciones, al tener relación la una con la otra, ello no es posible, en tanto la actuación procesal que se solicita conexas, esto es, la radicada con CUI 051546000361202000020 no se ha radicado escrito de acusación y en ese sentido, la conexidad no es posible no solo por encontrarse por etapas disímiles, lo cual de suyo implicaría un claro atraso en esta actuación, también, porque no es posible suspender la presente

actuación procesal y supeditar su continuación hasta que la Fiscalía decida radicar escrito de acusación en la actuación de la cual se solicita su conexidad, en tanto ello es un acto de parte exclusivo de la Fiscalía, y si bien podría optar por radicar escrito de acusación, esta no es la única opción, pues también está dentro del abanico de posibilidades la de solicitar la preclusión o aplicar principio de oportunidad, actuaciones que, se reitera, dependen del arbitrio del ente acusador.

En vista de lo anterior, al encontrarse las citadas actuaciones en etapas diferentes, no es posible ensamblar ambas causas y que continúen su marcha normal. Al respecto señaló la Corte Suprema de Justicia⁵, lo siguiente:

(...)

“La determinación de la conexidad entre distintas conductas punibles puede ser de índole sustancial -ideológica, consecuencial u ocasional-, así como de naturaleza procesal -dada por la unidad de autores, la homogeneidad del modus operandi o la comunidad de prueba, entre otros factores, lo cual redundaría en favor de la economía procesal-. Empero, el decreto de la conexión o ensamble de dos actuaciones ha de regirse por cuestiones de razón práctica. Ello, por cuanto, siendo también expresión de la garantía fundamental al debido proceso y, por ende, un instrumento que sirve a la concreción de sus componentes, no es dable entenderla como un instituto aplicable en términos de absolutez, sino de ponderación.

Así, entre otros aspectos, pueden sopesarse cuestiones como la facilidad del ejercicio de la práctica y contradicción

⁵ CSJ AP6016 Rdos. 60149 y 60.292 del 9 de diciembre de 2021

probatorias o el impacto que la conexión de actuaciones tramitadas independientemente puede tener en el principio de celeridad, igualmente perteneciente a un debido proceso célere y sin dilaciones injustificadas.

En ese entendido, para la Corte, la disparidad de etapas procesales es uno de los factores que determina la improcedencia del decreto de la conexidad en el proceso. Si, desde la perspectiva estructural, la actuación penal es una serie concatenada de actuaciones sucesivas y escalonadas, que presuponen el agotamiento de fases antecedentes, bajo el principio de preclusividad de los actos procesales, es entendible que solo puedan acoplarse actuaciones que se hallan en la misma etapa. Si aquéllas se encuentran en fases diversas, estructuralmente hablando, es impensable que ambos procesos puedan ensamblarse y seguir su marcha normalmente.

Para lograr esa consecuencia, en caso de disparidad de etapas, alguna actuación habría de paralizarse a fin de esperar a que la otra, relegada, se nivele y, así, se pueda continuar la marcha del proceso unificada y conjuntamente. Mas siendo la eficacia en el ejercicio de la justicia y la celeridad -como expresión de un debido proceso sin dilaciones injustificadas- principios a los que ha de ajustarse el trámite del proceso, tal opción (la parálisis) no es aconsejable. La conexidad, entonces, es una institución que ha de servir a la agilidad, no a la interrupción ni estancamiento del proceso.” NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO.

Corolario de lo dicho en precedencia, se CONFIRMARÁ la decisión proferida por el funcionario de primera

instancia, en punto de la **NEGATIVA** de la solicitud conexidad incoada por la defensa del procesado Delmiro Leal Torres.

4.2 AUTO QUE NIEGA SOLICITUD DE RECHAZO PROBATORIO

En lo que atañe a la solicitud de rechazo probatorio elevada por la defensa en punto de los testimonios de los señores Ferney González García y Richard Orley Rincón Medina, de entrada, advierte la Sala la improcedencia del recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Delmiro Leal Torres, en tanto, los citados testimonios **fueron decretados** en favor de la Fiscalía; ello conforme la línea vigente de la Corte Suprema de Justicia⁶, que en este punto ha decantado la **procedencia del recurso de apelación, solo cuando: 1. El medio de prueba es negado, 2. Se trata de una decisión sobre la exclusión de pruebas relacionada con la ilicitud del medio probatorio y 3. Cuando se admite la prueba de manera condicionada generando un perjuicio a la parte interesada**; de suerte que, si la discusión no se encuadra en alguno de los parámetros antes aducidos, **solo procede el recurso de reposición, veamos:**

(...)

“La interpretación de la Corte, frente a la decisión que resuelve las solicitudes probatorias pedidas por las partes, ha sido, que el legislador –en su labor de configuración legislativa– diferenció

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP4640-2022, Radicado 61078

entre el auto que accede a su práctica y aquél que la niega, por lo tanto, contra el primero solamente procede el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido en artículo 176, en tanto que, contra aquél que excluya, rechace o inadmita una prueba, proceden el de reposición y/o apelación, tal como lo consagra el inciso 3° del artículo 359, en concordancia con el numeral 4° y 5° del artículo 177 ibídem [AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130].

No obstante, la Corte también ha precisado que **“...sólo cuando se trata de exclusión probatoria por ilicitud del medio, sea que se haya decretado o no la prueba, procede el recurso de apelación, pues en esos eventos se trata de determinar la configuración de una violación a derechos fundamentales”**.⁷

Y en decisiones, CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562; CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad. 41106, la Corte consideró posible interponer el recurso de apelación en contra de la decisión que admite la prueba, así lo señaló en determinación del 13 junio de 2012, Rad. 36562:

“Un nuevo análisis del tema, lleva a la Sala a reconsiderar esta postura, y adoptar como postulado jurisprudencial que el recurso de apelación procede no solo contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátase de exclusión, inadmisión o rechazo), sino también contra las que ordenan su aducción, admisión o aceptación, y que la concesión del recurso debe hacerse en el efecto suspensivo.

Esto, atendiendo a una interpretación sistemática del modelo de enjuiciamiento acusatorio, comprensiva de un estudio correlacionado de los artículos 20 y 359 con los artículos 176, 177 y 363 ejusdem, como también del papel que debe cumplir la audiencia preparatoria en este sistema y la necesidad de asegurar la realización de los principios de depuración y eficacia probatoria.

El artículo 176, en su inciso tercero, establece, en el carácter de cláusula general, que el recurso de apelación procede contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, salvo las excepciones legales, dando de esta manera cabida a la segunda instancia a todas las decisiones

⁷ Al respecto véase decisiones como CSJ AP1319-2018, Rad. 52345, reiterada en AP234-2020, Rad. 57865 del 16 de septiembre de 2020, AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130.

que cumplan tres condiciones, (i) que tengan la naturaleza de auto, (ii) que hayan sido dictadas en el curso de una audiencia, y (iii) que el recurso no esté exceptuado por la ley. Las decisiones que deciden sobre la exclusión, admisión, rechazo o práctica de pruebas tienen a no dudarlo la condición de autos, entendidos por tales los que resuelven algún incidente o un aspecto sustancial, de acuerdo con la definición que de ellos trae el artículo 161 ejusdem, en cuanto se erigen en expresiones del derecho a probar y a la controversia probatoria, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

El artículo 177, por su parte, en su primer inciso, incluye como decisión susceptible de ser apelada en el efecto suspensivo, el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral (estipulación cuarta), pero también, el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral (estipulación quinta), sin hacer distinciones sobre el sentido de la decisión, previsión esta última de la que se sigue que la apelación procede en ambos casos, es decir, cuando se ordena o niega su exclusión.

El mismo precepto, en el inciso segundo, incluye como decisión contra la que procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada (estipulación sexta), precepto del que igualmente se establece que la regla acogida por los estatutos procesales anteriores, en los que el derecho de impugnación solo procedía contra las decisiones que negaban pruebas, no es la que preside el modelo de enjuiciamiento acusatorio.

Esta nueva orientación se reitera en el artículo 363, que consagra como motivo de suspensión de la audiencia preparatoria, el trámite de la apelación de las decisiones relativas a las pruebas, hasta cuando el superior jerárquico resuelva, expresión que, al igual que las anteriores, no distingue entre el sentido de la decisión, resultando comprensiva tanto de las decisiones que niegan como de las que autorizan.

Dicha variante encuentra su razón de ser en el carácter esencialmente adversarial del nuevo sistema, que determina que la iniciativa probatoria se concentre en cabeza de las partes (ente acusador y defensa), con exclusión del juez, quien asume la condición de árbitro, y que ambas tengan derecho no solo en que se incluyan o practiquen las pruebas que aducen en apoyo de su teoría del caso, sino de oponerse a las que postula la parte contraria.

También en la necesidad de que el procedimiento de depuración probatoria que se realiza en la audiencia preparatoria cuente con la garantía de la doble instancia, para que las pruebas que se lleven al juicio oral cumplan realmente las condiciones de conducencia, pertinencia y

utilidad, en aras de la efectivización de los principios de concentración y de eficacia probatoria. (...).

Pero, por otra parte, la Sala llama la atención en el sentido de que la posibilidad de la apelación está restringida al interés procesal, esto es, que sólo tendrá vocación impugnatoria el sujeto procesal que ha pretendido en la audiencia preparatoria que la prueba con cuyo decreto está inconforme, sea rechazada, excluida o inadmitida”.

De lo que se deriva que no ha sido unánime, la Jurisprudencia de la Corporación, respecto a la procedencia o no del recurso de apelación contra el auto que admite las pruebas, lo que hace necesario aclarar el alcance del postulado jurisprudencial, previa ponderación de los presupuestos superiores que gobiernan el debido proceso probatorio.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, son presupuestos procesales esenciales para la interposición del recurso, la legitimación procesal, la legitimación en la causa, la autorización legal, su interposición en la oportunidad legal y la sustentación adecuada y suficiente⁸

Entendiendo por ellos: legitimación procesal, quien interpone el recurso debe estar reconocido como sujeto procesal, parte o interviniente; por legitimación en la causa o interés jurídico para recurrir, que la parte que recurre haya sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión, de tal forma que si la decisión cuestionada la beneficia o acoge su postura, no surge interés jurídico en la causa, quedando deslegitimada para pretender la revisión de la providencia⁹; la autorización legal, relacionada con la facultad que otorga la ley para atacar o controvertir determinadas decisiones, a través de uno u otro recurso, interposición en la oportunidad legal, y la sustentación adecuada y suficiente, que demanda coherencia conceptual entre la petición, la decisión y la impugnación.

⁸ AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130.

⁹ Así, SP5210-2014, de 30 de abril, Rad. 41534; SP7856-2016 de 15 de junio de 2016, Rad. 47666; SP1659-2015, de 02 de diciembre de 2015, Rad 445824; SP11726-2014 de 03 de septiembre, Rad. 33409.

De la confluencia de estos presupuestos, se predica la admisibilidad de los recursos ordinarios, requisitos que satisfechos, nos lleva a considerar que decisiones son susceptibles del recurso de impugnación vertical y cuáles no.

El artículo 176 de la Ley 906 de 2004, señala que el recurso de reposición “procede para todas las decisiones”, salvo la sentencia, por su parte el recurso de apelación procede contra la sentencia y los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, “salvo los casos previstos en este código”; así mismo, el artículo 359 inciso final, señala “Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios”.

De lo que se deduce, que una de las principales garantías del debido proceso probatorio, es el **Principio de la doble instancia**, derecho que encuentra desarrollo supralegal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰, tratados multilaterales que en la legislación interna forman parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución Política.

Por su parte, la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, establece la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, y el artículo 31 preceptúa que “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

En desarrollo de la normativa en cita, derivada del bloque de constitucionalidad, la Ley 906 de 2004 consagró el principio de la doble instancia como norma rectora, señalando en el artículo 20, que “Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o

¹⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, numeral 5º, indica « toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». La Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, numeral 2º, literal h, señala que toda persona tiene « derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior».

acusado, **que afecten la práctica de las pruebas** o que t engan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en est e código, serán susceptibles del recurso de apelación...»).

Así la forma en que el legislador reguló la impugnación de la prueba da cuenta de su intención expresa de permitir que las decisiones que **afectan** la práctica de la prueba puedan ser impugnadas –artículo 20–, entendiendo por *afectar*, en decisión CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298:

(...) pues dado que las palabras usadas por el legislador deben entenderse en su sentido natural y obvio, el significado que en este contexto tiene el vocablo **afectar** no es otro que el de "...5. Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. 6. Producir alteración o mudanza en algo..."

Por t anto con sujeción al citado precepto, el cual como norma rectora es prevalente sobre las demás y debe ser utilizado como fundamento de interpretación (ídem, artículo 26), en materia de pruebas es procedente el recurso de apelación como mecanismo para acceder a la segunda instancia, **únicamente respecto de las decisiones que impidan su efectiva práctica o incorporación.** (negrita fuera de texto).

Señalando en el artículo 177, los efectos en los cuales se concede el recurso de apelación, y los autos sobre los cuales procede, entre ellos, "el auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral o decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral", norma de la que se deriva, que la intención del legislador fue rodear de garantías el debate adversarial, al facultar a las partes perjudicadas con la decisión, acceder a la garantía de la doble instancia, **lo que obliga de quien se opone a ella a presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías o evidenciar el perjuicio con la negativa de la prueba.**

De no ser así, al juez, director del debate, le corresponde rechazar de plano la argumentación y la petición que alrededor de ella se eleve, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado.

Luego entonces, si bien el legislador enunció solo los eventos en que procede el recurso de apelación, en aspectos probatorios, limitando esta posibilidad a los casos anteriormente enunciados; le corresponde a la Corte, modular, –sin que ello signifique arrogarse funciones de configuración legislativa–, aquellas situaciones en las que pese a admitirse la práctica de la prueba, la misma se hace de manera condicionada o limitada, vulnerando los intereses de la parte interesada en su práctica.

Concluyendo, que si bien la Corte ha considerado que contra la decisión que admite el decreto de la prueba, no procede el recurso vertical de apelación y la parte favorecida con la prueba, carece de autorización legal para refutarla, postura que se ha mantenido de forma pacífica¹¹; esta regla debe ser entendida frente aquellos eventos en los que la admisión del medio probatorio es pura y simple, es decir no ocasiona ningún perjuicio para la parte interesada en su realización. En tal evento se carecería de interés jurídico para recurrir, pues no se ha sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión.

Otra situación ocurre en los supuestos en que pese a admitirse la prueba, ésta se hace provocando un perjuicio que la parte interesada estima injustificado en su práctica. En tal evento surge el derecho a su impugnación, como garantía Constitucional tendiente a depurar el debate probatorio, en correspondencia con los postulados principialísticos del procedimiento adversarial, que propenden por la

¹¹ CSJ AP 3805-2015, 8 jul. 2015, Rad 46262, CSJ AP4812-2016, 27 jul. 2016, Rad 47469, CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516.

realización material de los derechos y la primacía del derecho sustancial.

Presupuestos relacionados directamente con los objetivos del proceso penal, ello es con la aproximación racional a la verdad y la recta aplicación del derecho material, especialmente, cuando están de por medio derechos de protección superior que demandan una intervención más eficaz de los Jueces¹², ajustada a los estándares internacionales sobre el debido proceso, la doble instancia, consonante con los compromisos Convencionales del Estado Colombiano y la función que el legislador le asignó a los jueces, en la salvaguarda de los derechos al interior del proceso penal.” NEGRILLAS Y SUBRAYAS POR FUERA DEL TEXTO.

Aterrizando al tema que ocupa la atención de la Sala, se tiene entonces que, la defensa solicita el rechazo de los testimonios Ferney González García y Richard Orley Rincón Medina pedidos por la Fiscalía, al considerar que no se realizó un descubrimiento material de los mismos ante la imposibilidad de entrevistarlos y conocer de manera previa sobre lo que aquellos depondrán en juicio y determinar con ello el hilo conductor de la defensa técnica de su prohijado, puesto que los citados se ocultaron de la defensa y no fue posible su ubicación. tal solicitud fue negada por el A quo, al señalar que no se esta ante una causal de rechazo por problemas en el descubrimiento, como quiera que ello se cumplió en debida forma de la audiencia de formulación de acusación, sino que se trata de situaciones que son objeto de valoración probatoria, dejando claro que, cualquier inquietud con relación a estos testigos, podrá ser absuelta por la defensa a través del

¹² Criterios recogidos en S.C.C.-227/09. y S.C.C.- 738/06.

contrainterrogatorio, si es que los citados testigos comparecen al juicio.

Siendo así las cosas, es claro que la discusión no se centra en demostrar vulneración a garantías fundamentales por **ilicitud del medio probatorio** o evidenciar un perjuicio con relación **la negativa de la prueba**, o aquella **decretada de manera condicionada**, por el contrario, en este caso lo que se ataca es el **DECRETO** de la prueba testimonial en favor de la Fiscalía, frente a la cual no se accedió a la solicitud de rechazo, y en ese sentido, contra la citada decisión no procede, el recurso de apelación, en tanto no se encuentra en ninguno de los supuestos antes anunciados.

Con fundamento en lo esbozado en precedencia, esta Sala se **ABSTENDRÁ DE RESOLVER** la alzada en contra el auto DECRETA de los testimonios Ferney González García y Richard Orley Rincón Medina en favor de la Fiscalía y en consecuencia, niega su rechazo.

4.3 AUTO QUE NIEGA SOLICITUD PROBATORIA

La defensa del señor Delmiro Leal Torres, en audiencia preparatoria llevada a cabo el 25 de octubre de 2022, solicitó el decreto como prueba documental de los siguientes oficios: **i)** Oficio número 0048 de la unidad de lofoscopia de medicina legal del 13 de junio de 2022. **ii)** Oficio

en el que se solicita poner a disposición el arma incautada a fin de realizar peritaje por parte de Medicina Legal. **iii)** órdenes a policía judicial del 25 de mayo de 2022 emanados por el doctor Luis Fernando Valencia. **iv)** oficio No.00125 orden de policía judicial para poner a disposición de la defensa a los señores Ferney González García y Richar Orley Rincón Medina.

Tal solicitud fue despachada desfavorablemente por el A quo, al advertir que las órdenes a policía judicial no constituyen evidencia y los demás oficios no son prueba documental autónoma y solo son útiles dentro de la declaración del investigador Carlos Andrés Arismendi con relación al desarrollo de su actividad investigativa y, en ese sentido, podían ser utilizados dentro de su exposición. Por su parte, la defensa inconforme con la decisión, señaló que la única forma de acreditar que fue infructuosa la búsqueda de los testigos Ferney González García y Richar Orley Rincón Medina para entrevistarlos, ocultándose de la defensa, es con el ingreso de los citados documentos.

Entendido así las cosas, le asiste razón al Juez de Primer Grado, al señalar que las órdenes a policía judicial no constituyen evidencia con entidad de convertirse en prueba, pues las mismas hacen parte de la actividad preparatoria del caso¹³; de igual modo, los oficios requeridos por la defensa como prueba documental, no tienen ese carácter, en tanto aquellos son el resultado de la actividad investigativa de ese extremo procesal y, en ese sentido, será el testigo de

¹³ CSJ AP5721-2015 Rdo. 46571 del 30 septiembre de 2015

acreditación quien dará cuenta de su actividad e informará los resultados, que en palabras de la defensa, se encuentran orientados a acreditar la infructuosa ubicación de los multicitados testigos y el estudio lofoscópico del arma incautada.

Y es que múltiples han sido los pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en punto del poder suasorio de los **actos investigativos** y sí los mismos se encuentran o no vinculados a la prueba testimonial, para el efecto, retómese lo dispuesto en decisión con Rdo. No. 51667 del 10 de febrero de 2021:

*"En efecto, la Corte de manera reiterada ha establecido que el reconocimiento a través de fotografías o videos y en fila de personas, no son pruebas en sí misma, **que adquieran tal calidad a través de la introducción de los documentos elaborados durante su realización, como si se trataran de un medio suasorio documental, sino que aquellos comportan un acto de investigación cuyo resultado puede hacer parte del testimonio cuando en el juicio el declarante alude a la existencia de dichas actividades investigativas, a los logros obtenidos a través de las mismas o a la forma como se efectuaron, atestaciones que **habrán de ser valoradas integralmente con el testimonio** de quien efectúa el reconocimiento y, en conjunto, con los demás medios de convicción."** NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO.*

Sean estos entonces argumentos suficientes, para **CONFIRMAR la** decisión de primera instancia relacionada

con el auto que niega el decreto como prueba documental de los oficios relacionados previamente.

Sin necesidad de más consideraciones, con fundamento en los argumentos expuestos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, la decisión adoptada el 25 de octubre de 2022, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia por medio de la cual se NEGÓ la conexidad deprecada por la defensa, según lo esbozado en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: ABSTENERSE DE RESOLVER la alzada interpuesta por la defensa en contra el auto que negó el rechazo de los testimonios Ferney González García y Richard Orley Rincón Medina, por improcedente, conforme lo esbozado en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONFIRMAR, la decisión adoptada el 25 de octubre de 2022, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia por medio de la cual se NEGÓ la prueba documental la aludida por la defensa, según lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Esta decisión queda notificada y contra ella no procede recurso alguno.

QUINTO: Devuélvase al Juzgado de Origen para lo de su competencia.

DEVUÉLVANSE LAS DILIGENCIAS Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**



**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADO**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **224002cc029254be30d7f75721675561f1f78428d7d885711f6120adccb57dd1**

Documento generado en 18/01/2023 07:21:45 PM

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