

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 032

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 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
2021-0412-1	Sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	MAURICIO ALEJANDRO MARÍN ZAPATA	Revoca sentencia de 1 instancia	Febrero 22 de 2023
2021-0459-1	Sentencia 2ª instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	LUIS GERÓNIMO MADRID ALZATE	Revoca sentencia de 1 instancia	Febrero 22 de 2023
2023-0178-1	auto ley 906	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	JUAN CARLOS OSORIO GALVIS	confirma auto de 1º Instancia	Febrero 22 de 2023
2023-0210-3	Tutela 1ª instancia	GEORGIDES ANTONIO VALENCIA ZULUAGA	JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA	Concede derechos invocados	Febrero 22 de 2023
2022-1860-3	Sentencia 2ª instancia	TENTATIVA DE EXTORSIÓN	OMAR ADÁN CAROSO Y OTRO	modifica sentencia de 1º instancia	Febrero 22 de 2023
2021-0802-3	Sentencia 2ª instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	BLADIMIR ARISTIZÁBAL JIMÉNEZ	modifica sentencia de 1º instancia	Febrero 22 de 2023
2022-2021-3	Sentencia 2ª instancia	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA	Confirma sentencia de 1º Instancia	Febrero 22 de 2023
2023-0240-5	Decisión de Plano	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	LUIS FERNANDO PÉREZ USMA	Declara infundado impedimento	Febrero 22 de 2023
2022-1303-5	auto ley 906	ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO	GABRIEL ANDRÉS GONZÁLEZ RIVERO	confirma auto de 1º Instancia	Febrero 22 de 2023
2022-1654-6	auto ley 906	ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR	LUBIN DE JESUS MARIN MARIN	Fija fecha de publicidad de providencia	Febrero 22 de 2023

FIJADO, HOY 23 DE FEBRERO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 025

PROCESO: 05 034 61 00141 2016 80064 (2021 0412)
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS
ACUSADO: MAURICIO ALEJANDRO MARÍN ZAPATA
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado en contra de la sentencia proferida el 07 de septiembre de 2020, por el Juzgado Penal del Circuito de Andes (Antioquia), mediante la cual **CONDENÓ** al señor MAURICIO ALEJANDRO MARÍN ZAPATA, al hallarlo responsable del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que la menor E.Z.O. de doce años de edad, en el mes de junio del año 2016, en el municipio de Andes (Antioquia) fue accedida carnalmente por su consanguíneo, primo hermano, MAURICIO ALEJANDRO MARÍN ZAPATA, cuando se encontraba en su residencia. Se dice que procedió a besarla a la fuerza y arrojarla sobre una cama donde la accedió carnalmente vía vaginal.

Por estos hechos, el 12 de marzo de 2019, ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Andes (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de Andes (Antioquia) en donde el 6 de junio de 2019, la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 8 de julio de 2019 y el juicio oral se desarrolló entre el 10 de septiembre de 2019 y 7 de septiembre de 2020 cuando se dio lectura a la sentencia condenatoria.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo manifestó que en el presente evento resulta claro que la víctima hizo valer su manifiesta intención de acogerse a la prerrogativa constitucional establecida en el canon 33 de la Carta Política, dada la condición de parientes en cuarto grado de consanguinidad, entre el señor acusado y la menor.

No está en discusión la condición testimonial que obviamente no le asiste a la menor víctima, mas subsiste el antedicho señalamiento, pues, aun cuando la Fiscalía no pudo acceder a una aducción declarativa anterior en términos de prueba de referencia, al no contar con ningún acopio declarativo que viabilizara ese proceder, lo cierto es que es precisamente dicho señalamiento que tuvo lugar por la menor el que dio origen al despliegue de la acción penal y a su ulterior enjuiciamiento.

Si bien no pudo obtenerse vía factor de referencia el señalamiento, sí puede explorarse el factor de oídas, igualmente admisible que deviene del dicho de la progenitora de la menor MARÍA SALOMÉ OSSA

VELÁQUEZ y de su entonces compañero sentimental - de la víctima – JULIÁN ANDRÉS TABORDA ÁLVAREZ, así como el componente de carácter pericial, acreditado por el médico y la sicóloga.

La versión que suministrara la menor a sus allegados, madre y compañero sentimental, deviene en un significativo aporte testimonial de parte de éstos, los cuales no pueden reputarse a la ligera como testigos de referencia, pues les asiste la calidad de testigos directos de esas manifestaciones que de primera mano hizo la menor y que permiten evidenciar cuál es su veracidad o no, respecto del señalamiento sobre su pariente.

No encontró válida la retractación que hiciera OSSA VELÁSQUEZ quien afirmó en el juicio que la menor le había manifestado que todo era mentiras, pues no se entiende como el sangrado que presentó la víctima la alertó y acudió presurosa a formular denuncia. Es evidente que si su hija reportó un abuso y su hermana le mencionó un sangrado, en efecto le otorgó total veracidad a su dicho y, por tanto, de lo que en realidad se trata es de justificar a todas luces una retractación frente al señalamiento.

Tal componente de oídas lo hace extensivo al entonces compañero sentimental de la menor, el señor TABORDA ÁLVAREZ. El mismo apuntala con mayor veracidad el contundente señalamiento de la menor sobre el agresor.

Tuvo en cuenta el dictamen médico legal, en el cual se relaciona como hallazgo un himen con desgarró reciente. Dictamen cuya anamnesis corresponde con lo reportado por la paciente.

También hizo ver que el factor declarativo anterior obtenido de la menor se hace extensivo al aporte pericial de la sicóloga, quien relata con absoluta coincidencia respecto del reporte del galeno y en cuanto a la versión de la víctima, así como del mismo componente de oídas inherente al testigo TABORDA ÁLVAREZ, cómo aquella fue agredida sexualmente por MAURICIO ALEJANDRO MARÍN ZAPATA.

Consideró que se trata de un componente pericial que da cuenta de la opinión que en su especialidad emitió la sicóloga, en punto a la evaluación de la menor víctima y a quien por demás, le constan de manera directa todas aquellas manifestaciones y expresiones corporales de la menor.

LA IMPUGNACIÓN

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

En la sustentación afirma:

- El A quo con su direccionamiento no fue neutral en materia probatoria. Hace ver que en la audiencia preparatoria la fiscalía no hizo solicitud de prueba pericial y el juez las denominó bases periciales y permitió que se estipulara un elemento concerniente a la tipicidad como fue la plena identidad de la víctima y su minoría de edad. En la práctica de los testimonios, objetó preguntas de la defensa y realizó preguntas directas a los testigos de la fiscalía en pleno interrogatorio de la fiscalía, sugiriéndole como debía guiar las preguntas y que preguntas hacer. No le permitió a la defensa ingresar una prueba documental con un testigo cuando se había exhibido dicho material probatorio en la audiencia preparatoria, pero sí permitió

utilizarla en el contrainterrogatorio de la fiscalía. En el testimonio del médico permitió poner de presente el dictamen sin sentar las bases probatorias, violentando la técnica probatoria. En el testimonio de la psicóloga el juez pregunta motu proprio a la testigo cómo reconoce los documentos y toma parte en la práctica probatoria. La fiscalía pide la incorporación de los documentos de valoración psicológica cuando ya se le había precluido la oportunidad y el juez lo incorpora sin indagar a la defensa al respecto.

Señala otros casos de intervención del juez que considera indebidas en la práctica probatoria. Considera que el A quo soslayó las garantías fundamentales constitucionales que le asistían al señor MARÍN ZAPATA en cuanto a un debido proceso probatorio.

- El A quo quebrantó la garantía constitucional consagrada en el artículo 33 de la Constitución en cabeza de la presunta víctima al valorar las declaraciones de la pareja sentimental de la presunta víctima y de la señora madre. Para condenar se apoyó entonces en prueba de referencia inadmisibles.

- La entrevista semiestructurada realizada por la psicóloga se hizo de manera anti técnica y desconociendo todos los formalismos desarrollados por la ley 1098 de 2006 y la ley 1652 de 2013. Fue notable el desconocimiento de la psicóloga, ni siquiera perito, pues evidenció su falta de pericia en la materia y los protocolos de abordaje en materia de delitos sexuales. Ni siquiera se trató de una entrevista forense. La declaración de la psicológica es de referencia, pues depende exclusivamente de los dichos de la menor E.Z.O. que al ser valorados como prueba de cargo torna en ilegítima la decisión por adoptarse con prueba ilícita, pues la menor se acogió al derecho de no

autoincriminación, conociendo su grado de extensión a sus consanguíneos.

- Desde la presentación del escrito de acusación se presentó como prueba testimonial y lo que se presentó en el juicio no constituye prueba pericial. La psicóloga valoró a la menor y emitió una opinión no pericial, porque ni siquiera se recoge dentro de los parámetros del artículo 209 del C.P.P. Llevó a cabo una entrevista semiestructurada, aplicando el test de Holstein según indicó. No conocía los protocolos forenses de abordaje de niños y niñas víctimas de agresiones sexuales.

- El médico fue citado como prueba testimonial y no pericial. En el desarrollo de la prueba ni siquiera se sentaron las bases probatorias para poner de presente el informe al galeno y no se demostraron en el interrogatorio cada uno de los requisitos exigidos por la ley 906 de 2004 en materia de prueba pericial. La anamnesis se consignó amparado en lo que contó la menor y la sentencia se fundamenta en ello, lo que es prueba de referencia inadmisibles. La Corte ha distinguido la base fáctica del dictamen pericial cuando lo conforman declaraciones rendidas por fuera del juicio oral de las percepciones directas del perito. El Ad quo no deslindó los conceptos y la distinta entidad probatoria de cada medio de prueba.

- La defensa logró probar que el acusado no estuvo el día 7 de junio de 2016 donde inicialmente lo ubicó la menor E.Z.O. sino que se encontraba como de costumbre laborando en la finca que administraba el señor TOBÓN USMA.

Solicita se decrete la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria inclusive y de manera subsidiaria se revoque la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se limita, por un lado, a determinar si en el juicio adelantado en contra del señor Mauricio Alejandro Marín Zapata, se le respetaron sus garantías fundamentales, sobre todo si el Juez actuó o no con imparcialidad. Por otro, a establecer si al plenario la Fiscalía allegó o no, prueba que conduzca a demostrar la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado.

1. Sobre la solicitud de nulidad. El recurrente sostiene que el Juez durante el decreto de la prueba y su práctica, tomó partido en contra del acusado.

La Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en el proceso y pudo determinar que a la señora defensora no le asiste razón en este aspecto. Sin duda alguna el A quo obró en todo momento con imparcialidad y sus intervenciones sólo se entienden como el deber que tiene de dirigir el debate para evitar lesiones a los derechos de las partes y a busca agilidad y pertinencia en las intervenciones.

En primer lugar, debe advertirse que las estipulaciones no presentaron irregularidad alguna, pues los hechos que identifican a la menor, su edad y demás datos, son hechos objetivos que aceptarlos como probados no implican aceptación de responsabilidad y son aspectos

que normalmente se prueban con facilidad y no hay discusión alguna entre las partes.

Si bien, la deficiencia del registro correspondiente al audio de la audiencia preparatoria, específicamente en el punto de la petición probatoria de la fiscalía, no permite verificar con claridad como presentó a los peritos, de lo que se puede escuchar queda claro que sí mencionó la valoración psicológica y el dictamen médico legal, por lo que el decreto de la prueba pericial no debe extrañarse y el Juez tenía toda la posibilidad de interpretar el sentido de la petición probatoria para el momento de su decreto.

Es claro que el señor defensor sí pidió las planillas utilizadas en el juicio como prueba documental y el Juez las decretó en su oportunidad, por lo que no se explica la razón por la cual el Juez no permitió su ingreso. No obstante, como el documento fue descubierto, el juez permitió su utilización tanto por la Defensa como por la Fiscalía, para refrescar memoria o impugnar credibilidad. El defensor no vio la necesidad de presentarle las planillas a su testigo, porque consideró que habló sobre ellas sin problemas, en cambio, la Fiscalía trató de impugnar la credibilidad con esos documentos. La irregularidad no va más allá de ser un error del Juez, sobre el cual ninguna de las partes ejerció control alguno.

Durante el interrogatorio del médico legista, ninguna irregularidad se presentó, pues lo pretendido era introducir el concepto médico emitido cuando valoró a la víctima y, para ello, la fiscalía con las preguntas determinó claramente que el testigo fue la persona que lo realizó, pero ante la falta de memoria, se utilizó adecuadamente el informe suscrito por él. Y en cuanto a la valoración psicológica, durante el interrogatorio realizado a la señora Olga Cecilia Acosta quedó claro que ella

simplemente realizó una entrevista y emitió una opinión, la cual manifestó en su declaración. De allí, es totalmente intrascendente que después de finalizada la intervención de la testigo y cuando se iba a interrogar a la señora madre de la víctima, el fiscal haya pedido el ingreso del documento, lo que fuera aceptado por el Juez.

La intervención del Juez en los interrogatorios no implicaron faltar a la imparcialidad, pues la ley le permite hacer preguntas complementarias para mayor entendimiento del tema y también ejercer la dirección de la audiencia impidiendo que se las partes vulneren garantías o entorpezcan la diligencia, como fue el caso de su intervención durante el testimonio del señor Julián Andrés Taborda Álvarez, pues es claro que el interrogatorio se desvió hacia temas ajenos al proceso, ya que el testigo no era el investigado.

Así las cosas, la Sala encuentra que el juicio se desarrolló dentro de la legalidad.

2. Sobre la prueba recaudada.

La señora defensora del procesado alega que al juicio no se allegó prueba sobre la responsabilidad de su representado, porque la víctima acogiéndose a su derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución, decidió no declarar. Por tanto, no podían ingresar sus manifestaciones anteriores como prueba de referencia. La sicóloga simplemente recibió una entrevista y frente al dictamen médico, también es claro que la anamnesis es prueba de referencia, no admisible en este caso.

La Sala analizó atentamente lo ocurrido en el juicio y concluyó que a la togada de la defensa le asiste razón y de una vez se dirá que la sentencia será revocada.

2.1. La prueba de referencia.

Es necesario recordar lo expresado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en decisión del 11 de diciembre de 2020, radicado 53.151, M.P. Dra Patricia Salazar Cuéllar:

Recientemente (CSJSP, 21 oct 2020, Rad. 56919), esta Corporación reiteró su jurisprudencia sobre las posibilidades que el ordenamiento jurídico le brinda a la Fiscalía General de la Nación frente al testimonio de niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves. Igualmente, reiteró el trámite que debe agotarse frente a cada una de esas modalidades, para garantizar el debido proceso. Dijo:

De tiempo atrás esta Corporación ha resaltado que el derecho a la confrontación constituye uno de los pilares del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, por constituir una garantía judicial mínima del procesado y por su importancia para la depuración de la prueba testimonial (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 may 2020, Rad. 52045, entre muchas otras).

Igualmente, tiene dicho que el derecho a la confrontación tiene varios elementos estructurales, entre los que se destacan la posibilidad de controlar el interrogatorio y de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas del contrainterrogatorio y, en general, con las posibilidades dispuestas en el ordenamiento jurídico para la impugnación de los testigos (CSJSP, 20 ago 2014, Rad. 43749; CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJSP, 25 ene 2017, Rad. 44950; CSJAP, 5 jun 2019, Rad. 55337; entre muchas otras).

Lo anterior permite entender por qué la norma rectora prevista en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 establece que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento...”.

Por vía de excepción, el ordenamiento jurídico permite la incorporación de prueba de referencia, entendida esta como las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se presentan en este escenario como medio de prueba de uno o varios aspectos relevantes del debate, cuando no es posible su práctica en el juicio

(CSJSP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras). Cabe recordar que el concepto está definido en el artículo 437, mientras que en el artículo 438 se establece su prohibición como regla general y se precisan las causales de admisión excepcional.

En la misma línea, la Sala ha aclarado que los documentos que contienen declaraciones deben someterse a las reglas de la prueba testimonial (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJAP, 7 mar 2018, Radicado 51882; entre otras). Bajo ese mismo criterio, precisó que la prueba pericial no puede ser utilizada para la incorporación subrepticia de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, para lo que resulta determinante establecer si con esa actuación (la incorporación como prueba) se afecta el derecho a la confrontación (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras).

Como la admisión de prueba de referencia generalmente entraña la afectación del derecho a la confrontación, pues el procesado y su defensor no tienen la oportunidad de controlar el interrogatorio y/o interrogar al testigo, resulta imperioso que la admisión de estas declaraciones se someta al escrutinio judicial, con las respectivas garantías para las partes. Bajo esta lógica, la Sala se ha referido reiteradamente al procedimiento para la admisión de prueba de referencia, el cual abarca lo siguiente: (i) el descubrimiento de la prueba, en los términos establecidos en la Ley 906 de 2004; (ii) la explicación de la pertinencia de la declaración que constituye prueba de referencia; (iii) la enunciación y demostración de la causal excepcional de admisibilidad; y (iv) la indicación de los medios a través de los cuales se demostrará la existencia y contenido de la declaración que constituye prueba de referencia. El escenario natural para debatir estos temas es la audiencia preparatoria (cuando para ese momento se ha configurado la respectiva causal de admisibilidad) y, excepcionalmente, el juicio oral (CSJSP, 28 oct 2015, Rad. 44056; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).

Cuando la víctima del delito es un niño, la Sala ha puesto de presente la necesidad de brindarles la protección especial dispuesta en el ordenamiento jurídico (especialmente, en la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia). Sin embargo, ha aclarado que ello no puede hacerse a través de la eliminación de las garantías mínimas del procesado, entre otras cosas porque las mismas también están previstas en la Constitución Política y en diversos tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).

Sobre esa base, ha resaltado que el ordenamiento jurídico le brinda a la Fiscalía diversas posibilidades para presentar en el juicio oral la declaración de un niño que comparece en calidad de víctima de delitos sexuales u otras conductas graves, a saber: (i) hacer uso de la prueba anticipada; (ii) solicitar la declaración anterior como prueba de referencia; y (iii) presentar al niño como testigo en el juicio oral (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).

Para tomar esa decisión, el fiscal debe considerar las particularidades del caso y, principalmente, tener en cuenta los requisitos legales y las consecuencias de optar por una de estas opciones. Por tanto, (i) si decide presentar la declaración anterior como prueba de referencia, debe agotar el trámite relacionado en precedencia, así como considerar la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) de optar por presentar al niño como testigo en el juicio, debe considerar, entre otras cosas, la posibilidad de que este se retracte o cambie la versión, y tener presente los requisitos para que, ante esa eventualidad, la versión anterior pueda ser incorporada como “testimonio adjunto”, a los que se hará alusión más adelante; y (iii) si se inclina por la práctica de una prueba anticipada, debe ceñirse a la expresa reglamentación prevista en el ordenamiento procesal penal.

Debe resaltarse que tanto la Corte Constitucional (T-008 de 2020) como esta Corporación (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras), se han referido reiteradamente a las bondades que en este tipo de casos podría tener la prueba anticipada, en la medida en que evita una nueva victimización en el ámbito judicial, le permite a la defensa el ejercicio del derecho a la confrontación, garantiza un adecuado registro de la declaración, etcétera.

Como puede apreciarse, en la ley procesal penal únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. Por excepción se permite la prueba de referencia, la cual consiste en las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se presentan para demostrar aspectos relevantes del debate.

Para admitirse la prueba de referencia debe inicialmente ser descubierta a la contraparte, ser solicitada en su oportunidad con la explicación de la pertinencia y de la causa legal que la permite en forma excepcional, y con la indicación del medio a través del cual se demostrará la existencia y el contenido de la declaración. Sobra decir que el Juez debe decretarla una vez escuchadas las partes sobre ese tópico. Ahora, en la misma providencia citada, se dejó claro que uno de los medios a través de los cuales puede ingresarse la prueba de referencia es el testimonio.

2.2. La prueba pericial.

En decisión del 28 de octubre de 2020, radicado 56209, M.P. Dra Patricia Salazar Cuéllar, la Alta Corporación se pronunció precisamente sobre la prueba pericial y expresó:

En ese contexto normativo, esta Corte ha aclarado que los documentos que contienen declaraciones deben someterse a las reglas de la prueba testimonial (AP5785-2015, sep. 30, rad. 46153; AP948-2018, mar. 7, rad. 51882; entre otras). Bajo ese mismo criterio, se precisó que la prueba pericial no puede ser utilizada para la incorporación subrepticia de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, para lo que resulta determinante establecer si con esa actuación (la incorporación como prueba) se afecta el derecho a la confrontación (SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637, entre otras).

d. En juicio oral, el perito deberá comparecer a rendir interrogatorio, durante el cual, en primer lugar, se establecerá su condición de experto en la respectiva materia (conocimientos teóricos y prácticos). Enseguida, deberá explicar: (i) los «*principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis*», (ii) el grado de aceptación de los mismos en la comunidad científica, (iii) los «*métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso*», y (iv) «*sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza*». (art. 417 C.P.P.)

Ahora bien, «*si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será [exclusivamente] testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon*» (SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637; SP5290-2018, dic. 5, rad. 44564, entre otras). Adicionalmente, en la primera de estas sentencias se hicieron unas precisiones sobre la «base fáctica» de la prueba pericial:

(i) salvo que el perito sea llevado a juicio con el único propósito de explicar unas determinadas reglas “*técnico-científicas*”, para que el Juez las aplique a una específica realidad fáctica, los expertos suelen emitir opiniones sobre unos hechos en particular;

(ii) la base fáctica del dictamen puede coincidir con hechos que integren el tema de prueba;

(iii) la base fáctica puede demostrarse con el testimonio del perito, cuando este ha tenido conocimiento “*personal y directo*” de la misma, como sucede con las observaciones que hace el médico legista en el cadáver de la víctima, a partir de las cuales emite su opinión sobre la causa de la muerte;

(iv) también puede demostrarse con las pruebas legalmente practicadas en el juicio oral;

(v) el dictamen pericial no puede convertirse en un instrumento para incorporar de forma subrepticia pruebas inadmisibles o, de cualquier otra manera, violatorias del debido proceso;

(vi) cuando el dictamen recae sobre una declaración atinente a los hechos que integran el tema de prueba, y la parte pretende que la misma sea valorada como soporte de su “teoría del caso”, no le basta con solicitar el decreto de la prueba pericial, también debe solicitar la incorporación de la declaración anterior al juicio oral, según las reglas del debido proceso.

Igualmente, la Honorable Corte en providencia del 4 de noviembre de 2020, radicado 55615, M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, puntualizó:

En este sentido, la Corte en la SP del 12 de febrero de 2010, radicado 53127, señaló lo siguiente:

“La Sala ha sido enfática en señalar que los relatos sobre la conducta investigada, que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas, no son hechos que el experto perciba directamente, de manera que esas versiones se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona no pueda concurrir al juicio oral, y aun si concurren, solo tratándose de menores, según se indicó.”

E igualmente observó:

“Debe recordarse que en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, en la cual se sintetizó lo expresado en la SP del 11 de julio de 2018, Radicado 50637, la Sala explicó que cuando la prueba pericial está compuesta, además de hechos que el perito percibe directamente, por información suministrada por otros medios -como ocurre con las versiones de la víctima—, es necesario incorporar dichas declaraciones rendidas por fuera del juicio oral a la manera de prueba de referencia, si lo que se pretende es utilizarlas como tal.”

En sentencia del 12 de febrero de 2020, Radicado 53127, M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, la Honorable Corte precisó:

(i).- la Corte ha distinguido la base fáctica del dictamen pericial cuando lo conforman declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, de las percepciones directas del perito. Según lo anterior, el “perito es **testigo de lo que percibe directamente**,” ha dicho la Sala, y sobre

las declaraciones entregadas por terceros al perito, en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, explicó lo siguiente:

“...si la base fáctica estaba conformada en todo o en parte por declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que informaban sobre la ocurrencia de los hechos investigados, como acontecía con la anamnesis en las pericias sexuales, psicológicas o psiquiátricas, y la parte pretendía utilizar su contenido para probar los hechos jurídicamente relevantes, no bastaba el testimonio del perito, sino que era necesario agotar los trámites legalmente previstos para la incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, si lo buscado era utilizarlas a título de prueba de referencia...” (Se destaca)

Lo anterior significa que si un dictamen pericial contiene una declaración anterior del testigo que no comparece al juicio y se pretende que dicha manifestación sea valorada, debe ser pedida en su oportunidad como prueba de referencia con todas sus exigencias.

2.3. Testimonio de oídas.

Con respecto al testimonio de oídas, sobre el cual el A quo, diferenciándolo de la prueba de referencia, sustentó la sentencia condenatoria, es necesario expresar que desde tiempo atrás el testimonio de oídas se ha identificado con el testigo indirecto o de referencia.

En la decisión del 21 de mayo de 2009, radicado 22825, M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, la Alta Corporación explicó:

Sin embargo, la ausencia de reglamentación de la “*prueba de referencia*” en los estatutos procesales anteriores al últimamente citado, no fue óbice para que la jurisprudencia sentara una pacífica doctrina acerca de la naturaleza del llamado testigo indirecto y las exigencias inherentes a su valoración. Al respecto la Sala ha señalado lo siguiente:

“El testigo de oídas, lo único que puede acreditar es la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos, pero no, como sucedería con un testigo presencial, la verificación de los acontecimientos objeto de investigación; por eso del declarante de

viso se espera una exposición mas o menos fiel de las circunstancias que rodearon el hecho y los motivos por los cuales resultó conocedor directo del asunto objeto de investigación, en tanto de aquel no basta con acreditar las circunstancias que permitan dar credibilidad al dato por él conocido sino que hay que indagar hasta donde es verídico lo por él escuchado.

“Generalmente, este concreto elemento de convicción no responde al ideal de que en el proceso se pueda contar con pruebas caracterizadas por su originalidad, que son las inmediatas, y ello conduce a que cuando se cuenta con una o varias de ellas [pruebas directas], se haga improbable derrumbarlas con simples datos de oídas, esto es, con pruebas de segundo grado o mediatas.

”No implica lo anterior que dicho mecanismo de verificación [el testigo de referencia] deba ser rechazado; lo que ocurre es que frente a las especiales características en precedencia señaladas, es necesario estudiar cada caso en particular, analizando de manera razonable su credibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del deponente, así como las de la fuente de su conocimiento, si ha de tenerse en cuenta que el testigo de oídas no fue el que presencié el desarrollo de los sucesos y que por ende no existe un real acercamiento al hecho que se pretende verificar.”¹

Ahora, también es claro que el testigo de oídas puede llegar a catalogarse como testigo directo cuando el objeto del debate se centra en probar que una persona realizó una determinada manifestación y que fue escuchada por el testigo, pero aquí no se trata de demostrar que la menor E.Z.O. hizo relatos ante terceras personas, sino de demostrar que el acusado fue la persona que cometió el delito por el cual está acusado. Así no puede el Juzgador soslayar el carácter de prueba de referencia del llamado testigo de oídas, pues debe tenerse en cuenta que manifestación anterior del testigo, no presente el juicio, no se recogió por algún medio escrito, ni fue grabado, pero el contenido se pretende introducir al juicio a través de un testimonio.

En el presente caso, es claro que la menor E.Z.O. no declaró en el juicio y la Fiscalía cuando pidió las pruebas decidió llevar a la menor ante el estrado judicial y no puso de presente ninguna situación

¹ Cfr. Auto de 21 de abril de 1998, radicación 10923; sentencias de 29 de abril y 29 de julio de 1999, radicaciones 12966 y 10615, respectivamente; 2 de octubre de 2001, radicación 15286; 11 de abril y 7 de noviembre de 2002, radicaciones 11356 y 16330, respectivamente.

especial que ameritara la prueba de referencia. Incluso, cuando en el juicio fue evidente que la testigo no declararía tampoco se solicitó la introducción de sus manifestaciones anteriores como prueba de referencia, manifestaciones realizadas a su madre, a su novio y a los profesionales que la evaluaron. Además, dichas manifestaciones tampoco pueden valorarse, porque son prueba de referencia inadmisibles, toda vez que la testigo se acogió a la prerrogativa que le otorga el artículo 33 de la constitución.

En efecto, en providencia del 12 de febrero de 2020, radicado 53127, M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, puntualizó:

En tal sentido, con el pleno conocimiento de que LVCV se abstuvo de declarar en juicio, aduciendo el derecho a no hacerlo con fundamento en el derecho constitucional que la exime de incriminar a sus familiares, el juzgado y también el Tribunal, hicieron de las declaraciones que la menor rindió fuera del juicio la base esencial y única de la sentencia.

(...)

Bajo esta apreciación, como la menor adujo su derecho constitucional a no declarar contra su familiar, dijo el juez, de aceptar como prueba de referencia las declaraciones por fuera del juicio, se afectaría esa manifestación de inmunidad hacia sus consanguíneos.

Es claro que no se puede trazar una conclusión única en relación con ese tema. En primer lugar, porque como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C 848 de 2014, se debe diferenciar el derecho a no auto incriminarse, que hace parte del núcleo esencial del debido proceso, del derecho a no incriminar a los familiares, tema que hace parte del derecho a conservar el espacio de solidaridad y unidad familiar.

Ahora, si bien como lo dice la Corte, esta conclusión puede ser controvertible, en últimas, para la Sala es claro que en el presente caso no podían apreciarse las manifestaciones anteriores de la víctima a título de prueba de referencia, toda vez que no se cumplió el debido proceso, como ya se ha indicado.

Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia impugnada y en su lugar absolverá al procesado. Se ordenará su libertad inmediata, la cual se hará efectiva siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial competente.

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, **REVOCA** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados y en su lugar **ABSUELVE** al señor MAURICIO ALEJANDRO MARÍN ZAPATA del cargo por el cual fue acusado. Se ordena su libertad inmediata, la cual se hará efectiva siempre cuando no sea requerido por otra autoridad judicial competente.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

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**

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **6f829dbd5e49882df44c639102f11972813591ba40f162664142693a76fb6eb7**

Documento generado en 13/02/2023 02:48:29 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 025

PROCESO: 05 736 61 00208 2019 80024 (2021 0459)
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
ACUSADO: LUIS GERÓNIMO MADRID ALZATE
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado en contra de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2021, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor LUIS GERÓNIMO MADRID ALZATE, al hallarlo responsable del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS en concurso.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que entre los años 2017 y 2018, en vivienda ubicada en la vereda "Paso de la Mula" del municipio de Remedios (Antioquia), lugar de residencia de la señora MARGARITA SÁNCHEZ CAÑAVERAL y su compañero sentimental LUIS GERÓNIMO MADRID ALZATE, éste en varias oportunidades realizó actos sexuales a la menor S.V.L. tales como acariciarle sus partes íntimas (nalga, senos, vagina), estos hechos ocurrieron en las noches en la habitación donde dormía la menor S.V.L., nieta de la señora MARGARITA SÁNCHEZ.

Previa orden de captura y su materialización, el 25 de abril de 2019 ante el Juez Promiscuo Municipal de Remedios (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso pasó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia (Antioquia) en donde el 18 de septiembre de 2019, la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 22 de octubre de 2019 y el juicio oral se desarrolló los días 25 de noviembre de 2019, 4 de febrero, 27 de agosto, 9 y 26 de noviembre de 2020. La sentencia condenatoria se leyó el 23 de febrero de 2021.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo manifestó que el delito objeto de juzgamiento suele perpetrarse desde la clandestinidad y en la mayoría de los casos los únicos testigos presenciales son víctima y victimario, es por ello que el testimonio de la víctima para efectos de soportar la declaratoria de sentencia condenatoria resulta determinante, aunado a los demás medios de convicción que así lo corrobore.

Expresó que, de los medios de prueba aportados por la Fiscalía, en especial el testimonio de la menor ofendida, se desprende que en efecto el acusado abusó de ella. Dichos abusos consistían en tocarle sus partes íntimas (vagina y senos), estos tocamientos se dieron en varias oportunidades en horas de la noche. Aunque la víctima no compareció a la audiencia para rendir su declaración y ser controvertido su dicho, su versión fue escuchada inicialmente por dos

profesionales, la sicóloga de la comisaría de familia y la sicóloga de la fiscalía general de la nación. Al momento de entrevistar a la menor se siguieron los protocolos establecidos para este tipo de diligencias. La menor es coherente y reiterativa en afirmar que fue objeto de tocamientos en sus partes íntimas por parte de Gerónimo. Que estos tocamientos ocurrieron en la habitación de la casa de su abuela, en la noche cuando los dos estaban solos.

Resalta que la sicóloga notó algo muy particular en la menor al terminar la entrevista y apagar la cámara y fue que la menor manifestó que al momento de los hechos la abuela se encontraba bañándose ya que acostumbraba a ducharse antes de acostarse. Situación que es muy relevante, porque esto indica el momento en que el acusado aprovechaba para abusar de la menor. Además, quedó debidamente acreditado que víctima y victimario compartieron el mismo techo durante el calendario escolar de los años 2017 y 2018.

Sostiene que tanto fue la afectación por los abusos que llevaron a la niña a renunciar a su estudio y a vivir con su abuela, a pesar del gran amor que le tenía como lo precisaron los declarantes.

Si bien es cierto, los señores Samuel Antonio Vergara González y María Isabel Lique Sánchez no percibieron directamente los actos sexuales de que fue víctima su hija S.V.L. estos testimonios resultan útiles, porque corroboran la versión de la pequeña sobre la ocurrencia de los hechos, concordando en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron.

Consideró que la versión rendida por la menor a la profesional de la psicología y de la cual fue dejada en video y que fue introducida al juicio con el testimonio de la psicóloga, es prueba de referencia admisible y

tiene soporte probatorio con los demás medios aportados por la Fiscalía, por lo que la condena no se fundamenta exclusivamente en prueba de referencia.

LA IMPUGNACIÓN

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

En la sustentación afirma:

- No comparte la decisión del A quo, toda vez que no hubo un verdadero ejercicio de contradicción y la sentencia está cimentada en pruebas de referencia, las cuales estuvieron marcadas con un margen de contradicción no valoradas en su integridad.
- En las entrevistas realizadas por las profesionales de la psicología puede leerse y escucharse que la menor víctima refiere hechos diferentes, aunque señala al mismo agresor, deja un margen de duda frente a las agresiones que presuntamente recibió. En la entrevista en la comisaría de familia, dice que eso pasó por la noche cuando dormían en la misma pieza, él se pasaba para la cama. En la entrevista recibida en la Fiscalía dice que los hechos ocurrían en la pieza de la abuela cuando estaba sola en compañía de Gerónimo, cuando veía televisión y los tocamientos se dieron con la ropa puesta. A la doctora Rojas Aguilar la menor le dice que Gerónimo le tocaba los senos, la nalga y la vagina y le mostraba el pene y hacía que se lo tocara y a veces se le montaba encima y ocurría cuando la mamita estaba durmiendo; en cambio, a la doctora Liceth le dijo que solo le

tocó la nalga los senos y la vagina. No se entiende como de una entrevista a otra donde pasó poco tiempo se haya olvidado detalles tan traumáticos.

- Las entrevistas no dejan de ser pruebas de referencia, por cuanto estas son traídas al proceso penal por un tercero y no por la víctima, de hecho, no puede controvertirse, ni confrontarse. En este caso la única fuente de información de la ocurrencia de los hechos es la versión de la menor.

- No se puede condenar con fundamento exclusivo en prueba de referencia, siendo necesario que existan otros medios de naturaleza distinta que la complementen.

Solicita se absuelva a su prohijado.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se limita a determinar si al juicio se allegaron o no, elementos materiales probatorios suficientes para demostrar la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado.

Para el A quo, aunque la víctima no compareció al juicio a rendir testimonio, su versión fue escuchada a través de las profesionales de la psicología que la entrevistaron. Una de las entrevistas grabada en video. Apreció que la menor fue coherente y reiterativa en afirmar que fue objeto de tocamientos en sus partes íntimas por el señor Gerónimo. Esos mismos hechos fueron traídos al juicio por otros

medios de prueba como la versión de Samuel Antonio Vergara González y María Isabel Lique Sánchez de donde extrae que el señor Luis Gerónimo tuvo la oportunidad para realizar los tocamientos relatados por la pequeña, siendo tal la afectación por los actos abusivos que llevaron a que renunciara a su estudio y a vivir con su abuela. En tanto, la recurrente sostiene que la única prueba que fundamenta la sentencia es la versión de la niña dada en entrevistas, pues no compareció al juicio y no es posible condenar solo con prueba de referencia.

Para resolver la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en el proceso y pudo concluir que a la señora defensora del procesado le asiste razón en sus críticas y desde ya se anuncia que la sentencia condenatoria será revocada.

1. La prueba de referencia.

Es necesario recordar lo expresado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en decisión del 11 de diciembre de 2020, radicado 53.151, M.P. Dra Patricia Salazar Cuéllar:

Recientemente (CSJSP, 21 oct 2020, Rad. 56919), esta Corporación reiteró su jurisprudencia sobre las posibilidades que el ordenamiento jurídico le brinda a la Fiscalía General de la Nación frente al testimonio de niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves. Igualmente, reiteró el trámite que debe agotarse frente a cada una de esas modalidades, para garantizar el debido proceso. Dijo:

De tiempo atrás esta Corporación ha resaltado que el derecho a la confrontación constituye uno de los pilares del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, por constituir una garantía judicial mínima del procesado y por su importancia para la depuración de la prueba testimonial (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 may 2020, Rad. 52045, entre muchas otras).

Igualmente, tiene dicho que el derecho a la confrontación tiene varios elementos estructurales, entre los que se destacan la posibilidad de controlar el interrogatorio y de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas del contrainterrogatorio y, en general, con las posibilidades dispuestas en el ordenamiento jurídico para la impugnación de los testigos (CSJSP, 20 ago 2014, Rad. 43749; CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJSP, 25 ene 2017, Rad. 44950; CSJAP, 5 jun 2019, Rad. 55337; entre muchas otras).

Lo anterior permite entender por qué la norma rectora prevista en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 establece que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento...”.

Por vía de excepción, el ordenamiento jurídico permite la incorporación de prueba de referencia, entendida esta como las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se presentan en este escenario como medio de prueba de uno o varios aspectos relevantes del debate, cuando no es posible su práctica en el juicio (CSJSP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras). Cabe recordar que el concepto está definido en el artículo 437, mientras que en el artículo 438 se establece su prohibición como regla general y se precisan las causales de admisión excepcional.

En la misma línea, la Sala ha aclarado que los documentos que contienen declaraciones deben someterse a las reglas de la prueba testimonial (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJAP, 7 mar 2018, Radicado 51882; entre otras). Bajo ese mismo criterio, precisó que la prueba pericial no puede ser utilizada para la incorporación subrepticia de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, para lo que resulta determinante establecer si con esa actuación (la incorporación como prueba) se afecta el derecho a la confrontación (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras).

Como la admisión de prueba de referencia generalmente entraña la afectación del derecho a la confrontación, pues el procesado y su defensor no tienen la oportunidad de controlar el interrogatorio y/o interrogar al testigo, resulta imperioso que la admisión de estas declaraciones se someta al escrutinio judicial, con las respectivas garantías para las partes. Bajo esta lógica, la Sala se ha referido reiteradamente al procedimiento para la admisión de prueba de referencia, el cual abarca lo siguiente: (i) el descubrimiento de la prueba, en los términos establecidos en la Ley 906 de 2004; (ii) la explicación de la pertinencia de la declaración que constituye prueba de referencia; (iii) la enunciación y demostración de la causal excepcional de admisibilidad; y (iv) la indicación de los medios a través de los cuales se demostrará la existencia y contenido de la declaración que constituye prueba de referencia. El escenario natural para debatir estos temas es la audiencia preparatoria (cuando para ese momento se ha configurado la respectiva causal de admisibilidad) y, excepcionalmente, el juicio oral (CSJSP, 28 oct 2015, Rad. 44056; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).

Cuando la víctima del delito es un niño, la Sala ha puesto de presente la necesidad de brindarles la protección especial dispuesta en el ordenamiento jurídico (especialmente, en la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia). Sin embargo, ha aclarado que ello no puede hacerse a través de la eliminación de las garantías mínimas del procesado, entre otras cosas porque las mismas también están previstas en la Constitución Política y en diversos tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).

Sobre esa base, ha resaltado que el ordenamiento jurídico le brinda a la Fiscalía diversas posibilidades para presentar en el juicio oral la declaración de un niño que comparece en calidad de víctima de delitos sexuales u otras conductas graves, a saber: (i) hacer uso de la prueba anticipada; (ii) solicitar la declaración anterior como prueba de referencia; y (iii) presentar al niño como testigo en el juicio oral (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).

Para tomar esa decisión, el fiscal debe considerar las particularidades del caso y, principalmente, tener en cuenta los requisitos legales y las consecuencias de optar por una de estas opciones. Por tanto, (i) si decide presentar la declaración anterior como prueba de referencia, debe agotar el trámite relacionado en precedencia, así como considerar la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) de optar por presentar al niño como testigo en el juicio, debe considerar, entre otras cosas, la posibilidad de que este se retracte o cambie la versión, y tener presente los requisitos para que, ante esa eventualidad, la versión anterior pueda ser incorporada como “testimonio adjunto”, a los que se hará alusión más adelante; y (iii) si se inclina por la práctica de una prueba anticipada, debe ceñirse a la expresa reglamentación prevista en el ordenamiento procesal penal.

Debe resaltarse que tanto la Corte Constitucional (T-008 de 2020) como esta Corporación (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras), se han referido reiteradamente a las bondades que en este tipo de casos podría tener la prueba anticipada, en la medida en que evita una nueva victimización en el ámbito judicial, le permite a la defensa el ejercicio del derecho a la confrontación, garantiza un adecuado registro de la declaración, etcétera.

Como puede apreciarse, en la ley procesal penal únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. Por excepción se permite la prueba de referencia, la cual consiste en las declaraciones rendidas

por fuera del juicio oral, que se presentan para demostrar aspectos relevantes del debate.

Para admitirse la prueba de referencia debe inicialmente ser descubierta a la contraparte, ser solicitada en su oportunidad con la explicación de la pertinencia y de la causa legal que la permite en forma excepcional, y con la indicación del medio a través del cual se demostrará la existencia y el contenido de la declaración. Sobra decir que el Juez debe decretarla una vez escuchadas las partes sobre ese tópico. Ahora, en la misma providencia citada, se dejó claro que uno de los medios a través de los cuales puede ingresarse la prueba de referencia es el testimonio.

En el presente caso, desde la audiencia preparatoria el señor Fiscal solicitó como prueba, la entrevista forense realizada por la sicóloga Liseth Vásquez Agudelo y contenida en un CD, por si la menor no quiera asistir al juicio y para no revictimizarla. Luego durante el debate, la Fiscalía dejó clara las razones por las cuales la menor no comparecía e insistió en la práctica de la prueba de referencia, esto es, introducir la entrevista forense. También es claro que el Juez decretó dicha prueba en esas condiciones.

2. Prohibición de proferir sentencia condenatoria fundamentada exclusivamente en prueba de referencia.

Conforme con el artículo 381 del Código de Procedimiento “para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.

Sobre el tema, la Honorable Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de septiembre de 2022, radicado 51855, M.P. Dr. Fernando León Bolaños Palacio, ha precisado:

Además, la Corte igualmente ha indicado¹, respecto de la prueba que debe acompañar a la de referencia para superar la tarifa negativa que dispone el artículo 381, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, *“que puede ser, de una parte, (i) directa y/o de carácter inferencial o indiciaria, y, de la otra, (ii) ratificatoria porque corrobore los contenidos referenciales y/o complementaria de estos porque proporcione conocimientos adicionales”*.

Desde tal arista, la prohibición de condenar sólo con pruebas de referencia, según se indicó en el fallo SP3274-2020, sep. 2, rad. 50587, no resulta operante cuando se cumple con *“la aportación de otros elementos demostrativos de naturaleza distinta que ofrezcan datos objetivos y relevantes para la estructuración de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, los cuales, en su conjunta valoración, deben estar dirigidos a llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y las circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado”*.

Para el A quo, la prueba de referencia aportada al juicio, esto es, la declaración de la víctima vertida en la entrevista forense, se ve complementada con otros medios de conocimiento. Pero si se observa con detenimiento en realidad tal cometido no se cumplió, pues era necesario que las otras pruebas tuvieran la fuerza de convicción suficientes para ratificar o corroborar los contenidos de la prueba de referencia, incluso por medio de inferencias o prueba indiciaria, referidas a datos objetivos y relevantes para la estructuración de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, lo que no ocurrió.

3. Las pruebas aportadas al juicio.

Inicialmente, es necesario señalar que, en decisión del 28 de octubre de 2020, radicado 56209, M.P. Dra Patricia Salazar Cuéllar, la Alta Corporación se pronunció sobre la prueba pericial y expresó:

¹ CSJ SP1177-2022, Rad. 58668, 6 abr. 2022.

En ese contexto normativo, esta Corte ha aclarado que los documentos que contienen declaraciones deben someterse a las reglas de la prueba testimonial (AP5785-2015, sep. 30, rad. 46153; AP948-2018, mar. 7, rad. 51882; entre otras). Bajo ese mismo criterio, se precisó que la prueba pericial no puede ser utilizada para la incorporación subrepticia de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, para lo que resulta determinante establecer si con esa actuación (la incorporación como prueba) se afecta el derecho a la confrontación (SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637, entre otras).

d. En juicio oral, el perito deberá comparecer a rendir interrogatorio, durante el cual, en primer lugar, se establecerá su condición de experto en la respectiva materia (conocimientos teóricos y prácticos). Enseguida, deberá explicar: (i) los «*principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis*», (ii) el grado de aceptación de los mismos en la comunidad científica, (iii) los «*métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso*», y (iv) «*sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza*». (art. 417 C.P.P.)

Ahora bien, «*si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será [exclusivamente] testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon*» (SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637; SP5290-2018, dic. 5, rad. 44564, entre otras). Adicionalmente, en la primera de estas sentencias se hicieron unas precisiones sobre la «base fáctica» de la prueba pericial:

(i) salvo que el perito sea llevado a juicio con el único propósito de explicar unas determinadas reglas “*técnico-científicas*”, para que el Juez las aplique a una específica realidad fáctica, los expertos suelen emitir opiniones sobre unos hechos en particular;

(ii) la base fáctica del dictamen puede coincidir con hechos que integren el tema de prueba;

(iii) la base fáctica puede demostrarse con el testimonio del perito, cuando este ha tenido conocimiento “*personal y directo*” de la misma, como sucede con las observaciones que hace el médico legista en el cadáver de la víctima, a partir de las cuales emite su opinión sobre la causa de la muerte;

(iv) también puede demostrarse con las pruebas legalmente practicadas en el juicio oral;

(v) el dictamen pericial no puede convertirse en un instrumento para incorporar de forma subrepticia pruebas inadmisibles o, de cualquier otra manera, violatorias del debido proceso;

(vi) cuando el dictamen recae sobre una declaración atinente a los hechos que integran el tema de prueba, y la parte pretende que la misma sea valorada como soporte de su “*teoría del caso*”, no le

basta con solicitar el decreto de la prueba pericial, también debe solicitar la incorporación de la declaración anterior al juicio oral, según las reglas del debido proceso.

Frente al tema, es claro que la sicóloga Liseth Vásquez Agudelo únicamente recibió una entrevista a la niña SVL y no realizó valoración psicológica alguna, ni dictamen pericial.

La Fiscalía llevó al juicio a la sicóloga de la comisaría de familia, Iveth Jessenia Rojas Aguilar, quien presentó un informe que denominó valoración psicológica, pero al momento de recibir su testimonio quedó claro que ella simplemente realizó una atención inicial a la niña en la que se limitó a escuchar la versión de los padres y de la examinada, con lo cual lógicamente concluyó que le estaban dando información sobre un presunto abuso sexual y el objetivo de su intervención se limitó a activar la correspondiente ruta conforme al hecho puesto en conocimiento. La profesional nunca determinó los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamentaba sus verificaciones o análisis, el grado de aceptación de los mismos en la comunidad científica, los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso, y sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza. Solo se hizo a una impresión inicial frente al caso para saber la medidas o rutas a seguir. Realizó una entrevista semiestructurada y encontró a la niña ubicada en tiempo, espacio y persona y con facilidad de expresión, aunque frente al hecho dio muy poca información.

Es claro que en la declaración de la sicóloga no se destacaron secuelas o hallazgos postraumáticos, impactos profundos a nivel emocional, social o cognitivo y, en consecuencia, no se estableció ninguna relación de causalidad entre algún comportamiento anómalo de la niña con la supuesta agresión. Por tanto, de esta prueba no

puede afirmarse que aporte datos adicionales o que permitan corroborar los datos de referencia suministrados al proceso en cuanto a la estructuración de la conducta punible y la responsabilidad del acusado.

El señor Samuel Antonio Vergara González, padre de la menor, únicamente dijo en su testimonio que la niña le contó que el señor Luis Gerónimo la estaba molestando, que la estaba tocando y, por eso, no quería ir a la casa de la abuela. Tal manifestación es claramente prueba de referencia y no agrega nada diferente a la prueba de referencia aportada en el juicio, esto es, la entrevista de la niña SVL. Y frente a aspectos que pudieran corroborar la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado, el testimonio carece de ellos, al contrario, señala que la niña nunca tuvo problemas durante los años 2017 y 2018 cuando estuvo en la casa de la abuela por razones de cercanía con la escuela y que ni en esos años, ni después tuvo algún comportamiento extraño y su rendimiento académico siempre ha sido bueno.

De la misma forma, la señora María Isabel Lique Sánchez, no suministra ningún dato adicional que pudiera corroborar la situación denunciada, simplemente comentó lo que su hija le contó. Aseguró que la niña siguió estudiando en la misma escuela, que la profesora nunca le ha comentado sobre ningún cambio de comportamiento y su rendimiento académico siempre ha sido bueno. Menciona una fase de rebeldía de la niña, pero no lo relaciona con ninguna situación en especial.

Por su parte, la señora Margarita María Sánchez Cañaverál, abuela de la menor, en su testimonio señaló que se enteró de los dichos de la niña por parte de su hija María Isabel, pero que ella nunca percibió

nada que la alertara. Comentó que a Luis Gerónimo no le gustaba que la niña durmiera en la pieza de ellos y que jamás llegó a ver nada raro a ninguno de los dos, que tiene el sueño ligero y constantemente se despierta y no notó ninguna situación como la denunciada.

Como puede apreciarse fácilmente, no existe ningún medio de conocimiento diferente a la prueba de referencia que permita cumplir con las exigencias consagradas en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal y la presencia del acusado y la supuesta víctima en la misma casa no puede interpretarse como un indicio grave de responsabilidad, pues tiene clara explicación en la convivencia del señor Luis Gerónimo con la señora Margarita María, sin que llegara a evidenciarse algún hecho fuera de lo normal altamente indicativo de un comportamiento reprochable.

Visto lo anterior, la sentencia condenatoria será revocada y en su lugar se **ABSOLVERÁ** al señor LUIS GERÓNIMO MADRID ALZATE de los cargos por los que fuera acusado. Se ordenará su libertad inmediata la cual se hará efectiva siempre y cuando no exista requerimiento de autoridad judicial competente.

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, **REVOCA** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados y en su lugar **ABSUELVE** al señor LUIS GERÓNIMO MADRID ALZATE de los cargos por los que fuera acusado. Se ordena su libertad inmediata la cual se hará efectiva siempre y cuando no exista requerimiento de autoridad judicial competente.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **e6b63859feddac624210a6abead63bab3b2c8002351c4e3841e015ea12cd99ed**

Documento generado en 13/02/2023 02:48:36 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

Medellín, quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 027

RADICADO : 05 756 60 00349 2021 00008 (2023- 0178-1)
PROCESADO : JUAN CARLOS OSORIO GALVIS
DELITOS : HOMICIDIO AGRAVADO
PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO
ASUNTO : INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor JUAN CARLOS OSORIO GALVIS, contra el interlocutorio del 31 de enero de 2023, mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón (Antioquia) negó solicitud de libertad provisional.

LA CONTROVERSIA

El señor JUAN CARLOS OSORIO GÁLVIS está siendo procesado por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO PARTES O MUNICIONES, encontrándose las diligencias en esta Corporación para desatar recurso de alzada en contra de la sentencia condenatoria que profiriera el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón (Antioquia).

El memorial fechado 10 de enero de 2023, el señor Osorio Galvis

solicitó la libertad provisional por haber transcurrido más de 365 días desde que su proceso se encuentra en el Tribunal para desatar el recurso de apelación sin que haya obtenido hasta el momento respuesta. Considera que ya el plazo razonable para tomar una determinación en segunda instancia ha concluido.

El A quo negó la solicitud y sostuvo que la discusión que se suscitó en el año 2017, frente a la ley 1786 de 2016, ya fue superada. El procesado fue condenado en primera instancia y, por tanto, es en razón de la sentencia que se encuentra privado de la libertad y no por una medida de aseguramiento. La libertad por vencimiento de términos tiene causales debidamente consagradas en el artículo 317 de la ley 906 de 2004 y ninguna de ellas se ha presentado.

LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

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

Argumenta que el proceso en contra de su defendido en segunda instancia ha superado más de un año sin que se le resuelva su situación jurídica. Solicita estudiar el caso valorando los instrumentos internacionales, el bloque de constitucionalidad, la constitución política, el código penal y de procedimiento penal y todos los instrumentos jurisprudenciales, precedentes de las Cortes y todo lo que pueda hallar que pueda ser favorable para su defendido.

2. La señora fiscal, como sujeto no recurrente, solicita se confirme la decisión. Sostiene que la libertad no es procedente porque el

señor Juan Carlos fue condenado el pasado 2 de noviembre de 2021 y no se presenta ninguna de las causales de libertad que son consagradas en forma taxativa.

3. La señora representante de la víctima, igualmente, pide se sostenga la decisión por improcedencia de la solicitud de libertad.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala, se contrae en determinar si el señor Juan Carlos Osorio Galvis tiene o no derecho a la libertad, aplicando el párrafo primero del artículo 307 de la Ley 906 de 2004, el cual consagra que la medida de aseguramiento privativa de la libertad no podrá exceder de un año.

Para el A quo la discusión planteada por el solicitante ya ha sido superada, toda vez que se entiende que una vez dictada la sentencia condenatoria, la privación de la libertad no está apoyada en la medida de aseguramiento. Igualmente, no se alegó y demostró ninguna causal de libertad de las consagradas en el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal. El recurrente insiste en la necesidad de otorgar la libertad porque ha pasado más de un año desde la emisión de la sentencia de primera instancia.

De una vez la Sala dirá que al recurrente no le asiste razón, porque la decisión del A quo está conforme con el orden jurídico y la jurisprudencia vigente.

Si bien es cierto, la libertad es un derecho fundamental inherente al ser humano, también lo es que la misma se puede restringir

excepcionalmente cuando la persona infringe la ley penal, máxime si cuando se le vincula a un proceso penal no cumple con los requisitos para concederle subrogados o mecanismos sustitutivos del encarcelamiento.

El artículo 1º de la Ley 1786 de 2016 modificó el párrafo 1º del artículo 307 de la Ley 906 de 2004, y estableció que el término de la medida de aseguramiento no podrá exceder de un año. Frente a ello, inicialmente se consideró que tal término incluía el lapso de tiempo que debía tomarse para desatar la segunda instancia, lo cual no resulta razonable, pues el propio legislador no estableció un término generador del beneficio a la libertad provisional entre la emisión de la sentencia de primera instancia y la segunda instancia y, por otro, el Juez de Segundo Grado podría inclusive, en algunas ocasiones, carecer de tiempo para proferir el fallo, teniendo en cuenta las normales dilaciones que en el proceso penal se presentan, aunado a la congestión de los Despachos Judiciales.

Ante ello, la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en forma reiterada y uniforme ha dejado claro que la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta la emisión del sentido del fallo, y que después de la emisión de la sentencia de primera instancia, el procesado está privado de la libertad en razón a la condena emitida, tanto así, que es en esa providencia en la que el Juez debe analizar el tema de los sustitutos penales.

En efecto, en decisión del 17 de septiembre de 2019, Radicado 56126, M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera, la Honorable Corte Suprema razonó:

La Corte, en CSJ AP4711-2017, rad. 49734 fijó los parámetros sobre la hermenéutica que se debe asignar a la figura de la sustitución de la detención preventiva, por vencimiento del plazo máximo de vigencia, implementada a través del artículo 1º de la Ley 1786 de 2016, para determinar su naturaleza jurídica y las vicisitudes propias de su aplicación, que incluyen los procesos regidos por la Ley 906 de 2004.

Allí se estableció que si al anunciar el sentido del fallo condenatorio, hay omisión acerca del contenido de los artículos 449¹ y 450² de la Ley 906 de 2004, los efectos de la medida de aseguramiento sólo se extienden hasta proferir la sentencia.

Ello en atención a que, por mandato de los cánones 162, numeral 5º *ibidem*³, y 34⁴ y siguientes del Código Penal, el fallador debe imponer las penas principales, sustitutivas y accesorias. Del mismo modo, de acuerdo con lo establecido en las normas 63 y 68 A *id.*, es obligación pronunciarse acerca de la libertad del condenado, bajo las figuras de la suspensión de la ejecución de la pena intramural y la prisión domiciliaria. Se consideró que:

[...] si se llegare a conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cesan en ese instante los efectos de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pero si por el contrario se negare, la privación de la libertad, en adelante, se fundamentará en la denegación del beneficio, decretada en la sentencia condenatoria.

De igual manera, al aplicar el art. 68 A del C.P., si hay lugar a la negativa de subrogados penales, ello se materializa en el fallo condenatorio. Es en ese instante cuando cesan los efectos jurídicos de la medida de aseguramiento de detención preventiva, de manera que la privación de la libertad del procesado, en lo sucesivo, también estará sujeta a lo señalado en el fallo que declara la responsabilidad penal. (CSJ AP4711-2017, rad. 49734).

Lo anterior por cuanto tal es el «[...] momento en el que, por

¹ Artículo 449. Libertad inmediata. De ser absuelto de la totalidad de los cargos consignados en la acusación el juez dispondrá la inmediata libertad del acusado, si estuviere privado de ella, levantará todas las medidas cautelares impuestas y librárá sin dilación las órdenes correspondientes.

² Artículo 450. Acusado no privado de la libertad. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librárá inmediatamente la orden de encarcelamiento.

³ Artículo 162. Requisitos comunes. Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos: [...] 5. Decisión adoptada. [...].

⁴ Artículo 34. De las penas. Las penas que se pueden imponer con arreglo a este código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales. [...].

mandato legal, no sólo debe imponer la pena de prisión, sino que ha de resolver sobre la libertad; en particular, sobre la concesión o negativa de los sustitutos y subrogados penales». (CSJ AP4711-2017, rad. 49734).

La Sala interpreta que la disposición que impone el juzgamiento del privado de la libertad preventivamente dentro del plazo máximo de un año, no abarca hasta la lectura del fallo de segundo grado, tal como lo ha entendido también la jurisprudencia constitucional. (CSJ AP4711-2017, rad. 49734).

La anterior crítica se realizó en atención a la confusión que existe entre «*juzgar a un procesado privado de la libertad y agotar el proceso penal*», pues, de acuerdo a la experiencia judicial, este se prolonga más allá de las instancias ordinarias y comprende fases posteriores a la ejecutoria de la sentencia, tal como lo dispone el artículo 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

De ahí que, el entendimiento de la expresión «*plazo razonable*», contenido en el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, concretado en el canon 1º de la Ley 1786 de 2016, debe partir del anterior presupuesto.

Igualmente, esta Corporación determinó, como criterio de análisis, respecto de la causal genérica de libertad por vencimiento del plazo máximo de vigencia de la medida de aseguramiento en los términos de esta última norma, la necesidad de verificar el paso del tiempo sin que se haya realizado la audiencia de lectura de fallo de primera instancia.

Con lo anterior se armonizó, sistemáticamente, la posición de la Corte Constitucional con los desarrollos jurisprudenciales de esta Sala como máximo órgano de la jurisdicción penal ordinaria (CSJ AP4711-2017, rad. 49734):

La Corte Constitucional juzgó la exequibilidad de la norma (art. 307 de la Ley 906 de 2004, modificado por el art. 1º de la Ley 1786 de 2016) afirmando, en esencia, que el legislador estableció un parámetro límite para contabilizar el término de duración de la detención preventiva (de uno o dos años). La Sala, armonizando la vigencia de la jurisprudencia penal especializada con la norma en mención, pone de presente que la referida medida de aseguramiento sólo opera hasta la sentencia de primera instancia o la lectura de ésta si la decisión es condenatoria, sin que la tangencial conceptualización realizada por la jurisprudencia constitucional modifique tal entendimiento ni, mucho menos, permita afirmar que, si se supera el plazo máximo de vigencia temporal de la detención preventiva sin que se haya dictado -o leído- sentencia de segunda instancia, hay lugar a la libertad del detenido.

La modulación anterior ha sido reiterada en los siguientes pronunciamientos: CSJ AP5892-2017, rad. 48679; CSJ AP5698-2017, rad. 51025; CSJ AP7380-2017, rad. 51523; CSJ

AHP7950-2017, rad. 51703; CSJ AHP297-2018, rad. 51981; CSJ AP5052-2017, rad. 50861; CSJ AHP281-2019, rad. 54608.

(...)

Es por ello que, en la sentencia condenatoria, según se desprende de lo preceptuado en los artículos 63 y 38 del Código Penal, el juzgador verifica si procede la sustitución de la pena privativa de la libertad, o la domiciliaria o, en caso negativo, el cumplimiento de la pena en establecimiento carcelario.

Entonces, si hay lugar a negar subrogados penales lo procedente es ordenar que la pena se cumpla en centro penitenciario y esta decisión se materializa, de ser posible, en forma inmediata, razón por la cual, la privación de la libertad del condenado, en lo sucesivo, se rige por el marco diseñado en la sentencia que declara su responsabilidad penal⁵ y no con fundamento en las disposiciones que rigen la detención preventiva.

La presunción de inocencia subsiste hasta que cobre ejecutoria la declaración de responsabilidad penal, pero esa situación no riñe con la legítima finalidad del Estado de garantizar el eventual cumplimiento de la pena por parte del declarado culpable en la primera instancia, pues en el balanceo de los dos intereses, el particular cede paso al general de manera que se garantice la aplicación de la sanción impuesta en caso de confirmarse la primera determinación.

La medida de aseguramiento perdura hasta que culmina la instancia con la expedición del fallo de primer nivel, sea que se absuelva o condene al implicado, aunque en el segundo caso, queda privado de la libertad en atención a la pena impuesta, al no ser acreedor a los subrogados penales. Así lo expresó esta Corporación en (CSJ AP4711-2017, rad. 49734).

En sentencia del 23 de septiembre de 2020, Radicado 56157, M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera, reiteró:

Por ello, no incide para los efectos advertidos con antelación, la nueva postura de la Sala según la cual la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido del fallo, inclusive en los casos en que el juez de conocimiento ha dejado de pronunciarse acerca de la libertad del acusado, como recientemente se señaló:

⁵ Así lo tiene dicho la Sala de Casación Penal en CSJ AP4711-2017, rad. 49734, decisión que ha sido objeto de reiteración en múltiples decisiones sobre el mismo aspecto.

«En lo que concierne a la vigencia de la medida de aseguramiento, la Sala ha reiterado que:

[u]na vez se haya anunciado el sentido del fallo condenatorio, toda pretensión relacionada con la libertad del procesado deberá ser estudiada a la luz de los requisitos legales exigidos para la concesión de los subrogados y sustitutos penales, en el entendido que ya en ese estadio procesal, la reclusión del penalmente responsable solo se justifica en función del cumplimiento de la sanción impuesta. De suerte que, mientras cobra ejecutoria el fallo condenatorio, la competencia para resolver ese tipo de peticiones radica en el juez de conocimiento y una vez en firme la condena las mismas deberán ser resueltas por el juez de ejecución de penas (CSJAP 4315, 6 jul. 2016, Rad. 48310).

Sobre esa misma base, esto es, que la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido del fallo, esta Corporación (CSJAP4711, 24 jul. 2017, entre otros) dejó sentado que ese es el límite procesal para contabilizar el término de duración de esa medida cautelar, precisamente porque a partir de ese momento la afectación de la libertad del procesado se justifica por la decisión acerca de su responsabilidad penal y, por tanto, debe analizarse a la luz de los fines de la pena y la regulación de los subrogados, como bien lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-342 de 2017.

La anterior postura no solo se aviene al desarrollo jurisprudencial de esta Sala sobre los temas que se acaban de indicar, sino que, además, permite armonizar las sentencias C-221 de 2017 y C-342 del mismo año. En efecto, mientras en la primera se analizó la duración máxima de la detención preventiva, en la segunda se aclaró que esa medida cautelar pierde sus efectos con la emisión del sentido del fallo, lo que es absolutamente razonable toda vez que, en adelante, la privación de la libertad se justifica por la decisión sobre la responsabilidad penal y debe resolverse a la luz de los fines de la pena y la reglamentación de los subrogados, tal y como se acaba de indicar.

En la decisión CSJAP4711, 24 jul. 2017, Rad. 49734, emitida antes de que se conociera el texto de la sentencia C-342 de 2017⁶, donde se hicieron los desarrollos ya indicados, se dijo que

[s]i al anunciarse el sentido del fallo de carácter condenatorio se omite hacer un pronunciamiento en los términos del art. 450 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el artículo 449 ídem, los efectos de la medida de aseguramiento solo se

⁶ El texto definitivo fue publicitado en el mes de diciembre de 2017.

extienden hasta el proferimiento de la sentencia, pues por mandato del artículo 162-5 ídem, así como de los artículos 34 y ss del C.P., el juzgador deberá imponer las penas principales, sustitutivas y accesorias. Además, según se desprende de lo estipulado en los arts. 63 y 68 A del C.P., también se debe pronunciar acerca de la libertad del implicado, en referencia a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la prisión domiciliaria.

Según lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia, con la emisión del sentido del fallo pierde vigencia la medida de aseguramiento, lo que gira en torno a la idea de que dicho anuncio forma una unidad inescindible con el texto definitivo de la sentencia.

*Si ello es así, **ahora es claro que la vigencia de la medida cautelar no puede extenderse más allá del sentido del fallo, concretamente hasta el momento de la lectura de la sentencia**, porque ello implicaría aceptar que: (i) la medida de aseguramiento puede tener vigencia luego de que se ha emitido la decisión acerca de la responsabilidad penal del procesado, lo que contraviene los fundamentos de la sentencia C-342; (ii) la justificación de la privación de la libertad de las personas condenadas dependerá de si el juez de conocimiento acató lo dispuesto en los artículos 449 y siguientes de la Ley 906 de 2004, de tal suerte que unos continuarían bajo el régimen de detención preventiva y otros bajo las reglas que rigen la pena y los subrogados; y (iii) la libertad por vencimiento del término máximo de la detención preventiva dependería de si el juez de conocimiento se pronunció o no sobre los subrogados, lo que generaría inseguridad jurídica y podría dar lugar a diferencia de trato.» (CSJ. SP, 13 nov. 2019, rad. 53863) -negrita de la Sala-*

Y más recientemente, en decisión del 10 de marzo de 2021, Radicado 58865, M.P. Dr. Fabio Ospitia Garzón, la Alta Corporación recordó:

A propósito del alcance dado a los artículos 299 y 450 de la Ley 906 de 2004, se impone recordar lo ya explicado por la Sala en el sentido que, una vez anunciado el sentido del fallo o proferida la sentencia condenatoria de primera instancia, la privación de la libertad que surge en dichos estancos procesales no es una «medida cautelar» de detención preventiva, como lo asegura el procesado en el recurso de apelación que aquí se resuelve, sino la consecuencia del cumplimiento del presupuesto de necesidad.

En CSJ AP4711–2017, 24 de jul. 2017, rad. 49734, la Corte precisó que en los procesos regidos por la Ley 906 de 2004, la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del

sentido de fallo condenatorio,⁷ pues allí el juez debe hacer una manifestación expresa acerca de la libertad del procesado, disponiendo su encarcelamiento, de ser necesario.

Pero, si en esta oportunidad omite el respectivo pronunciamiento, la vigencia de la medida se extenderá hasta la lectura de la sentencia, momento en el que, por mandato legal, no sólo debe imponer la pena que corresponda, sino que ha de resolver sobre la libertad, en particular, sobre la concesión o negativa de los sustitutos y subrogados penales.

En este orden, el pronunciamiento sobre captura resulta imperativa para el funcionario que profiere la decisión de primera instancia, sea que lo haga al momento de emitir el sentido del fallo, o al proferirse formalmente la sentencia condenatoria, siguiendo los supuestos del citado precepto 299.

En este último evento, el funcionario judicial debe pronunciarse sobre las penas principales, sustitutivas y accesorias, así como acerca de la libertad, la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, según lo ordenan los artículos 34 y siguientes, 63 y 68 del Código Penal, que justifican su inmediato cumplimiento.

Estas medidas no contradicen el principio de la presunción de inocencia, porque la captura en esta etapa sobreviene como consecuencia de un juicio positivo sobre la necesidad de la detención, frente a los límites punitivos aplicables y la procedencia de subrogados y mecanismos de sustitución de la pena, con el único fin de asegurar el cumplimiento de la sanción impuesta.

La discusión que los recurrentes plantean resulta además inane, porque la Corte Constitucional, en ejercicio de control abstracto de constitucionalidad (Cfr. CC C-342-2017), concluyó que la orden de detención autorizada por artículo 450 de la Ley 906 de 2004 no desconoce la presunción de inocencia:

10.10. Atiende la Sala al cargo por la eventual violación de la presunción de inocencia. Esta Corporación ha sostenido que “La presunción de inocencia es un derecho en virtud del cual la persona deberá ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario a través de un proceso judicial adelantado con todas las garantías, en el cual se le haya declarado judicialmente culpable mediante sentencia ejecutoriada”⁸.

⁷ Artículo 154.8 Ley 906 de 2004.

⁸ Sentencia C-003 de 2017 M.P. Aquiles Arrieta Gómez, consideración jurídica No. 3.1.1., citando las sentencias C-205 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-271 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-331 de 2007 M.P. Jaime Córdoba

A los efectos del problema jurídico que aquí se examina, debe precisarse si la detención del sentenciado que se da con el anuncio del sentido del fallo condenatorio, viola la presunción de inocencia, y la respuesta es que no la viola.

En el presente caso el accionante plantea que la orden de detención que se dicta con el anuncio del sentido del fallo viola la presunción de inocencia, pues la restricción de la libertad se da antes de la ejecutoria del fallo condenatorio. De este modo sostiene, que acontece un cumplimiento anticipado de la pena.

Para la Sala, la premisa sostenida por el demandante sería correcta, en relación con la presunción de inocencia, que ciertamente se mantiene hasta la ejecutoria del fallo condenatorio, si la conclusión de su razonamiento no fuera equivocada, pues la detención que se decreta con el sentido del fallo, sobreviene propiamente como consecuencia de la satisfacción del criterio de necesidad ya precisado, y no únicamente como consecuencia de la condena y la pena dispuesta, que tan solo aflorarán con el texto escrito del fallo y su posterior ejecutoria. Es justamente por esto que el acto debe ser motivado, de modo tal que en el momento procesal adecuado, es decir, con la emisión del texto escrito de la sentencia, sobrevenga la apelación como medio de control efectivo.

De manera que la captura en esta etapa procesal no transgrede el mencionado principio, máxime que, como lo refirió el Tribunal Constitucional en la providencia que antecede: «para el momento de decretarse la privación de la libertad, la culpabilidad y la responsabilidad penal ya han sido definidas».

Por último, con el fin absolver la inquietud planteada por el procesado recurrente sobre la naturaleza de la medida de detención prevista en el artículo 450, insístase que la privación de la libertad que surge al anunciarse el sentido del fallo, o en la sentencia de primera instancia, no es una medida cautelar equiparable a la de aseguramiento de detención preventiva.

En el presente caso, no se discute que la privación de la libertad del señor Juan Carlos Osorio Galvis es consecuencia de la emisión de la sentencia condenatoria en su contra en primera instancia, pues la medida de aseguramiento tuvo su vigencia hasta ese momento, por lo cual no puede hablarse de

vencimiento de términos y como bien lo dijo el A quo, ninguna otra causal de libertad provisional se ha alegado y probado.

En este orden de ideas, la decisión que se impone para la Magistratura en el presente evento es la de CONFIRMAR íntegramente la providencia del Juez Penal del Circuito de Sonsón (Antioquia), por las razones expuestas en esta providencia.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, resuelve: **CONFIRMAR** la providencia de naturaleza, origen y fecha indicados en la parte motiva.

La presente decisión se considera notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **f639bae8951d07135499799f775e577d463b5bf80cd2d515a1b36fc192116de5**

Documento generado en 15/02/2023 05:07:58 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, veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 033

PROCESO	: 05000-22-04-000-2023-00065 (2023-0210-1)
ASUNTO	: ACCIÓN TUTELA
ACCIONANTE	: GEORGIDES ANTONIO VALENCIA ZULUAGA
ACCIONADO	: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA Y OTROS
PROVIDENCIA	: FALLO PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor GEORGIDES ANTONIO VALENCIA ZULÚAGA en contra del JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA.

A la demanda se vinculó como parte accionada al JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE MARINILLA ANTIOQUIA, al CENTRO DE SERVICIOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN ANTIOQUIA, y al JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA.

LA DEMANDA

El accionante indicó que fue condenado por homicidio, sentencia

proferida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario el 19 de noviembre del 2010, a la pena de 104 meses.

Manifestó que, desde la fecha en que fue profería la sentencia hasta la fecha actual, han pasado 12 años y tres meses, dado que la sentencia fue a ocho años y medio, tiene derecho a gestionar el paz y salvo por pena cumplida.

Afirmó que a finales de noviembre del 2022 su abogado fue al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín con el fin de verificar si allí reposaba el expediente para solicitar el paz y salvo, pero la funcionaria que lo atendió no lo encontró, por lo que el 07 de diciembre del 2022 su abogado fue al Juzgado Penal del Circuito de El Santuario con el fin de que desarchivara el proceso y lo enviara al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín para poder diligenciar el paz y salvo.

Aseguró que del Juzgado de El Santuario remitieron a su representante legal para el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, pero la funcionaria que lo atendió busco la respectiva información, pero no encontró, por lo que le pidió que enviara una solicitud pidiendo el desarchivo y anexar las fotos que se le había tomado al libro de notas sobre el proceso en el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario; por lo que el 19 de enero del 2023 su representante legal envió la solicitud al Juzgado Penal del Circuito de Marinilla e hizo la respectiva solicitud del desarchivo del expediente.

Dijo que Juzgado Penal del Circuito de Marinilla le dieron una respuesta indicando que el Juzgado Penal del Circuito del Santuario remitió por competencia a ese Juzgado, la acusación presentada contra el señor Gabriel Ángel Martínez Ramírez, quien se encontraba

inmerso en la investigación penal bajo radicado 05652 60 00299 2009 80053 mismo número de SPOA por el cual se le investigó. No obstante, al señor Antonio Valencia lo condeno el Juzgado Penal del Circuito del Santuario, mediante sentencia proferida el 19 de noviembre de 2010. Razón por la cual, se declaró impedido para conocer del proceso que se adelantaba en contra del señor Gabriel Ángel Martínez Ramírez a quien juzgó y condenó esa Judicatura. Por tanto, la dependencia judicial competente para dar trámite a su solicitud es el despacho que conoció y dictó sentencia condenatoria en contra del señor Georgides Antonio Valencia Zuluaga.

Aseguró que el 03 de febrero del 2023 su abogado fue a la secretaria de los Juzgados Ejecución de Penas y Medidas de Medellín, para averiguar donde reposa su expediente, pero fue fallida la ida porque no lo encontraron. De ahí, solicita se ordene al Juzgado Penal del Circuito de El Santuario se dé respuesta clara y oportuna, además que su expediente sea enviado al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín para poder gestionar el respectivo paz y salvo que requiere.

LAS RESPUESTAS

1.- El Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, Antioquia, expresó que, consultado el sistema de gestión, no se encontró ningún proceso para la vigilancia de la pena del señor Valencia Zuluaga.

Solicitó desvincular a ese Centro de Servicios Administrativo de la acción constitucional, debido a que esa Judicatura no vulneró o

violentó derecho fundamental alguno del señor Georgides Antonio Valencia Zuluaga, toda vez que, no se tiene constancia de haberse allegado ningún proceso para la vigilancia de la pena proveniente del Juzgado Penal del Circuito del Santuario como lo manifestó el accionante.

2.- El Juzgado Penal del Circuito de El Santuario indicó que ese Juzgado recibió el 09 de noviembre de 2010, escrito de acusación en contra de Georgides Antonio Valencia Zuluaga y Gabriel Ángel Martínez Ramírez, por el delito de Homicidio doloso, bajo el CUI 05652 60 00299 2009 80053.

Manifestó que el 10 de noviembre de 2010 remitió por competencia la investigación al Juzgado Penal del Circuito de Marinilla; sin embargo, el 12 de enero de 2010, el Juzgado avocó conocimiento de la investigación mencionada y el 12 de marzo de 2010 se materializó la acusación y el 19 de noviembre de 2010 se realizó audiencia de lectura de fallo, mediante el cual se condenó al investigado a la pena de prisión de 104 meses; sentencia que fue apelada por la defensa, enviándose la investigación, a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

Afirmó que el 06 de mayo de 2014, recibió la carpeta proveniente del T.S.A., con providencia donde se confirma la sentencia de primera instancia y para el 09 de mayo de 2014, envió el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, mediante oficio número 1027.

Aseveró que lo expresado fue la respuesta que se dio al interesado y a su apoderada, quienes enviaron petición a través del correo electrónico y lo hizo la abogada de manera presencial, en tanto se

desconoce la razón por la cual el expediente no ha sido posible hallarlo de manera física en el Despacho, entregándole a la interesada, copia de la historia del libro radicador, la que el accionante adjunta al escrito de la acción constitucional.

Mencionó que a fin de ofrecer una respuesta que se ajuste a los hechos, procedió a consultar por parte de la secretaría ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, donde informaron que el expediente se encuentra radicado en esa dependencia judicial bajo el número 2014-00218.

3.- El Juzgado Penal del Circuito de Marinilla expresó que el 13 de diciembre de 2022 a través de apoderada judicial, el señor Valencia Zuluaga, solicitó a esa Judicatura el desarchivo y traslado del expediente con radicado 05652 60 00299 2009 80053 para que el mismo fuera remitido a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia con el fin de solicitar la libertad por Pena Cumplida.

Indicó que una vez recibida la solicitud, procedió a verificar el libro índice radicador de esa Judicatura el proceso en mención, encontrando que dicho radicado, corresponde a proceso penal adelantando en contra del señor Gabriel Ángel Martínez Ramírez, actuación que fue remitida por el Juzgado Penal del Circuito del Santuario ante el impedimento generado por esa agencia judicial al haber emitido sentencia condenatoria en contra del señor Georgidez Valencia Zuluaga, sobre esa novedad fue debidamente informado el 18 de enero de 2023 el actor, a quien se le indicó que su proceso fue culminado en el Juzgado Penal del Circuito del Santuario, por lo que la dependencia competente para dar trámite a la solicitud invocada era dicho Despacho Judicial.

Consideró que se debe vincular por pasiva al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y medidas de Seguridad del Santuario, ya que, al indagar en dicho despacho sobre el proceso en mención, informó que es allí donde se encuentra la actuación.

Por último, ante la ausencia de vulneración de derechos fundamentales por parte de ese despacho judicial, solicitó la desvinculación en el presente trámite constitucional.

4.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, señaló que a esa Oficina Judicial le correspondió por reparto el control y vigilancia de la causa adelantada en contra de Georgides Antonio Valencia Zuluaga tramitada bajo el CUI 05652 60 00299 2009 80053, quien fuera condenado por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, a la pena principal de 104 meses de prisión al ser hallado responsable de la conducta punible de HOMICIDIO en calidad de CÓMPLICE, sentencia que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia el 24 de abril de 2013.

Indicó que avocó conocimiento el 25 de marzo de 2021, con orden de captura vigente, misma que a la fecha no se materializado. Ahora, en cuanto a los hechos expuestos por el accionante en el escrito de tutela, y en atención al objeto de la pretensión contenida dentro de la misma, advirtió que, esta Oficina Judicial ha dado respuesta a todos los requerimientos realizados dentro del proceso, observando que a la fecha no hay solicitud pendiente por trámite.

Solicitó negar la acción constitucional de la referencia.

LAS PRUEBAS

1.- El Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, adjuntó copia de la respuesta emitida por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia.

2.- El Juzgado Penal del Circuito de Marinilla Antioquia anexó copia del auto por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario remite por competencia expediente, copia de la respuesta emitida por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia.

3.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia anexó link del proceso.

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

Ahora, es claro que la presente demanda no se está cuestionando la vulneración al derecho fundamental de petición, toda vez que la solicitud realizada por el actor es de aquellas que se hacen por ser parte dentro de un proceso y debido al mismo, lo cual implica analizar la vulneración del debido proceso en su manifestación específica del derecho de postulación, tal como lo ha destacado la H. Corte Suprema de Justicia cuando al respecto expresó:

¹ Sentencia T-625 de 2000.

*Es preciso señalar, que de cara a las actuaciones regladas, no es la protección del derecho de petición la que debe invocarse, sino, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades esta Corte, el derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación concreta del derecho de **postulación**, como bien lo destacó el tribunal.*

Ha definido la jurisprudencia constitucional, que el derecho de petición no puede demandarse para solicitar a un funcionario judicial que haga o deje de hacer algo dentro de su función, pues él está regulado por los principios, términos y normas del proceso. En otras palabras, su gestión está gobernada por el debido proceso, en concreto se trata del derecho de "postulación"²

En el presente caso, el señor GEORGIDES ANTONIO VALENCIA ZULÚAGA manifestó que elevó peticiones ante el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario siendo la primera el 07 de diciembre de 2022, donde solicitaba la asignación del Juzgado Ejecutor, sin que a la fecha se haya dado respuesta a la misma.

Al respecto se advierte que el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario Antioquia, informó que el 19 de noviembre de 2010 se realizó audiencia de lectura de fallo, mediante el cual se condenó al investigado a la pena de prisión de 104 meses; sentencia que fue apelada por la defensa, la cual el 06 de mayo de 2014, fue confirmada la sentencia de primera instancia, además, el 09 de mayo de 2014, envió el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, mediante oficio número 1027, sin dar información acerca de la respuesta dada a la petición enviada por el accionante, ni mucho menos allegó constancia de haber notificado alguna respuesta al peticionario.

Por otro lado, indicó el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, que a su cargo se encuentra la vigilancia de la pena proferida en contra del señor

² Sala de Casación Penal en sede de tutela, Sentencia T-57796 del 17 de enero de 2012. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Valencia Zuluaga, pero también afirman que no tienen ninguna petición pendiente de dar trámite en favor del antes mencionado.

Por lo que, se desprende en consecuencia que a la fecha el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario Antioquia, no le ha dado la respectiva respuesta a la solicitud presentada el accionante el 07 de diciembre de 2022, y a la cual no se ha brindado una respuesta clara, precisa y de fondo ni dio traslado de la petición al Juzgado Ejecutor; esto es, Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia.

Es claro, que la petición realizada por el accionante dentro del proceso, es referente al proceso que adelantó el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario Antioquia, que en su momento se adelantó con el CUI 05697 31 04 001 2010 00108, pero que al generarse una ruptura procesal su radicado cambio al CUI 05652 60 00299 2009 80053, y que allegó al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia el 23 de mayo de 2014, pero que como lo aseguró no tiene ninguna petición pendiente por dar respuesta al accionante.

Con lo indicado se demuestra que existe una vulneración al derecho fundamental del debido proceso que le asiste al petente, toda vez que quedó establecido que efectivamente se ha elevado petición el 07 de diciembre de 2022 y de la cual analizada la documentación anexa al trámite constitucional como la respuesta allegada, se advierte que el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, no ha emitido ninguna respuesta sobre el particular al accionante.

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 al Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, 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 emitir y notificar en debida forma la respuesta correspondiente a la petición realizada el 07 de diciembre de 2022.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONCEDER** por ser procedente la tutela del derecho fundamental de petición que le asiste al señor GEORGIDES ANTONIO VALENCIA ZULÚAGA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE EL SANTUARIO, 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 emitir y notificar en debida forma la respuesta correspondiente a la petición realizada el 07 de diciembre de 2022.

TERCERO: ORDENAR al JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA que deberá informar a este despacho sobre

el cumplimiento del presente fallo.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **af2c63485fddcdf26e800c21a6e1fa4fe2f3208721f0f92d11f65e182bd9a4b5**

Documento generado en 22/02/2023 03:15:03 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

CUI: 05001 60 99156 2022 0003801 (2022-1860-3)
Delito: Tentativa de extorsión agravada
Acusado: Omar Adán Cardoso Guerra y otro
Decisión: Modifica pena
Acta y fecha: N° 038 febrero 07 de 2023

Medellín (Ant.), siete (07) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022, mediante la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Entreríos Antioquia condenó a los señores OMAR ADÁN CARDOSO GUERRA y CRISTIAN ANDRÉS ROA GUERRA a la pena de 72 meses de prisión y multa de 1.125 smlmv.

HECHOS

Se consignaron en la sentencia impugnada así:

“Los hechos que nos convocan tuvieron ocurrencia el 14 de marzo de 2022, y se relacionan en el escrito de acusación de la siguiente manera: “...se tiene que en el Municipio de San Pedro de los Milagros-Antioquia. los señores OMAR ADAN CARDOSO GUERRA identificado con cedula de ciudadanía número 1.035.426.717 de Copacabana y CRISTIAN ANDRES ROA GUERRA identificado con cedula de ciudadanía número 1 ,001668.658 de San Pedro de los Milagros, extorsionaron a través de amenazas al señor DIEGO FERNANDO MARTINEZ

ALVAREZ para que entregara la suma de (200.000) doscientos mil pegos (sic) por cada volqueta y cada máquina amarilla que trabajara o de lo contrario intentarían contra su patrimonio económico la vida él y de su núcleo familiar.

En denuncia del señor DIEGO FERNANDO MARTINEZ ALVAREZ, del día 14 de marzo de 2022. manifestó que hacía aproximadamente un mes. su medio hermano, el señor German Darío Martínez Álvarez, quien conduce una volqueta propiedad de la víctima. le informó que entre la vía de san pedro de los milagros y Belmira lo habían abordado unos sujetos que se identificaron como paramilitares indicándole que debía pagar un dinero o de lo contrario intentarían contra su patrimonio económico y su familia y realizando la exigencia de (200.000) doscientos mil pesos por cada y cada máquina amarilla que trabajara.

Días después es nuevamente abordado el señor German Darío Martínez Álvarez por estas personas y reconoce entre los que estaban cobrando a una persona del pueblo conocido como 'Patalán'.

Para el día 12 de marzo de 2022, es nuevamente abordado por tres personas entre estas se encontraba alias 'Patalán'. otro que se presentó como "Daniel" financiero del Grupo y otro que no se identificó, realizando de manera grosera la exigencia del dinero y que este debía ser entregado de manera inmediata y que de no hacerlo les iban a quemar las maquinas, en el lugar también se encontraba el señor quien opera la manifestándoles la víctima a través del celular que les dijera a las personas que lo llamaran a él para entregarles el dinero.

Para el día 13 de marzo de 2022 alias "Daniel" toma contacto con la víctima y le manifiesta que ellos son del Grupo de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia, que se encontrarán personalmente para que entregara el dinero y acuerdan que se reunirían el día 14 de marzo y que debía entregar la suma de seiscientos mil pesos (600.000).

Para el día 14 de marzo del año 2022, en el lugar acordado para la entrega se encontraba la víctima y a eso de las 17:20 horas llegan dos sujetos en una motocicleta, uno de ellos portando un arma de fuego apuntando directamente a la víctima, persona que se identifica como "Dani" y exige la entrega del dinero: seiscientos mil pesos (600.000), y el conductor de la motocicleta era alias "Patalán". Momento en el cual estas dos personas son capturadas por miembros del CTI Guala Antioquia.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 15 de marzo de 2022 se formuló imputación a los señores OMAR ADÁN CARDOSO GUERRA y CRISTIAN ANDRÉS ROA GUERRA, como presuntos autores de la conducta punible de tentativa de extorsión agravada. Se les impuso medida de aseguramiento de detención intramural.

La fase de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Promiscuo Municipal de Entreríos Antioquia. En audiencia del 6 de septiembre de 2022 los procesados aceptaron su responsabilidad en el cargo imputado.

La Juez verificó el allanamiento a cargos y lo aprobó¹. Les advirtió a los procesados que como la imputación se realizó por el delito de extorsión agravada, no tienen derecho a rebaja de pena por el allanamiento y a ningún beneficio o subrogado o frente a las medidas de aseguramiento. Los procesados manifestaron que fueron informados de esa situación.

Las partes no se opusieron a la aprobación del preacuerdo.

El tres de octubre de 2022, se realizó el trámite previsto en el artículo 447 del C.P.P². La defensa del señor Omar Adán Cardoso Guerra solicitó se parta del mínimo de la pena y no se tenga en cuenta el aumento del artículo artículo 14 de la ley 890 de 2004. Se conceda la rebaja del artículo 268 C.P. porque la exigencia económica fue menor a un s.m.l.m.v. Igualmente, demandó la rebaja prevista en el artículo 269 del C.P por la reparación integral y la rebaja del artículo 27 del C.P. por cuanto el delito se dio en modalidad de tentativa.

Que se devuelva los celulares incautados a su cliente, en la medida en que el comiso resulta improcedente.

La defensa del señor CRISTIAN ANDRÉS ROA GUERRA, coadyuvó las solicitudes realizadas por el anterior abogado y pidió se tenga en cuenta la ausencia de antecedentes penales de su representado.

¹ A partir del minuto 00:16:40

² A partir del minuto 00:19:36

DECISIÓN IMPUGNADA

Para determinar la pena, la Juez atendió a los siguientes criterios:

Afirmó que *“la aplicación del artículo 14 de la ley 890 de 2004, mediante la cual se incrementaron las penas, resulta apenas acorde a la línea de pensamiento trazada por la jurisprudencia, y por ende, absolutamente viable”*. Siendo así, estableció los límites punitivos de ciento noventa y dos (192) a trescientos ochenta y cuatro (384) meses de prisión y multa de tres mil (3.000) a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo 244 y 245 del C.P.). Como el delito se imputó en la modalidad de tentativa, la pena no podrá ser inferior a 96 ni mayor de 288 meses de prisión, ni inferior a 1.500 ni mayor a 4500 smlmv.

Como concurren circunstancias de agravación punitiva, específicamente, la dispuesta en el numeral 10 del artículo 58 del C.P., y la circunstancia de atenuación punitiva contenida en el numeral 6 del artículo 55 del C.P., la pena a imponer deberá salir de los cuartos medios.

Negó la rebaja de pena del artículo 268 del C.P tras considerar la gravedad y modalidad del delito extorsión -amenazas y la proclama de los procesados como miembros de un grupo armado al margen de la ley-.

También que el procesado OMAR ADAN CARDOZO GUERRA cuenta con antecedentes penales y está cumpliendo una pena proferida en un sentencia por un delito, en la cual se le otorgó un subrogado penal, el cual fue revocado dado el incumplimiento con el deber de observar buena conducta, conforme al compromiso contraído.

Impuso la pena mínima establecida para los cuartos medios esto es, ciento cuarenta y cuatro meses (144) meses de prisión y multa de dos mil doscientos cincuenta (2250) smlmv.

Concedió a los procesados la rebaja punitiva por indemnización integral de que trata el artículo 269 de la ley 599 de 2000, pero en un 50%, en atención a que los hechos ocurrieron el 14 de marzo de 2022 y a la víctima la indemnizaron el primero de octubre del año 2022.

En consecuencia, impuso la pena de setenta y dos (72) meses de prisión y multa de mil ciento veinticinco (1.125) smlmv.

Finalmente, respecto de los celulares IPONE, color gris, con simcard claro N° 3205672850, IMEI 35525083907, IMEI 2: 35582508390717 MOTOROLA, color azul, simcard # 3205672850, IMEI: 864145043614591, IMEI 2: 864145044004594, IPHONE, color negro, con simcard claro N° 3205684099, IMEI 350320525931125, IMEI 2: 350032052568918., MOTOROLA, color azul, IMEI: 359507095825775/36, IMEI 2: 35950709582577, dispuso su devolución a quien demuestre ser el propietario, una vez se haya finalizado la extracción de la información requerida por la fiscalía.

LA IMPUGNACIÓN

La defensa de CRISTIAN ANDRÉS ROA GUERRA adujo que se equivocó la Juez al establecer la pena teniendo en cuenta una circunstancia de mayor punibilidad que no fue imputada y que la condujo a ubicarse en los cuartos medios y no en el primer cuarto. Por lo tanto, solicita que la pena a imponer se fije en el primer cuarto de punibilidad.

De otro lado, no valoró los elementos aportados al proceso que le permitían conceder a su representado la máxima rebaja de pena contemplada en el artículo 269 del C.P. No tuvo en cuenta que la tardanza en realizar la restitución de lo pactado obedeció a un trámite procesal que debía ser propiciado por la Fiscalía y no a una mora deliberada ocasionada en el comportamiento malicioso o negligente de su representado.

La no concesión del máximo de la rebaja obedeció a una interpretación caprichosa de la Juez de instancia y no concuerda con lo actuado en el proceso. Como la razón dada por la Juez para no conceder el máximo de rebaja contemplada en el artículo 269 del Código Penal, resulta infundado, lo procedente es conceder el máximo de rebaja que dispone la norma.

Por último, debió reconocerse la disminución punitiva contemplada en el artículo 268 del C.P. porque se acreditan en este asunto las exigencias de la norma. La conducta se cometió sobre cosa cuyo valor era inferior a un salario mínimo legal mensual, el procesado no tiene antecedentes penales y no causó grave daño a la víctima atendida su situación económica, pues la conducta punible se atribuyó en la modalidad de tentativa.

Su pretensión es que se modifique la sentencia recurrida en cuanto a la pena impuesta.

La defensa de OMAR ADÁN CARDOSO GUERRA adujo que no conoció el traslado de los elementos que constituyeron el mínimo probatorio del allanamiento a cargos. No hay elementos de juicio que permitan afirmar que el valor real de la exigencia económica era de \$600.000 ni que la conducta fue agravada en los términos de la imputación.

Como respaldo de la negativa de la rebaja de pena del artículo 268 del C.P la Juez dio por probado que su representado tenía antecedentes penales, circunstancia que no fue acreditada porque la fiscalía en la audiencia de individualización de pena no presentó pruebas al respecto. Tampoco se demostró que se haya ocasionado grave daño a víctima, atendiendo su situación económica. Por tanto, a su juicio, procede reconocer a su prohijado la rebaja del artículo 268 del C.P. pues se cumple con los requisitos de la norma

En cuanto a la rebaja del artículo 269 del C.P. debió darse el máximo descuento. Desde la primera audiencia de imputación su representado manifestó al ente acusador su intención de indemnizar. El monto de indemnización obedeció a una conciliación promovida por la defensa, por eso el pago se hizo una vez la fiscalía citó y medió como moderador en la conciliación con la víctima. No se puede inferir que la demora en el pago y el arreglo obedezca a causas atribuibles a la defensa. Una vez establecido el monto a pagar, se debió esperar que la víctima indicara a qué fundación sería dirigido el pago y suministrara los datos de la misma para poder realizar el pago.

De otro lado, se tiene que la Fiscalía no imputó ni acusó ninguna circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58 del C.P. por lo que la pena no debió surgir de los cuartos medios.

La Juez no debió limitar la entrega de los celulares incautados a su representado, pues la medida provisional con fines investigativos era de seis meses y la misma finalizó el 15 de septiembre, y para esa fecha no se había realizado acto investigativo de extracción de información.

Sus pretensiones se concretan a que: (i) se modifique la pena impuesta por el allanamiento cargos, no aplicando el aumento de pena del agravante específico del artículo 245 # 3 del C.P. por falta de justificación desde el aspecto probatorio. (ii) Que no se deduzca la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58 numeral 10 del Código Penal, y en su lugar la pena se determine en el cuarto mínimo; (iii) Se conceda la rebaja de pena del artículo 268 del C.P. (iv) Se reconozca la rebaja máxima de pena del artículo 269 del C.P. y, (v) se ordene la entrega inmediata de los equipos móviles incautados a su representado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para desatar la alzada, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos por la parte apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible a ellos.

Como los recursos de apelación sustentados por los defensores guardan similitud, la Sala los resolverá de manera conjunta. Los temas por tratar serán los siguientes: 1) se tipifica el agravante previsto en el numeral 3 del artículo 245 del C.P; 2) corrección de la dosificación punitiva; 3) Si es procedente conceder la rebaja punitiva prevista en el artículo 268 ibidem. 4) Si es viable conceder a los procesados la rebaja de las $\frac{3}{4}$ de la pena, acorde con el artículo 269 del Código Penal y, 5) Si es procedente la devolución de los celulares incautados con fines de investigación.

De la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 3 del artículo 245 del C.P.

El apoderado del señor **Omar Adán Cardoso Guerra** pretende que se modifique la pena del allanamiento a cargos *“inaplicando el aumento de pena prevista para el agravante específico del artículo 245 # 3 del C.P. porque no hay mínimo probatorio que lo respalde”*.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 45495 del 28 de junio de 2017, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, realizó algunas precisiones referentes al allanamiento a cargos. En cuanto al estándar probatorio exigido para aprobar un allanamiento, la Corte recordó que, de la mano del artículo 8° de C.P.P., quien acepta la imputación no solo se autoincrimina, sino que desiste a solicitar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

Siendo válido el allanamiento a cargos, compete al juez de la causa, como condición para proferir sentencia, verificar que se cumpla con el estándar de conocimiento necesario respecto de la ocurrencia del hecho investigado y de la responsabilidad penal del imputado en su comisión, para lo cual no basta con el solo allanamiento a los cargos, pues la declaratoria de responsabilidad deberá soportarse en una constatación de los elementos materiales probatorios que garantice que se ha desvirtuado la presunción de inocencia que ampara al procesado. Textualmente dijo la Corte: “...si bien por esa misma asunción temprana de la responsabilidad penal, no se cuentan con suficientes elementos probatorios, pues precisamente la economía por no adelantar el juicio es la que se le premia al procesado con la rebaja punitiva, es claro que tal admisión de culpabilidad debe contar con un grado racional de verosimilitud”.

También adujo la Corte que en casos de aceptación de responsabilidad en la imputación, la sentencia puede fundamentarse en los elementos recaudados por la Fiscalía siempre que se hayan incorporado legalmente al proceso, incorporación que se produce con la presentación del escrito que hace las veces de acusación.

Ese estándar de conocimiento necesario alude a un mínimo probatorio que no es equiparable a la prueba que se practica en el juicio. Por supuesto, el mínimo probatorio debe respaldar todas las categorías dogmáticas del delito que incluyen sus consecuencias jurídicas.

En este caso, la circunstancia de agravación prevista en el numeral 3 del artículo 245 del C.P. no solo fue debidamente anunciada por la Fiscalía desde la narración de los hechos en tanto adujo que la víctima, o cumplía con la exigencia dineraria o “de lo contrario atentarían contra su patrimonio económico, la vida de él y de su núcleo familiar”, sino que, esta Sala encontró acreditada con los elementos materiales probatorios que fueron entregados a la juez de conocimiento con el escrito de acusación con allanamiento a cargos, encontrando, entre otros, que mediante denuncia instaurada el 14 de

marzo de 2022, la víctima Diego Fernando Martínez Álvarez manifestó que si no se cumplía con la exigencia económica que se le realizó, sus victimarios atenderían en contra de su patrimonio, la vida de sus familiares y la suya propia³.

Queda claro de esta manera que la circunstancia de agravación prevista en el numeral 3 del artículo 245 del C.P está respaldada en el proceso con un mínimo probatorio, de modo que era procedente, por ser ajustado a la legalidad, condenar por el delito de tentativa de extorsión agravado.

Modificación de la pena impuesta en aplicación del principio de legalidad

Como el proceso seguido en contra de los señores **Omar Adán Cardoso Guerra** y **Cristian Andrés Roa Guerra** por la comisión de la conducta punible de tentativa de extorsión, culminó de forma anticipada vía allanamiento a cargos, la pena a imponer la prevista en los artículos 244 y 245 numeral 3 del C.P, sin el aumento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, tal como lo indicó en la parte considerativa e A quo en la sentencia, pero que no aplicó al momento de efectuar el proceso de individualización.

Así quedó establecido desde la sentencia con radicado No. 33254 del 27 de febrero de 2013, providencia en la que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal expresó que en aquellos eventos excluidos de beneficios por la Ley 1121 de 2006, como ocurre con el delito de extorsión y conexos, se debe inaplicar el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Textualmente expresó la citada Corporación:

“Esa consecuencia implica, pues, afirmar que en relación con los delitos enlistados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 –en eventos cuyo juzgamiento se gobierna por la Ley 906 de 2004–, el aumento de penas de la Ley 890 se ofrece injustificado en la actualidad, en tanto el legislador únicamente lo motivó en las antedichas razones, de orden meramente procesal, sin ninguna otra consideración de naturaleza penal sustancial o constitucional”.

³ PDF 04

(...)

“Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 --para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo--, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena”.

Como ese proceder conllevó una vulneración al principio de legalidad de las penas, en detrimento de los intereses de los procesados se llevará a cabo el proceso de individualización de la pena y se modificarán el monto de la que fueron impuestas.

Para comenzar se identificarán las normas de posible aplicación al caso con el fin de determinar la pena, para lo cual se presenta la siguiente tabla.

LEY	PENA PRISIÓN	PENA DE MULTA
EXTORSIÓN. Art. 244 C.P., modificado por Art. 5 Ley 733 de 2002.	144 a 192 meses	600 a 1200 smlmv
EXTORSIÓN. Art. 244 C.P. modificado por leyes 733 y 890 de 2004, artículos 5 y 14 respectivamente.	192 a 288 meses	800 a 1800 smlmv
EXTORSIÓN AGRAVADA. Art. 244 y Art. 245 numeral 3 aumentado ley 733 de 2003.	144 a 256	3.000 a 6000 smlmv
EXTORSIÓN AGRAVADA. 244 y Art. 245 numeral 3 aumentado ley 733 de 2003 y artículo 14 Ley 890 de 2004.	192 a 384	4000 a 9000 smlmv

Como consecuencia de la inaplicación del incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, las penas para el delito de extorsión agravada quedaría así:

Art. 244 C.P. (modificado por leyes 733 de 2002) más incremento artículo 245 numeral 3 del C.P. (aplicable al caso caso)	144 a 256 meses	3000 a 6000 smlmv
--	-----------------	-------------------

Ahora, como la conducta punible se llevó a cabo en la modalidad de tentativa debe ser reducida en la forma indicada en el inciso primero del artículo 27 del Código Penal, esto es, no menor de la 1/2 del mínimo ni mayor de las $\frac{3}{4}$ partes del máximo.

Monto de pena	Prisión menos rebaja Art. 27 del C.P.	Multa menos rebaja Art. 27 del C.P
Art. 244 C.P. (modificado por leyes 733 de 2002) más incremento artículo 245 numeral 3 del C.P. (aplicable al caso caso) penas 144 a 256 meses de prisión y 3000 a 6000 smlmv.	72 meses a 192	1500 a 3000 smlmv

Hasta aquí resulta claro que las penas de prisión y multa en este asunto que se juzga por el delito de tentativa de extorsión agravada están comprendidas entre los límites de 72 a 192 meses y de 1500 a 3000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Ahora, antes de aplicar la reducción, según el artículo 268 del Código Penal, resulta necesario expresar las razones por las cuales deben acogerse el planteamientos del recurrente y proceder a modificar la decisión confutada en tanto negó la diminuyente contenida en la citada disposición.

De la rebaja establecida en el artículo 268 del Código Penal

El artículo 268 del Código Penal describe esta circunstancia de menor punibilidad específica en los siguientes términos:

“Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no

tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica”.

Es decir que para el reconocimiento de dicho instituto se deben cumplir tres condiciones: i) que el valor de lo hurtado no supere el salario mínimo legal mensual, ii) que el procesado no registre antecedentes penales y, iii) que con la acción delictiva no se haya ocasionado grave daño a la víctima, atendiendo su situación económica.

El fallador, para establecer los cuartos de movilidad⁴ debe verificar los criterios previstos para delimitar la sanción, y en ese orden, tiene la obligación de definir los contornos de la conducta punible con todos los aspectos considerados por el legislador en el C. P. (como es el caso de la disminución de pena prevista en el artículo 268 *ibidem*, pues sólo así tendrá elementos suficientes para aplicar los parámetros consagrados en el inciso 2º del artículo 61 de la norma sustantiva penal.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, en los hechos imputados y aceptados vía allanamiento a cargos por los procesados, se estableció como cuantía de la exigencia económica la suma de \$600.000, monto que no supera el salario mínimo mensual fijado por el Gobierno nacional para la fecha de los hechos -año de 2022- en \$1.000.000, según Decreto 1724 de 2021, por lo que se cumple con el primer requisito.

Ahora, en el marco de la audiencia de individualización de pena -Art. el 447 de la Ley 906 de 2004-, contrario a lo que se afirma en la sentencia recurrida, la Fiscalía no acreditó que los procesados tengan antecedentes penales. Ni siquiera en los elementos de conocimiento aportados al proceso como respaldo del allanamiento a cargos, obra un documento idóneo que acredite tal situación.

⁴ Art. 61 N. 1 del C.P.

Asimismo, no se demostró que como consecuencia del atentado patrimonial se le ocasionó un grave daño a la víctima, en tanto la conducta punible se atribuyó en grado de tentativa. De esta manera se reúne la totalidad de requisitos que exige el artículo 268 del C.P. para que proceda la diminuyente.

Definido lo anterior, se realizará el descuento de la pena en las proporciones señaladas en la disposición en cita.

MONTO DE PENA	PENA DE PRISIÓN MENOS REBAJA ART. 268 DEL C.P.	MULTA MENOS REBAJA ART. 268 DEL C.P
Art. 244 C.P. (modificado por leyes 733 de 2002) más incremento artículo 245 numeral 3 del C.P. y rebaja del artículo 27 ibidem. Penas 72 a 192 meses de prisión y 1500 a 3000 smlmv.	36 a 128 meses	750 a 1000 smlmv

Ya identificado los extremos de las penas a imponer, para efectos de continuar con el proceso de individualización, se hallarán los guarismos de los cuartos mínimo, medios y máximo, para lo cual se obtendrá la diferencia entre el mínimo y máximo y se divide en cuatro para conseguir el ámbito de movilidad. Efectuado el cálculo matemático tenemos lo siguientes:

SANCIÓN	CUARTO MÍNIMO	1er. CUARTO MEDIO	2do. CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
PRISIÓN	36 a 59 meses	59 a 82 meses	82 a 105 meses	105 a 128 meses
MULTA	750 a 812,5 smlmv	812,5 a 875 smlmv	8575 a 937,5	937,5 a 1000

Ahora, de acuerdo con el inciso segundo del 61 del Código Penal, el sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando concurren únicamente circunstancias de menor punibilidad genéricas - artículo 55 ibidem- o cuando no concurren circunstancias ni de menor ni de mayor punibilidad -Arts. 55 y 58 ibidem-; en los cuartos medios cuando

concurren criterios de mayor y de menor punibilidad -Art. 55 y 58 ibidem- y en el máximo solo en los caso de concurrencia de circunstancias de mayor punibilidad -Art. 58 ibidem-.

En este asunto, el juzgado estimó equivocadamente que concurrían circunstancias de agravación y de atenuación punitiva, concretamente hizo mención a las consagradas en numeral 10 del artículo 58 del C.P., y en el numeral 6 del artículo 55 del C.P., por lo que determinó la pena dentro de los márgenes de los cuartos medios.

Luego de escuchar el registro de audio de la audiencia de formulación de imputación y de leer el escrito de acusación con allanamiento a cargos, se puede constatar que la Fiscalía no imputó fáctica ni jurídicamente a los procesados la circunstancia de mayor punibilidad descrita en el numeral 10 del artículo 58 del C.P. (obrar en coparticipación criminal); por tanto, en estricto acatamientos a lo consagrado en el inciso segundo del artículo 61 del C.P., las penas debieron determinarse en los márgenes del cuarto mínimo, que respecto de la pena de prisión oscila entre los 36 a 59 meses y la de multa entre 750 a 812,5 smlmv.

Para finalizar el proceso de individualización la Sala impondrá a **Omar Adán Cardoso Guerra** y a **Cristian Andrés Roa Guerra** una pena prevista en los márgenes del cuarto mínimo y conservando el mismo criterio del A quo, se fijará la pena mínima que corresponde a treinta y seis (36) meses de prisión y multa de setecientos cincuenta (750) smlmv.

Monto de rebaja de pena por indemnización de perjuicio de acuerdo con el artículo 269 del C.P.

La Juez estimó que el monto de rebaja de pena con fundamento en la reparación realizada a la víctima era de un 50%, en atención a que los hechos

tuvieron ocurrencia el 14 de marzo de 2022 y la indemnización integral de perjuicios a la víctima se efectuó el primero de octubre del año 2022.

Según los recurrentes el juzgado no valoró que la tardanza en realizar la indemnización de lo pactado a la víctima obedeció a un trámite procesal que debía ser propiciado por la Fiscalía y no a una mora deliberada ocasionada por la defensa. Señalaron que desde la audiencia de imputación los acusados manifestaron al ente acusador su intención de indemnizar.

Para resolver este asunto se dirá lo siguiente. Dispone el artículo 269 del C.P.

“REPARACIÓN. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

Sobre el porcentaje de la rebaja de la pena, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente⁵:

“El descuento debe ser establecido por el juzgador de manera discrecional, que no arbitraria, en atención al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas.

(...)

En el caso estudiado se observa que si bien el acusado ha sido reiterativo en su postura de indemnizar, lo cierto es que esperó a que se radicara en su contra escrito acusatorio, luego de lo cual celebró el preacuerdo, pero previo a este no se evidencia de su parte diligencia para buscar a las víctimas y conocer sus reales expectativas, además de que desde un comienzo no reintegró la totalidad de los bienes sustraídos, o su valor, lo cual solo hizo cuando estaba próximo a emitirse el fallo de primer nivel, momento en el cual, a su vez, hizo la reparación total.

Esas circunstancias significaron un mayor desgaste para los perjudicados, que hubieron de trasladarse hasta los estrados judiciales para hacer conocer su inconformidad y lo parcial de lo que se reparaba, lo cual significa que el acto de contrición total esperó a los instantes previos a la sentencia (tope máximo legal), habiéndose alejado de la época de la comisión del delito, en detrimento de los afectados, por lo cual resulta prudente conceder la rebaja alejándose del marco inferior, quedando el mismo en el 60%, que debe aplicarse al castigo señalado por los jueces de instancia, cuyos lineamientos se impone respetar”.

⁵ CSJ, Rad. 51.100 del 7 de noviembre de 2018, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Aplicando los anteriores parámetros al presente caso, se tiene que la reparación efectuada por los procesados a la víctima no se llevó a cabo en la formulación de imputación, adiada del 15 de marzo de 2022, pero sí en el acto procesal siguiente, esto es, en la audiencia de acusación con allanamiento a cargos, por tanto sí resulta razonable otorgar una proporción mayor a la del 50%, pero no igual a las $\frac{3}{4}$ partes de la pena. En este orden de ideas se concede un 60% de rebaja de pena.

Tal como se puede constatar en el registro de audio de la audiencia del seis de septiembre de 2022 -cuando se realizó la verificación de allanamiento- la diligencia prevista en el artículo 447 del C.P.P. a instancia de la defensa se aplazó para que pudiera indemnizar a la víctima y se reprogramó para el tres de octubre de 2022, fecha para la cual los defensores corrieron traslado al Despacho de la constancia de la indemnización a la víctima con la finalidad de hacerse acreedores a la rebaja de pena del artículo 269 del C.P.

Así las cosas, de considerarse proporcional se aplicará el 60% de rebaja a la pena ya individualizada debemos aplicar ese porcentaje de disminución punitiva a la pena ya individualizada de 36 meses de prisión y 750 smlmv, para un total de pena a imponer de 14,4 meses de prisión y 3000 s.m.l.m.v.

En lo que concierne a la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas se efectúa la modificación al monto de la pena de prisión aquí impuesta, esto es, 14,4 meses.

Devolución de los celulares incautados con fines de investigación.

Respecto de los celulares IPONE, color gris, con simcard claro N° 3205672850, IMEI 35525083907, IMEI 2: 35582508390717 MOTOROLA, color azul, simcard # 3205672850, IMEI: 864145043614591, IMEI 2: 864145044004594, IPHONE, color negro, con simcard claro N° 3205684099,

IMEI 350320525931125, IMEI 2: 350032052568918., MOTOROLA, color azul, IMEI: 359507095825775/36, IMEI 2: 35950709582577, en la sentencia impugnada se dispuso que sean devueltos a quien ostente su calidad de propietario, una vez se haya finalizado la extracción de la información requerida por la fiscalía.

Vale la pena recordar que, aunque en la audiencia de formulación de imputación la Fiscalía pidió la incautación de esos celulares con fines investigativos, en el trámite del 447 solicitó su destrucción.

Ello indica que los referidos equipos de comunicaciones no son requeridos por el ente instructor con fines investigativos, lo cual tiene razón de ser dada la terminación anticipada del proceso vía allanamiento a cargos.

La labor de devolver los referidos equipos celulares -que no su destrucción- no les compete a los jueces. Es la Fiscalía la encargada de disponer lo que corresponda en relación con los bienes y elementos incautados con fines investigativos de acuerdo con la utilidad que representen para su teoría del caso⁶.

Como en este asunto la labor investigativa culminó y no hubo por parte de la Fiscalía solicitud alguna relacionada con la incautación definitiva de los bienes, es su deber devolver de forma inmediata los equipos celulares a quien acredite tener derecho sobre ellos.

En los anteriores términos queda resulta la apelación.

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

⁶ Artículo 88 C.P.P

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el monto de la pena de prisión y multa impuesta a **Omar Adán Cardoso Guerra** y a **Cristian Andrés Roa Guerra** en la sentencia confutada a catorce coma cuatro (14,4) meses y 300 s.m.l.m.v.

SEGUNDO: Modificar la pena accesoria impuesta a los antes mencionados por el monto de la pena de prisión aquí impuesta.

NOTIFÍQUESE a las partes, informándoles que contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **42d635cff4167d395dd4908e4727e0fba085a90e66832c009cfb8a76ebccaa2d**

Documento generado en 09/02/2023 11:04:01 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

CUI: 13001 60 01128 2017 05701 (2021-0802-3)
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
Acusado: BLADIMIR ARISTIZÁBAL JIMÉNEZ
Asunto: Sentencia condenatoria
Decisión: Condena por delito de menor entidad
Acta: N° 021 de enero 26 de 2023

Medellín, Antioquia, veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)
(Aprobado mediante Acta No. 021 de la fecha)

OBJETO DE DECISIÓN

Derrotada la ponencia presentada inicialmente en este asunto por la Magistrada Dra. Nancy Ávila de Miranda, a quien le correspondió este proceso por reparto, se resuelve por la Sala Mayoritaria el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra la sentencia proferida el 30 de abril de 2021 mediante la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó Antioquia condenó al señor BLADIMIR ARISTIZÁBAL JIMÉNEZ como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

HECHOS

Se narraron en la audiencia de formulación de acusación de la siguiente manera¹:

Conforme la noticia criminal del ciudadano Rogelio de Jesús Cifuentes Hernández, el día 17 de mayo de 2017, ante la sala de atención al usuario de la Fiscalía General de la Nación de la ciudad de Cartagena, da a conocer que su menor hija N.D.C.V., le informó que el marido de su abuela materna Bladimir Aristizábal Jiménez, abusaba de ella, que le realizó tocamientos en sus partes íntimas y sexo oral, hechos sucedidos para el año 2013, en la casa de su abuela materna, ubicada en el municipio de Chigorodó barrio El Bosque, el señor Aristizábal Jiménez le daba dinero para que ella comprara cosas en la tienda y la amenazaba que si contaba la mataba a ella y a su mamá”.

(...) la menor (...) para la época de los hechos, año 2013, contaba con 6 años de edad”.

La Fiscalía aclaró que, aunque el escrito de acusación se presentó por el delito de actos sexuales abusivos, la acusación formal será por el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo por haber ocurrido los hechos en varias ocasiones.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 31 de octubre de 2018, ante el Juez Primero Promiscuo Municipal de Chigorodó, se formuló imputación al señor BLADIMIR ARISTIZÁBAL JIMÉNEZ por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

La fase de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó Antioquia. La acusación se formuló oralmente el 20 de marzo de 2019.

¹A partir del minuto 00:12:34

La audiencia preparatoria se realizó el 17 de mayo de 2019. La fase de juicio oral inició el 6 de agosto de 2019 y culminó el 24 de noviembre de 2020, oportunidad en la que se emitió sentido del fallo condenatorio.

La sentencia se profirió el 30 de abril de 2021.

FALLO IMPUGNADO²

La primera instancia condenó al señor BLADIMIR ARISTIZÁBAL JIMÉNEZ como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo, y le impuso la pena de 240 meses de prisión.

En una extensa decisión, de relevancia para resolver afirmó que aunque la Fiscalía pidió condena subsidiaria para el procesado por el delito de actos sexuales abusivos, con fundamento en la prueba practicada en el juicio es posible afirmar que la conducta cometida es la de acceso carnal abusivo.

Según la declaración de la menor, el señor Bladimir Aristizábal Jiménez le lamia la vagina con la lengua, lo cual encaja en lo que denomina la jurisprudencia nacional como cualquier parte del cuerpo humano u objeto. En este caso debe aplicarse un concepto jurídico desarrollado y aplicado jurisprudencialmente como lo es el de vía vaginal.

Recordó que el defensor de familia le preguntó a la menor ¿recuerdas si te accedió, te penetró con su pene o con alguna otra parte de su cuerpo? Ella respondió “con la lengua”.

Citó jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el concepto jurídico de penetración por vía vaginal, luego de lo

² PDF 18

cual manifestó que en este caso el delito se consumó con la simple introducción del órgano genital, aunque sea en grado mínimo.

En el redirecto la menor menciona que le metió la lengua por la vagina, por lo que para los efectos jurídicos, la sola intervención así sea mínima en esos labios mayores de la vagina, teniendo en cuenta el concepto de vía vaginal constituye un acceso.

Como lo dice la Corte, el acceso carnal genéricamente es un acto sexual, lo que diferencia el uno del otro es esa mayor invasión a la esfera de la dignidad íntima de la mujer.

La conclusión de que el comportamiento desplegado por el acusado constituyó acceso y no actos sexuales abusivos se soporta, según la Juez, en la declaración del médico legista Carlos Alberto Aníbal Hernández, quien dijo que encontró un himen atenuado con cambio a nivel del borde libre lo que es consistente con una penetración vaginal, que la membrana himeneal para el momento del examen sexológico presentaba pérdida de su altura por debajo de las 3 y 9 horas, según cuadrantes del reloj en posición ginecológica y que además se observó la cicatriz en forma de V de un desgarramiento parcial antiguo, es decir que hubo invasión dentro de los órganos genitales femeninos a nivel interno de la menor, inclusive.

Aunque la Defensa discute que se trata de una valoración que ocurrió cuando la menor ya tenía 9 años y que los hechos sucedieron cuando ella tenía 5 años, estimó el Juez que ello no signifique que se deba descartar el análisis de esa valoración porque la menor ha sido conteste frente a la declaración que rindió en el juicio, las declaraciones previas, ante la psiquiatra forense, la psicóloga y ante el mismo médico donde señala a una sola persona como la responsable de los hechos de vejámenes sexuales a los que fue sometida por parte del procesado. De tal manera que hay una

correlación una coherencia entre el relato de la menor y los hallazgos médicos evidenciados por el legista que en su momento la valoró.

La versión de la menor sobre los hechos también se corrobora con el testimonio de su padre quien contó en el juicio lo que la niña le dijo sobre los abusos sexuales a los que fue sometida.

Dijo textualmente:

“Existen de igual forma un acervo probatorio como lo es la declaración de CARLOS ALBERTO ANIBAL HERNANDEZ, de MANELA SORANA GARCIA VASQUEZ y de MERCEDES MARTINEZ ESPAÑA, de las cuales se puede deducir que el dicho inculpativo de la menor guarda relación, es conteste, coherente, tanto en la entrevista forense, en la valoración sexológica y la entrevista psicológica como en el juicio oral respecto de la fecha en que inició a ser abusada por su abuelastro, las oportunidades u horarios en que éste aprovecha para tocarle sus vagina, la barriga y la cola, rolearle aceites, lamerle la vagina, penetrarla oralmente con la lengua y ponerla a ver videos de contenido sexual”.

Adujo que no se puede hablar de prueba de referencia porque la menor declaró en el juicio y dio su versión, la que analizada con las versiones previas dadas a los profesionales, se observa que es conteste, coherente, inculpativo, contundente. Además, se pidió la introducción de esas evidencias documentales relacionadas con el informe pericial de medicina legal y la valoración psiquiátrica como un documento adjunto al testimonio de la menor, por lo que se considera que no cabe hablar de que no se cumplieron los requisitos de la prueba de referencia.

No se afecta el principio de congruencia por que como ya se dijo no hay variación de la calificación jurídica, pero en todo caso, es necesario precisar que si bien en el escrito de acusación se habla de tocamientos a las partes íntimas se probó en el juicio oral que el acto de tocamiento consistió precisamente en meterle la lengua a la vagina de la menor por parte del procesado.

Sostuvo que respecto a la crítica que realiza la defensa en cuanto a que el dictamen realizado por el médico Carlos Alberto Aníbal Hernández no es concluyente, porque no necesariamente con la lengua se puede causar un desgarro, se tiene que efectivamente a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es claro que no se hace necesario para la existencia del acceso carnal que haya un desgarro del himen, solo basta con que se produzca ese franqueamiento para que se constituya el acceso como en efecto lo hubo en este caso.

Con todo, la declaración de la menor es contundente de cara a la condena del procesado, pues esta refiere que aquel le metía la lengua en la vagina, por lo que si hubo un acto de penetración, más allá de que le haya causado ese desgarro o no. La menor siempre fue persistente en decir que le metía la lengua por la vagina, por lo que a la luz de la jurisprudencia y de los hechos, sí hubo penetración.

LA IMPUGNACIÓN³

La defensa llamó la atención en cuanto a que en la formulación de acusación no se describió como hecho jurídicamente relevante la penetración vaginal de la menor con la lengua. La Fiscalía se sostuvo en los hechos narrados por la niña a terceras personas, consistentes en que el señor Bladimir Aristizábal Jiménez abusaba de ella y que realizó tocamientos en sus partes íntimas. De ese modo, el fallo impugnado no es congruente con la acusación.

Durante el juicio oral no se demostró que la menor N.D.C.V. haya sido accedida o penetrada por el señor Bladimir Aristizábal con su pene, con el dedo o cualquier otro objeto similar rígido que pudiera justificar la decisión adoptada.

³ PDF 19

Si el Juez hubiera valorado la prueba en conjunto, con estricto apego al principio de sana crítica y a las reglas de la experiencia, la decisión adoptada habría sido diferente, puesto que desde la formulación de la imputación se estableció que el comportamiento atribuido a su representado no fue el de acceso carnal abusivo. La menor, en todas las versiones que dio a lo largo del proceso, sostuvo que el acusado la tocaba y le lamia la vagina. *“en ninguna de estas intervenciones habló de que el señor Bladimir la penetraba o le metía la lengua o el pene, o el dedo o algún otro elemento en su vagina o en su canal vaginal, como lo afirmó el señor juez de conocimiento en su fallo”*.

Aunque en el juicio la menor sostuvo su versión inicial, el defensor de familia le preguntó lo siguiente: *“¿de acuerdo a las partes que mencionas recuerdas si te accedió, te penetró con su pene o con alguna otra parte de su cuerpo?”* Y la menor respondió con la lengua. El interrogador la indujo a dar una respuesta no acorde con su relato. La menor no fue contextualizada como para establecer claramente a qué se refería la niña al responder que con la lengua. No se sabe si la menor entendió qué era penetrar o acceder. Siendo este el único momento en que la niña expresa penetración, deja un manto de dudas frente a la calificación jurídica que hizo el Juez.

Tal fue la duda que la Fiscalía, en los alegatos de conclusión, pidió condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y subsidiariamente por el de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

El concepto del médico legista de cargo respecto del hallazgo en el himen de la menor, fue ampliamente controvertido de manera científica y objetiva por el médico Jaime Montoya Mateus, generando dudas de si efectivamente la niña fue accedida y si en realidad presenta un himen con desgarramiento antiguo. No obstante, el Juez optó por dar total credibilidad a lo expresado por el perito de la Fiscalía.

Desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta aquella en la que se le practicó el dictamen sexológico transcurrió poco más de 4 años, tiempo en el cual pudo haberle ocurrido a la niña cualquier situación que alterara su parte íntima. Además, no se demostró con el dictamen del médico ni con ninguna otra prueba que ese hallazgo fuera producto de una manipulación o penetración ocurrida en ese año 2013 o antes.

Llamó la atención en cuanto a que la madre de la menor contó en el juicio que interrogó a su hija respecto a si el señor Bladimir la había tocado y la niña fue clara en afirmar que no le había hecho nada pero, pese a ello, el Juez no tuvo en cuenta esta información dada por la niña cuando aún tenía recuerdos “frescos”.

Añadió que el médico de la defensa conceptuó que anatómicamente es imposible la penetración a una niña de 5 años, en tanto que el médico legista adujo que no conoce casos donde a través del sexo oral o con la lengua se haya roto el himen.

El Juez condenó al acusado por un concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, toda vez que la menor manifestó “que fueron varias veces”. No obstante, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de tales hechos homogéneos no fueron debidamente probados en el juicio oral, pues ninguno de los medios probatorios allegados corrobora el dicho de la menor sobre esa pluralidad de hechos, como tampoco fue probado en sede de juicio oral las supuestas amenazas o intimidaciones infringidas a la niña por parte del señor Bladimir Aristizábal.

Por lo anterior, solicita revocar la sentencia impugnada y en su lugar absolver a su representado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de conformidad con el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 y por virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, está restringida a la censura elevada y a los aspectos vinculados de manera inescindible.

En ese sentido, la pretensión del apelante es que se revoque la condenada proferida en primera instancia, esencialmente porque durante el juicio oral no se demostró que la menor N.D.C.V. haya sido accedida o penetrada por el señor Bladimir Aristizábal con su pene, con el dedo o cualquier objeto similar rígido que pudiera justificar la decisión adoptada. No obstante, aceptó que la menor, en todas las versiones que dio a lo largo del proceso, sostuvo que el acusado la tocaba y le lamia la vagina.

Siendo así, para la Sala es claro que la defensa no discute la ocurrencia de los hechos. Su crítica está encaminada a demostrar que el comportamiento atribuido al procesado no fue constitutivo de acceso carnal abusivo, esto es, que la calificación jurídica seleccionada por la Fiscalía fue incorrecta.

A tono con lo anterior, vale la pena recordar que en los alegatos de conclusión⁴ la Fiscalía pidió que, de no accederse a su pretensión de condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, de forma subsidiaria se declare penalmente responsable al procesado como autor de la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo agravado según el numeral 5 del artículo 211 del C.P. conducta que se enmarca dentro de los hechos jurídicamente

⁴ A partir del minuto 00:26:25 audio del 24 de noviembre de 2020

relevantes expuestos en la acusación, en la medida en que la menor manifestó siempre que fue objeto de tocamientos en sus partes íntimas.

La Sala mayoritaria constató el testimonio rendido por la menor víctima en el juicio, a partir del cual se fundamentó la condena en primera instancia del señor Bladimir Aristizábal Jiménez por el delito de acceso carnal abusivo y llegó a la conclusión que no se cuenta con el grado de conocimiento exigido para soportar la condena de Aristizábal Jiménez por esa conducta punible, pues existe duda al respecto. No obstante, la condena debe proferirse por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Ello, porque si bien el dicho de la menor es creíble, se estima que en cuanto a la manifestación de que fue penetrada con la lengua, no fue espontánea y del interrogatorio realizado no se puede advertir que la víctima pudiese tener capacidad de diferenciar si estaba ante un acto o un acceso.

A continuación, la Sala pasará a dar las razones por las cuales acogerá la petición subsidiaria de la Fiscalía de condena por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, y, acto seguido, valorará el testimonio de la menor a partir del cual es posible sostener la declaratoria de responsabilidad penal en contra del procesado por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Acerca de la posibilidad de proferir condena por un delito distinto al imputado y acusado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en múltiples ocasiones de la siguiente manera:

“De igual forma, se ha precisado, como el mismo recurrente lo destaca con base en un antecedente jurisprudencial de la Sala, que la imputación fáctica no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, por lo que su núcleo central debe ser mantenido desde la formulación de imputación hasta la sentencia; mientras que en relación con la imputación jurídica, la Corte ha establecido que la misma es flexible)), por lo tanto, no se lesiona el principio de congruencia cuando el juez se aleja jurídicamente del contenido

de la acusación y emite sentencia de condena por un reato diverso al allí imputado, siempre que:

«i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad - en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal-;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

ii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ AP5715-2014),»⁵.

Condición principal para que se pueda optar en un determinado evento por la congruencia flexible, es que se respete el núcleo fáctico de la acusación.

En este caso, los hechos jurídicamente relevantes aducidos por la Fiscalía en la imputación y acusación como acto condición y presupuesto de la sentencia, consistieron en que la menor N.D.C.V., fue objeto de abuso sexual por parte del señor Bladimir Aristizábal Jiménez, quien le realizó tocamientos en sus partes íntimas y sexo oral, hechos sucedidos para el año 2013, en la casa de su abuela materna ubicada en el municipio de Chigorodó barrio El Bosque.

Ese comportamiento encuadra típicamente en la conducta punible descrita y sancionada en el artículo 209 del C.P. denominada actos sexuales con menor de 14 años.

La primera instancia con ese supuesto fáctico estimó que no se configuró la referida conducta punible sino la de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Tanto el acusado como la defensa contaron con la oportunidad de controvertir esos hechos.

Jurisprudencialmente se ha precisado⁶ que:

⁵ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia providencia radicado 55.595 del 22 de enero de 2020.

“ la identidad del bien jurídico no es un presupuesto insoslayable del respeto al principio de congruencia y, por ende, de la posibilidad de condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación...en la ley procesal actual- Ley 600 de 2000- a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art.398.3),(por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal) sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron”.

Consideraciones que también aplican a la Ley 906 de 2004, pues en ésta la imputación jurídica es específica y provisional, por lo que ninguna razón existe para mantener una exigencia que respondía, como se vio, a formas restringida

S en estatutos procesales anteriores. Obviamente, la inmutabilidad fáctica sigue siendo presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho de defensa.

De esta manera, la condena por una conducta punible degradada descarta la trasgresión del principio de congruencia, en cuanto implica una menor punibilidad que la descrita en la acusación, máxime cuando se ha garantizado la intangibilidad del núcleo fáctico de la imputación y, por ende, la oportunidad de defensa”

De tal suerte, en este caso claramente se satisfacen los requerimientos jurisprudenciales para realizar la degradación de la calificación jurídica inicial al delito de actos sexuales con menor de 14 años, sin vulnerar el principio de congruencia. Es innegable que la conducta punible en mención no solo guarda relación con el núcleo fáctico de la imputación y la acusación, sino que resulta ser un comportamiento punible de menor entidad al de acceso carnal abusivo con menor de 14 años respecto del cual se ejerció contradicción en el juicio oral, sin que se pueda sostener afectación al principio de congruencia – artículo 448 de la Ley 906 de 2004-.

Con la prueba directa practicada en el juicio que se concreta en el testimonio rendido por la víctima, se acreditó tanto la materialidad de la conducta

⁶ A partir de la decisión CSJ SP17352-2016, RAD. 45589

punible de actos sexuales con menor de 14 años como la responsabilidad del procesado en su ejecución.

La víctima N.D.C.V.⁷ testificó que Bladimir, el esposo de la abuela, le tocó la barriga, la vagina y la cola con la lengua, la mano y el pene. El defensor de familia le preguntó si *¿de acuerdo a esas partes que mencionas, recuerdas si él te accedió, te penetró con su pene o con alguna otra parte de su cuerpo?* La menor respondió, con la lengua.

Cuando eso pasó tenía 4 y 5 años. Pasó en la casa de la abuela en la habitación de la abuela. Sucedió varias veces, muchas veces cuando la abuela se iba, pero no recuerda exactamente la fecha.

El defensor de familia le preguntó *¿Cómo te tocó Bladimir?* ella respondió con la lengua y con el pene, además de tocarla se masturbaba y la ponía a ver videos que no debía ver, videos donde la gente se desnudaba y empezaba a tener sexo. Le dio dinero, la amenazó con matarla a ella y a los papás. Dijo que los hechos sucedieron aproximadamente en el 2012 y finales de 2013.

En el redirecto la niña manifestó que le contó a la bibliotecaria que un señor, Bladimir, le tocaba la vagina, la lambia y le metía la lengua por la vagina.

Pese a que la menor informó al final de su testimonio que Bladimir le metía la lengua por la vagina, esa información no fue espontánea y del interrogatorio realizado no se puede advertir que la víctima pudiese tener capacidad de diferenciar si estaba ante un acto o un acceso. Fue el mismo defensor de familia quien le preguntó *¿recuerdas si él te accedió, te penetró con su pene o con alguna otra parte de su cuerpo?* A lo que la menor respondió positivamente.

⁷ A partir del minuto 00:35:00 sesión de juicio del 7 de octubre de 2019

No obstante, en el interrogatorio cruzado la Fiscalía no se ocupó de aclarar con la testigo si sabía la diferencia entre tocar y acceder o penetrar. Aspecto que era determinante frente a su teoría del caso orientada a demostrar acceso carnal. Además, fue evidente que el defensor de familia le preguntó tanto por accesos como por actos obteniendo siempre la misma respuesta de parte de la niña.

La menor fue coherente y consistente en todo su relato en manifestar que el acusado la tocaba en la vagina, entre otras partes de su cuerpo, con la lengua.

Desde ese punto de vista, para la Sala no quedó lo suficientemente claro si el acusado accedió a la vagina de la menor con su lengua. Por lo menos una cosa quedó clara, el procesado tocó la vagina y otras partes del cuerpo de la menor con su lengua y esa información no fue desvirtuada por la defensa en el interrogatorio cruzado ni controvertida en sede de apelación.

Ahora bien, dando alcance al artículo 212 de Código Penal –definición de acceso carnal–⁸la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el concepto jurídico de vía vaginal difiere, por ser más amplio y comprensivo, del concepto estrictamente anatómico de vagina o conducto vaginal⁹.

En ese entendido, el acceso carnal se configura con la penetración parcial del miembro viril, o cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto, en la vagina, *“comprendida ésta en su estructura integral, más no exclusivamente como el conducto vaginal”*¹⁰.

⁸ **Acceso carnal.** Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

⁹ CSJ SP, 22 mar. 2017, rad. 44441.

¹⁰ CSJ, SP 25 de septiembre de 2013, rad. 41057.

La definición de vía vaginal dada por la Corte “no contempla que el acceso carnal tenga que ser propiamente por la vagina, sino vía vaginal, descripción que obedece a que el ingreso a ese punto ya implica atravesar los órganos genitales externos de la mujer”¹¹.

Al respecto ha dicho la Sala de Casación Penal que:¹²

“De ahí que en la mencionada providencia con radicado 44441, basada en la doctrina y a partir de la jurisprudencia nacional y española, se haya puntualizado que cuando la introducción del miembro viril, o de cualquier otra parte del cuerpo del agente u objeto, «franquea la apertura vulvar», o atraviesa las estructuras genitales externas, se configura el acceso carnal, y se entiende que el sujeto activo ha ido más allá del tocamiento externo de los genitales femeninos, que configuraría un acto sexual diverso del acceso carnal.

Y, para el caso el acceso por las vías bucal o anal se materializa, en el primer caso, con la introducción del miembro viril en la boca, esto es, cuando aquél traspasa la línea de los labios, o, en el segundo, cuando el miembro masculino, o cualquier otra parte del cuerpo u objeto, lo hace en la apertura anal”.

En este caso, como se dijo, no hubo un señalamiento directo ni espontáneo de la menor de un presunto acceso carnal por parte del acusado a través de su lengua en el área vaginal. No se demostró que el acusado con su lengua lograra “atravesar las estructuras genitales externas” de la menor.

Cabe advertir que solo con el testimonio de la víctima es posible afianzar la certidumbre de una sentencia de condena dado que según el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, lo que es esencial y determinante es que proporcione credibilidad y certeza en virtud del rigor e imperioso de las reglas de la sana crítica¹³. Para el presente asunto se tiene que la versión que la menor rindió en el juicio sobre los hechos constitutivos de actos sexuales

¹¹ Así se precisó en CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 41948,

¹² CSJ SP 1799 de 2021, rad. 49360

¹³ CSJ, SP, 1 jul. 2017, rad. 46165.

abusivos en su contra es coherente, creíble y suficiente y no fue desvirtuada por la defensa y permite edificar el reproche penal en contra del señor BLADIMIR ARISTIZÁBAL JIMÉNEZ.

De otro lado, la primera instancia adujo que la condena por el delito de acceso carnal abusivo se respaldaba con la declaración del médico legista Carlos Alberto Aníbal Hernández, quien dijo que encontró en la menor un himen atenuado con cambio a nivel del borde libre lo que es consistente con una penetración vaginal, que la membrana himeneal para el momento del examen sexológico presentaba pérdida de su altura por debajo de las 3 y 9 horas, según cuadrantes del reloj en posición ginecológica y que, además se observó la cicatriz en forma de V de un desgarró parcial antiguo, es decir que hubo invasión dentro de los órganos genitales femeninos a nivel interno de la menor, inclusive. Sin embargo, adujo el médico no conocer casos donde a través del sexo oral o con la lengua se haya roto el himen.

Si bien no toda penetración supone necesariamente la desfloración del himen ni la ausencia de huellas o cicatrices perceptibles en el área genital desvirtúa que haya existido una invasión de la esfera corporal íntima de la víctima, lo cierto es que en este caso a partir del testimonio de la menor, no se demostró que el acusado haya invadido o penetrado así sea de forma mínima su vagina.

En todo caso, fue el mismo médico legista quien adujo no conocer casos donde a través del sexo oral o con la lengua se haya roto el himen, situación que desvirtúa aun más la condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Con todo lo anterior, no hay duda de que la conducta punible que se demostró en este caso es la de actos sexuales con menor de 14 años y que el acusado fue su autor, aspectos que no fueron controvertidos por la defensa

ni en el interrogatorio cruzado realizado a la víctima ni en sede del recurso de apelación.

Cabe anotar que en este asunto no se acreditaron circunstancias que excluyan la responsabilidad del procesado o que la atenúen en el ámbito del injusto o de la culpabilidad.

No obstante, aunque la Fiscalía solicitó forma alternativa, en caso que no se diera por acceso carnal, condena en contra del señor BLADIMIR ARISTIZÁBAL JIMÉNEZ en calidad de autor de la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo agravado según el numeral 5 del artículo 211 del C.P., en la medida en que la menor manifestó siempre que fue objeto de varios tocamientos en sus partes íntimas, no se demostró en cuantas veces la niña fue abusada sexualmente por el esposo de su abuela.

Sin embargo, de acuerdo con el testimonio de la niña, no queda duda para la Sala que por lo menos el abuso al que fue sometida por parte del acusado se realizó en más de una oportunidad, al menos dos, por lo que al momento de determinar la pena a imponer, se incrementará la sanción en otro tanto.

De otro lado, la condena se realizará por el tipo básico sin la circunstancia de agravación punitiva acusada, esto es, la prevista en el numeral 5 del artículo 211 del C.P, pues la Fiscalía no demostró a qué circunstancia de las previstas en dicha normativa se refería. Esto es, no quedó acreditado si el acusado, realizó la conducta *“sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la*

afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre”, sin que corresponda a la judicatura deducirla.

Siendo así, la Sala modificará la sentencia de condena apelada y, en su lugar, condenará al señor BLADIMIR ARISTIZÁBAL JIMÉNEZ como autor penalmente responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo con otro acto más.

DETERMINACIÓN DE LA PENA

No obstante que la condena será por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, no por acceso carnal violento, es preciso llamar la atención de la primera instancia para que a futuro realice con rigor el proceso de determinación de las penas puesto que, en este asunto, en razón del concurso homogéneo de acceso carnal abusivo por el que condenó al señor Aristizábal Jiménez incrementó un monto de pena que no fue debidamente motivado, en la medida en que no estableció en el fallo por cuántos eventos de conductas sexuales abusivas se procedía.

Ahora bien, la conducta punible por la que se solicitó condena y efectivamente se condenará en segunda instancia al señor BLADIMIR ARISTIZÁBAL JIMÉNEZ, prevista en el artículo 209 del C.P. prevé como límites punitivos para el delito de actos sexuales con menor de 14 años entre 9 y 13 años o lo que es igual en meses de 108 a 156.

En cumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 61 del C.P. se dividirá el ámbito punitivo de movilidad en cuartos así:

Primer Cuarto	cuartos medios	Último Cuarto
108 meses a 120	120 meses y 1 día	144 meses y 1 día

meses y 1 día de prisión	a 144 meses y 1 días día de prisión	a 156 meses de prisión
-----------------------------	---	---------------------------

De conformidad con el inciso segundo del artículo 61 y dado que la fiscalía no dedujo en su acusación circunstancias de mayor punibilidad deberá moverse dentro del cuarto mínimo.

Como no concurren los criterios previstos en el inciso tercero de la misma disposición, la pena por este delito se fijará en el límite inferior del cuarto mínimo ciento ocho (108) meses de prisión. Por el concurso de un acto sexual abusivo se incrementará la pena en seis (6) meses para un total de ciento veinte (114) meses de prisión.

Se impondrá al sentenciado la inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

MECANISMOS SUSTITUTIVOS Y SUBROGADOS PENALES

Teniendo en cuenta que la condena se impone a BLADIMIR ARISTIZÁBAL JIMÉNEZ por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, en virtud de lo consagrado en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, no es procedente reconocer en su favor la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria de que trata los artículo 63, 38 y 38B del Código Penal, respectivamente, en tanto la víctima es menor y la sentencia se emite por un delito cometido en contra de la libertad y formación sexual de un menor de edad.

SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONDENADO

Se dispone que la pena impuesta en esta sentencia sea cumplida por el procesado en establecimiento carcelario. Por ello, se ordenará mantener vigente la medida de aseguramiento intramural impuesta al mismo, para fines de cumplimiento de la pena de prisión.

De lo anterior, se le informará a las distintas autoridades de policía judicial y al INPEC, para los fines legales pertinentes.

En mérito de lo expuesto LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia, objeto de apelación proferida el 30 de abril de 2021, mediante la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó Antioquia condenó al señor BLADIMIR ARISTIZÁBAL JIMÉNEZ como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

SEGUNDO: CONDENAR a **Bladimir Aristizábal Jiménez**, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, a la pena principal privativa de la libertad de **ciento veinte (120) meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso con otro acto, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la decisión.

TERCERO: IMPONERLE la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad.

CUARTO: Se dispone que la pena impuesta en esta sentencia sea cumplida por el procesado en establecimiento carcelario. Por ello, se ordenará mantener vigente la medida de aseguramiento intramural impuesta al mismo, para fines de cumplimiento de la pena de prisión.

En lo demás, se confirma la sentencia recurrida.

QUINTO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada
Con salvamento de voto

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **33376ff46437a0fd3b9caab196e2129f06cec37cc3082bfd90d010d018995a39**

Documento generado en 07/02/2023 01:39:33 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 05615 60 00364 2022 00094-00 (2022-2021-3)
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Procesado: MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA
ASUNTO: Apelación sentencia
Decisión: Confirma
Acta y fecha: N° 016, enero 23 de 2023

Medellín, veintitrés (23) de enero de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO POR DECIDIR

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria proferida el primero de noviembre de 2022, mediante la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, condenó anticipadamente a la señora MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA.

HECHOS

Según la sentencia de primera instancia:

“El día 14 de marzo de 2022, a eso de las 17:15 horas, mientras policías de vigilancia realizaban labores de patrullaje y control en el Aeropuerto José María Córdoba de Rionegro, en la entrada de la puerta N°4 se observa una ciudadana a quien se le solicita un registro personal, al realizar dicho registro se le palpa algo extraño adherido al dorso, al indagarle sobre lo que tiene adherido manifiesta llevar unas bolsas, procediendo a entregar voluntariamente 06 plantillas compresas transparentes, que al verificar su contenido se observa una sustancia verdosa que por sus características de olor,

color y textura se asemejan a la marihuana; esta persona se identificó como MONICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA (...)

Al día siguiente, 15 de marzo de 2022 siendo las 17:40 horas, en las instalaciones del CTI Rionegro donde se encuentra detenida la señora MONICA PATRICIA, encuentran en el baño de mujeres dentro del tanque del sanitario, 01 elemento de forma cilíndrica de aproximadamente 15 cm de largo, forrado en papel chicle transparente y cinta adhesiva de color negro, conteniendo este entre las capas del papel chicle manchas de color rojo con características similares al fluido corporal sangre, al ser abierto de manera minuciosa se observa en su interior material vegetal de color verde con características similares a la marihuana, motivo por el cual se cuestiona las mujeres que han sido atendidas en dicha unidad quienes han hecho uso del servicio sanitario, recordando que la señora MONICA PATRICIA DAVID SEPULVEDA mientras se le estaban realizando los actos urgentes, manifestó que necesitaba con urgencia entrar al baño, la misma se veía caminando incómoda por lo que se accedió a facilitarle el servicio sanitario, siendo ésta la única mujer atendida en el transcurso del día que haya usado el baño.

Posteriormente a realizar la prueba de PIPH se estableció por parte del perito del CTI que el total de la sustancia incautada, da un peso neto total de 1.228,2 gramos positivos para cannabis (marihuana) y sus derivados”.

ANTECEDENTES PROCESALES

Luego de legalizar la captura de MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA, el 15 de marzo de 2022, ante el Juez Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Rio Negro, Antioquia, la fiscalía le imputó cargos en calidad de autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrito y sancionado en el inciso 3 del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, cargos que no aceptó la imputada.

Presentado el escrito de acusación, mediante reparto, el asunto fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Rio Negro, Antioquia. Este despacho judicial adelantó la audiencia de acusación el 22 de junio de 2022, oportunidad en la cual la fiscalía acusó a MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA conforme a los cargos factico y jurídicos de la imputación.

Posteriormente, entre la fiscalía y la defensa material y técnica celebraron un preacuerdo. La negociación consistió en que la acusada MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA aceptaba los cargos a ella formulados en calidad de autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrito y sancionado en el inciso 3 del artículo 376 de la Ley 599 de 2000; a cambio, la fiscalía le otorgaba la rebaja punitiva prevista en el inciso segundo del artículo 30 ibidem para los cómplices; además, la tasaron la pena de prisión en 52 meses y la multa en 67 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Luego de verificada por parte del A quo la renuncia expresada por la procesada MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA de las garantías a guardar silencio y al juicio oral, de acuerdo con el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, el juzgado impartió aprobación al preacuerdo, tras considerarlo ajustado a la legalidad.

En desarrollo de la audiencia de individualización de la pena según el artículo 447 del C.P.P., la defensa pidió que se concediera a su representada la prisión domiciliaria de la ley 750 de 2002¹, luego de considerar demostrados los requisitos que para el efecto exige el artículo 1 de la Ley 750 de 2002.

FALLO IMPUGNADO²

El Juzgado, luego de considerar demostrados los requisitos de la condena exigidos en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, emitió sentencia de condena en contra de la señora MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA, acatando en su integridad los términos de la negociación, por lo que la declaró responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrito y sancionado en el inciso 3 del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en

¹ A partir del minuto 00:02:22 registro de audio del 21 de octubre de 2022

² PDF 22

calidad de autora, y como consecuencia de ello le impuso 52 meses de prisión y 67 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

Además, negó a la señora MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria -artículo 63 y 38 y 38B del Código Penal- principalmente porque el delito tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se halla enlistado en el inciso segundo del artículo 68 A ibidem.

También, negó la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia postulada por la defensa, habida consideración que no se reunían los requisitos consagrados en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002, más concretamente, en tanto si bien se demostró que MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA era madre de un menor de edad de 10 años, no se acreditó la ausencia de familia extensa que estuviera en posibilidad de hacerse cargo de los cuidados y manutención del menor, mientras la progenitora permaneciera privada de la libertad, pues esta tenía otro hijo de 20 años y contaba con la abuela materna, respecto de quienes nada se dijo sobre una circunstancia que impidiera asumir la custodia del infante.

LA IMPUGNACIÓN

La defensa, inconforme con la anterior determinación la apeló.

Adujo que la sentenciada MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA es madre de un menor de 10 años, y desde su nacimiento ha sido la encargada de su cuidado emocional y del sustento económico.

Con la declaración de la señora Damaris del Socorro Peláez López se demostró que MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA cumple con todos los requisitos que le exigen la condición de madre cabeza de familia.

El resto del extenso escrito de sustentación del recurso de apelación lo dedicó a citar conceptos y disposiciones jurídicas atientes a la importancia de la familia y de la protección e interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Pidió que se modifique la sentencia recurrida y se conceda a su representada la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para resolver la apelación de conformidad con el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, ya que la providencia confutada fue proferida por un juzgado penal del circuito.

A partir de los planteamientos de los recurrentes, estima la Sala verificar si la procesada MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA es merecedora del sustituto penal de la prisión domiciliaria por ser madre cabeza de familia.

La Ley 750 de 2002 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a través de las sentencias C - 184 de 2003 y C - 154 de 2007, han desarrollado el concepto de madre cabeza de familia. Esa calidad, en criterio del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, puede ser reconocida también al padre que se encuentra en similares circunstancias que las de la mujer.

Así, quien alegue la condición de miembro cabeza de familia, acorde con el artículo 2 de la Ley 83 de 1993, debe probar:

(i) Que tiene a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar.

Que esa responsabilidad es de carácter permanente.

(ii) No solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga al cumplimiento de sus obligaciones como padre / madre.

(iii) Que la pareja no se arrogue la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo realmente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es elemental, la muerte.

(iv) Que haya una falta sustancial de ayuda de los restantes miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Sobre el tema concluyó la citada Corporación en la SU 388 DE 2005: *“Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia...”*

El beneficio de la prisión domiciliaria por la calidad de padre o madre cabeza de familia tiene su génesis en la protección de los derechos de los niños.

En el caso en particular, la defensa solicitó la medida sustitutiva en favor de su procurada MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA, para lo cual aportó, entre otros elementos, una declaración extra proceso rendida por la señora Cindy Carolina Correa González³, amiga de la antes mencionada, donde manifestó que la procesada tenía dos hijos, uno de ellos menor de edad; además, que era ella quien asumía la atención de las necesidades económicas y emocionales de los dos descendientes. Asimismo, que en relación con la mantención del menor no contaba con el apoyo económico del padre del menor ni de otro integrante de la familia.

³ PDF 17

También declaró Damaris del Socorro Peláez López⁴, suegra de la sentenciada, quien ofreció una versión jurada similar a la ofrecida por Cindy Carolina Correa González.

Como ya se dijo, la jurisprudencia ha determinado que no solo por el hecho de que el menor dependa económicamente del condenado puede predicarse de este la calidad de cabeza de familia; para ello, se requiere probar la total desprotección del menor, y en este caso no concurre tal presupuesto porque ninguna prueba hay de que la abuela, padre, hermano o algún familiar cercano al hijo menor de edad de la procesada estén en incapacidad de proteger al pequeño durante el cautiverio de su progenitora.

En síntesis, más allá de señalar que MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA responde económicamente por sus hijos lo prudente era acreditar la razón por la cual ella y solo ella puede prodigar la protección que necesita el menor. El reconocimiento de la calidad de miembro cabeza de familia implica algo más que demostrar que se es padre de un menor, como ya se dijo, es necesario argumentar con claridad y probar, por algún medio, el manifiesto estado de desprotección de los menores en caso de que su progenitora sea reclusa. Se trata de presentar, junto con los elementos materiales probatorios, argumentos sólidos y explicaciones coherentes que se acompañen con las pruebas que se adjuntan.

En ese orden de ideas, considera la Sala que el juez *A quo* acertó al negar a MÓNICA PATRICIA DAVID SEPÚLVEDA el sustituto penal de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia; en consecuencia, se confirmará el fallo confutado.

⁴ PDF 18

Lo anterior, no obsta para que ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad encargado de la vigilancia del cumplimiento de la pena, se solicite nuevamente, y con la acreditación de los requisitos que la ley procesal exige, la prisión domiciliaria en virtud de la calidad alegada en este asunto.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza, fecha y origen, en lo que fue objeto de apelación, acorde con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes, significándoles que contra la presente procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

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

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

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

Código de verificación: **263429b9cde74907499ba98ba08ce3eb755e4e4f27420f7543238a8dbc8414a4**

Documento generado en 07/02/2023 01:39:25 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 15 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio Ley 906 de 2004 – decisión de plano
Asunto	Impedimento – causal 6 artículo 56 C.P.P.
Radicado	05-001-60-00000-2019-01558 (N.I. TSA 2023-0240-5)
Decisión	Infundado

ASUNTO

Procede esta Sala, conforme al artículo 57 de la Ley 906 de 2004, a resolver de plano el impedimento propuesto por el Juez Promiscuo del Circuito de Amagá – Antioquia, amparado en en la causal 6 del artículo 56 *ibídem*, para continuar fungiendo como Juez de conocimiento en el presente asunto.

ANTECEDENTES RELEVANTES

Mediante auto del 4 de agosto del año 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, al resolver la apelación contra la sentencia

condenatoria de primera instancia, declaró la nulidad de la actuación desde la formulación de acusación para que se presentaran en debida forma los hechos jurídicamente relevantes.¹

El 3 de febrero del año 2023, sin haberse practicado la audiencia de acusación, el Juez Promiscuo del Circuito de Amagá, amparado en la hipótesis contenida en la causal 6 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, en concreto, “*que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso*”, se declaró impedido para conocer del proceso adelantado en contra de LUIS FERNANDO PÉREZ USMA por los delitos tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de muebles o inmuebles.

Para sustentar tal decisión sostuvo que, antes de la nulidad declarada por el Tribunal, anticipó su juicio sobre la materialidad de los delitos y la responsabilidad del procesado, además, porque en el nuevo escrito de acusación se dio traslado de los mismos elementos de convicción presentados en la primera oportunidad.

En razón de ello, remitió el proceso al Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí - Antioquia, autoridad que, mediante auto del 14 de febrero del 2023, no aceptó el referido impedimento al considerar que: (i) no se dio el trámite adecuado a la “*definición de competencia*”, artículo 54 del C.P.P., pues debió manifestar el *impedimento* en audiencia, (ii) su homólogo de Amagá ya asumió el conocimiento del asunto, así no haya llevado a cabo la audiencia de acusación, y (iii) la causal invocada no se configura. La nulidad declarada lleva a que el caso sea conocido nuevamente por el mismo Juez en razón de sus funciones, por lo tanto, no se observa que haya comprometido su imparcialidad.

En consecuencia, envió las diligencias a esta Corporación para que se defina la controversia suscitada.

¹ Radicado interno 2021-0855, M.P. Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dado que el Juez Promiscuo del Circuito de Amagá manifestó un impedimento para asumir el conocimiento de esta actuación, el mismo que no fue aceptado por el Juez Promiscuo del Circuito de Titiribí, esta Sala decidirá si efectivamente aquel funcionario se encuentra incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 6 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004. Se anuncia desde ya que el impedimento planteado resulta infundado.

Para soportar debidamente tal anuncio se precisa que el trámite que se debe dar al asunto es el del artículo 57 del C.P.P. y no el del artículo 54 *ibídem*, como desacertadamente refiere el Juez de Titiribí, pues esta última norma regula la definición de competencia, tema sustancialmente diferente al de los impedimentos, que es lo que ahora nos convoca.

Retomando, la causal sobre la que se desarrollará el análisis es la aducida por el Juez de Amagá, referida párrafos atrás, la cual dispone:

“Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.”.

Nótese que el Juez citó la normal y transcribió parte de ella, a saber, *“que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso”*,² pero no precisó cuál

² Folio 3, archivo “83Autolmpedimento”.

de estas dos hipótesis, contenidas en esta causal, es la que considera se estructura en su caso.

Ahora, es claro que como no se le pidió revisar una decisión suya, la única opción plausible es que *“hubiere participado dentro del proceso”*.

En relación a esta particular tesis, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que esta se presenta únicamente al interior del mismo proceso, y cuando se trate de una intervención sustancial que tenga la entidad suficiente para comprometer realmente la transparencia, rectitud, objetividad, imparcialidad y ecuanimidad de quien obra como Juez.³

La misma alta Corporación ha destacado que cuando el funcionario deba asumir el conocimiento del asunto conforme a sus competencias funcionales y en atención a diferentes actos procesales, como lo es en este caso una declaratoria de nulidad que se adoptó al resolver la apelación en contra de la sentencia de primera instancia, no necesariamente debe declararse impedido. A propósito, la Corte sostuvo:

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

(...)

³ Vease entre otras, SP CSJ radicados 55143 del 2 de febrero de 2022, AP228-2022, M.P. Gerson Chaverra Castro, 56889 del 24 de junio de 2021, AP2526-2121 del mismo ponente, 60163 del 6 de octubre de 2021, AP4699-2021, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán, 55631 del 24 de julio de 2019, AP2986-2019, M.P. Guillermo Salazar Otero, y 56609 del 26 de febrero de 2020, AP640-2020 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

*Entonces, que en pretérita oportunidad el Juez haya conocido de la actuación, en este caso en concreto, no le impide anunciar el sentido del fallo y emitir la sentencia de primera instancia."*⁴

Nótese que, pese a que el Juez Promiscuo del Circuito de Amagá adoptó una sentencia que se vio afectada por la nulidad declarada por este Tribunal, y aun cuando la fiscalía descubrió similares elementos a los que descubriera anteriormente, lo cierto es que no se ha llevado a cabo el juicio oral, escenario donde se practicarán e incorporarán las pruebas del proceso, siendo exclusivamente estas las que debe valorar el Juez al momento de proferir el fallo que corresponda.

En otras palabras, la nulidad decretada le impone asumir el asunto desde la acusación, de modo que la información que realmente deberá tener en cuenta al momento de resolver el caso, será la practicada en el debate público. Siendo así, es claro que su objetividad no se encuentra en entredicho.

Ahora, su proceder al adoptar la providencia afectada con la nulidad, era el propio de sus funciones sin que ello implicara, en estricto sentido, una participación dentro del proceso que afectara su imparcialidad.

Sin necesidad de más consideraciones, se declarará infundado el impedimento manifestado por el Juez Promiscuo del Circuito de Amagá – Antioquia, quien en consecuencia, no se debe sustraer del conocimiento del asunto.

Finalmente, cabe advertir que la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa

⁴ SP CSJ radicado 55433 del 12 de junio de 2019, AP2297-2019, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

de acuerdo a la aceptación del contenido de la providencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Por lo anterior, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el impedimento propuesto por el Juez Promiscuo del Circuito de Amagá - Antioquia.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE la actuación al Juzgado de origen para lo de su competencia.

TERCERO: Se comunicará lo resuelto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí - Antioquia.

Contra esta decisión no proceden recursos.

CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **7f11af368c3e0ff3ad3b8f7f71eaf629e6aa083761f6bbc8798752b459b58a2**

Documento generado en 21/02/2023 02:56:30 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, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 14

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05 001 6099150202100299(N.I TSA 2022-1303-4-5) Descongestión Despacho 3
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la decisión proferida en el curso de la audiencia preparatoria que se adelanta en contra de Gabriel Andrés González Rivero en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P., Ley 906 de 2004.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Según se extrae de la acusación: El señor Gabriel Andrés González Rivero accedió carnalmente de forma violenta a la adolescente, su hija, S.I.G. el 1° de marzo de 2020 en horas de la noche en una finca ubicada en el municipio de Santa Fe de Antioquia- (Ant.).

El 1 de septiembre de 2022 en el desarrollo de la audiencia preparatoria fueron presentadas las solicitudes probatorias de la defensa. En lo que interesa en este asunto, el Juez resolvió no decretar la testigo víctima S.I.G. ya que la propia fiscalía decidió no llevarla a juicio como prueba de cargo dado que se alegó que la víctima intentó suicidarse por razón de los hechos del proceso. Se negó la prueba en protección de la vida de la víctima.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la Defensa interpuso y sustentó el recurso de reposición en subsidio de apelación. Sus razones son esencialmente fueron las siguientes:

Que el Juzgado acogió los argumentos de la fiscalía para que la víctima no comparezca como testigo, sin percatarse que la víctima S.I.G. ya es mayor de edad. Advierte que no se dieron a conocer los elementos de juicio que permitan establecer que la testigo pueda estar en riesgo si comparece a juicio oral. Alega que su presencia es necesaria no solo para la teoría del caso de la defensa sino para el esclarecimiento de los actos como testigo directo de ellos.

Sujetos no recurrentes

La fiscalía solicita se confirme la decisión. Estima que más allá de la edad de la víctima prevalece la necesidad de preservar su vida ante la posibilidad del riesgo por su comparecencia a juicio oral. Recuerda que uno de los temas propuestos para solicitar otros testigos fue establecer la razón por la que aquella intentó quitarse su vida. Además se solicitó como prueba testimonios médicos para establecer esa misma circunstancia.

CONSIDERACIONES

La Sala definirá la inconformidad del recurrente estrictamente en el punto cuestionado en aplicación de la limitación del recurso de apelación. Se deberá determinar si la decisión del Juez de negar el testimonio de S.I.G. atendió los criterios legales y jurisprudenciales previstos para el efecto. La Sala confirmará el auto impugnado, por las siguientes razones:

Las razones otorgadas por la fiscalía para no llevar a juicio a la víctima son suficientemente razonables. De por medio está la salud de la testigo, más allá de su edad actual, es claro que el hecho en el que - se afirma- se vio involucrada la víctima cuando era menor de edad, puede resultar en detrimento de su bienestar.

El criterio que habilita la ley para permitir la incorporación de prueba de referencia, si bien no se corresponde directamente con el requisito del literal e. del artículo 438 en atención a que la declarante ya es

mayor de edad, en cambio, sí encuadra en la indisponibilidad del testigo, previsto en el literal b. por evento similar.¹

En estas condiciones si la fiscalía a quien le convendría la comparecencia personal de la testigo más directa de los hechos, decide privilegiar la salud de la víctima dada la especial naturaleza del asunto y los efectos que, al parecer, han incidido en la salud, es apenas una consecuencia necesaria que se evite su comparecencia reclamada por la contraparte, quien, eventualmente, incluso podría verse favorecida ante la necesidad que tendrá la acusación de superar el carácter referencial de las versiones no rendidas en juicio oral de las que se servirá la acusación, según las pruebas ya decretadas. Acertó el Juez en su decisión.

Por lo anterior, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA** en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

CONFIRMAR la decisión apelada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

¹ CSJ Sala Penal 41390 de 2014 “A pesar de la taxatividad contemplada en el precepto, el literal b) admite como prueba de referencia la declaración de quien es víctima de un evento similar al secuestro o desaparición forzada. Esta previsión ha permitido a la Sala entender que **“el legislador introdujo una excepción residual de carácter discrecional, que le permite al juez decidir potestativamente sobre la admisión de pruebas de referencia en casos distintos de los allí previstos, cuando se esté frente a eventos similares.**

No obstante, en la decisión precedentemente citada la Corte estimó que esa potestad discrecional del juzgador no es absoluta sino que está limitada por la sistemática del precepto, de manera que los eventos similares deben referirse a “situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y **que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas,** como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **5382de0e3e32fb4c5179431e5e6140c9ef42b370517f1b1ebe51d5598ef2305d**

Documento generado en 19/02/2023 10:04:32 PM

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

Medellín febrero 20 del 2023

Toda vez que la sentencia emitida dentro de la actuación radicada al número 2022- 1654-fue aprobadas el por la Sala de decisión que preside el suscrito magistrado lo procedente es entrar a señalar día y hora para la audiencia de lectura de la aludida providencia, para el próximo 27 de febrero a las 10 A,M

CUPLASE

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **68bfefabce3e316a37ac9df22209806aefc738fa9ba330f673b2ea2379b72e1c**

Documento generado en 20/02/2023 03:00:48 PM

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

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