

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 093

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 |
|------------------|------------------------|--|---|--|-------------------|
| 2023-0843-1 | Tutela 1º instancia | JHON JAIRO LEDESMA OCHOA | JUZGADO 3° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS | Concede derechos invocados | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0693-1 | auto ley 906 | TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES | JUAN ESTEBAN POTES VALOYES Y OTRO | Fija fecha de publicidad de providencia | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0787-1 | Tutela 2º instancia | PABLO ANTONIO CHAVERRA ANDRADE | COLPENSIONES Y OTROS | Confirma fallo de 1º instancia | Mayo 30 de 2023 |
| 2022-1660-2 | sentencia 2º instancia | FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO | ÁLVARO DIEGO IDÁRRAGA Y OTRO | Confirma sentencia de 1º Instancia | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0827-3 | Tutela 1º instancia | GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO | JUZGADO 3º PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO ANTIOQUIA Y OTROS | Niega por improcedente | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0245-3 | auto ley 906 | HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO | ÁNGELA CRISTINA VALENCIA RAMÍREZ Y OTROS. | Revoca auto de 1º instancia | Mayo 30 de 2023 |
| 2022-1385-3 | auto ley 906 | ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS | ARNEY OCTAVIO DUQUE RENDÓN | Rechaza de plano recurso | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0613-3 | auto ley 906 | CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO | LUIS FELIPE RIVERA TORRES | Se abstiene de resolver recurso de apelación | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0494-3 | auto ley 906 | ESTAFA Y OTROS | MARCELINO TOBÓN TOBÓN Y OTRO | confirma auto de 1º Instancia | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0547-3 | auto ley 906 | CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO | YEFERSON STIVEN BONILLA BEDOYA Y OTROS | Modifica auto de 1º instancia | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0665-3 | auto ley 906 | ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS | JHON JAIRO TORRES ZAPATA | Modifica auto de 1º instancia | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0517-3 | auto ley 906 | TENTATIVA DE HOMICIDIO | GUILLERMO LEÓN CASTAÑEDA GÓMEZ | Fija fecha de publicidad de providencia | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0883-4 | Decision de Plano | ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS | SERGIO ANTONIO AGUDELO MARTÍNEZ | Declara infundado impedimento | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0836-4 | Tutela 1º instancia | YOANY ÁLVAREZ LONDOÑO | JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS | Deniega por hecho superado | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0702-4 | Tutela 2º instancia | JUAN PABLO MONCADA CARVAJAL | NUEVA EPS Y OTROS | Confirma fallo de 1º instancia | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0677-5 | Tutela 1º instancia | ALEXANDER GÓEZ | JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS | Concede recurso de apelacion | Mayo 30 de 2023 |

| | | | | | |
|-------------|------------------------|--|--|---|-----------------|
| 2023-0819-6 | Tutela 1º instancia | GUILLERMO DE JESÚS HINCAPIÉ HERRERA | FISCALIA 111 SECCIONAL DE MARINILLA Y OTROS | Concede derechos invocados | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0828-6 | Tutela 1º instancia | LUIS GUILLERMO JARAMILLO MONTOYA | JUZGADO 1º PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS | Deniega por hecho superado | Mayo 30 de 2023 |
| 2022-2000-6 | Auto ley 906 | ACCESO CARNAL VIOLENTO | JHON FREDYS CARVAJAL MENDOZ | Concede recurso de casación | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0110-6 | sentencia 2º instancia | HOMICIDIO AGRAVADO Y O | FRANCISCO MANUEL PITALUA CONTRERAS | Revoca sentencia de 1º instancia | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0814-6 | auto ley 906 | SUMINISTRO A MENOR | YEISON ESTIVEN MARIN SANCHEZ Y OTROS | Decreta nulidad | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0806-6 | auto ley 906 | CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO | GABRIEL MUÑOZ RAMIREZ Y OTROS | Modifica auto de 1º instancia | Mayo 30 de 2023 |
| 2023-0431-5 | sentencia 2º instancia | ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS | WILSON DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ | Fija fecha de publicidad de providencia | Mayo 30 de 2023 |
| 2022-0889-4 | sentencia 2º instancia | ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS | JOHN ORLANDO FERNÁNDEZ | modifica sentencia de 1º instancia | Mayo 30 de 2023 |

FIJADO, HOY 31 DE MAYO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 102

PROCESO : 05000-22-04-000-2023-00244 (2023-0843- 1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JHON JAIRO LEDESMA OCHOA
ACCIONADO : JUZGADO TERCERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE
SEGURIDAD DE ANTIOQUIA
PROVIDENCIA: FALLO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA.

=====

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor JHON JAIRO LEDESMA OCHOA, en contra del JUZGADO TERCERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, por la presunta vulneración al derecho fundamental de petición y debido proceso.

Se vinculó al trámite de manera oficiosa al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE BELLAVISTA, CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN, ANTIOQUIA, y el JUZGADO QUINTO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN.

LA DEMANDA

Manifestó el accionante que el 29 de mayo del 2021 fue capturado

después de un allanamiento en su casa en la vereda La Linda del municipio de Pueblorrico estando en compañía de su esposa y sus hijos hallando en la parte de afuera de su vivienda al interior del tanque de gasolina de una motocicleta una dosis de 18 gramos de perico.

Afirmó que, desde el 19 de mayo de 2021 hasta el 12 de mayo de 2023, estuvo retenido en el calabozo de la estación de policía de Pueblorrico, en condiciones inhumanas, fecha en la cual fue trasladado a la cárcel de Bellavista lejos de su familia y sin los medicamentos que debe tomar para una afección cardíaca que viene sufriendo desde que fue detenido.

Expresó que fue condenado mediante preacuerdo celebrado con la Fiscalía General de la Nación el 31 de octubre de 2022 a la pena de 26 meses de prisión, verificado por el Juzgado 1° Promiscuo del Circuito de Jericó, la pena es vigilada por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Dijo que el 4 de noviembre de 2022 por intermedio de su apoderado hizo llegar la solicitud de libertad condicional, ya que para la fecha de la verificación del preacuerdo ya cumplía con los requisitos subjetivos y objetivos, por tratarse de una cantidad menor, aunado a la ausencia de antecedentes penales.

Aseguró que hasta la fecha el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad no ha tomado una decisión sobre lo peticionado, aun cuando a la fecha ya se ha cumplido, en especial lo que tiene que ver con el aspecto objetivo, pues al día de hoy ha pagado de manera física sin oportunidad ni siquiera de redimir, 24

meses de los 26 meses que le impusieron.

Por último, solicitó que se ordene al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, pronunciarse de fondo sobre la solicitud enviada desde el 4 de noviembre de 2022.

LAS RESPUESTAS

1.- La Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Bello, manifestó que revisada la plataforma SISIPPEC WEB que opera a nivel nacional y los archivos físicos del Establecimiento, ese PPL tiene una fecha de captura de 19/05/2021, e ingreso a ese Establecimiento el 11/05/2023 a razón del proceso No 05001 60 00000 2021 00470 por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, condenado a 26 meses, con boleta de encarcelamiento No 270 del 31/10/2022, emanada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó, pena que vigila el Juzgado 3 de Ejecución de Penas de Antioquia.

Informó que el accionante tiene un requerimiento por parte del Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico- Antioquia, dentro del radicado 05001 60 99154 2021 0001 por los delitos de porte, tráfico de estupefacientes y fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, Juzgado que le emano medida de encarcelamiento intramural el 20/05/2021 en oficio No 081.

Aseguró que esa Dirección no es competente para conceder subrogados penales, por lo que ese ERON no está cuartando, cercenado ni violentando los derechos del accionante. Por lo que solicitó, se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y se desvincule de la actual acción constitucional al CPSMBEL.

2.- El Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia manifestó que el señor John Jairo Ledesma Ochoa fue condenado a la pena de 26 meses de prisión, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó, Antioquia, en sentencia emitida el 31 de octubre de 2022, al hallarlo penalmente responsable del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, dentro de las diligencias con CUI 05001 60 00000 2021 00470.

Afirmó que el Juzgado Fallador remitió el expediente digital para avocar conocimiento del asunto y ejercer la vigilancia de la pena, siendo el mismo radicado por parte del Centro de Servicios de esos Juzgados el 01 de noviembre del 2022 y repartido a ese Despacho a fin de avocar conocimiento; lo cual se realizó con auto N° 3140 del 22 de noviembre del 2022.

Aseveró que, como en el proceso reposaba que el penado estaba detenido según la cartilla en el penal de Jericó, pero una vez revisado el aplicativo web del SISIPPEC – INPEC, no se encontró allí reseñado, se hizo necesario pedir información a la Estación de Policía de Pueblorrico, Antioquia, mediante oficio N° 6385 del 06 de diciembre del 2022, reiterada el 06 de enero del presente año mediante oficio 013, pero solo hasta el 19 de enero de 2023 recibió la información requerida de la Estación de Policía de Pueblorrico, Antioquia, en la cual pudo ese Despacho aclarar que estaba detenido en dicha estación de Policía, así como los tiempos de detención del penado por cuenta de ese proceso.

Afirmó que, en el reparto del 08 de noviembre de 2022, se allegó solicitud del apoderado del condenado dirigida a concederle al condenado John Jairo Ledesma Ochoa la libertad condicional, pero

sin la documentación requerida para abordar el estudio de fondo de la misma, la cual, de acuerdo a lo regulado en el artículo 471 del Código de Procedimiento Penal, es la cartilla biográfica, la resolución favorable o desfavorable y la calificación de la conducta; no siendo solicitada dicha documentación al momento de presentarse la petición de libertad condicional, al no tenerse para los meses de noviembre y diciembre de 2022 claridad sobre el sitio de reclusión del condenado, el cual solo se pudo constatar hasta el 19 de enero de 2023.

Dijo que el abogado defensor el 19 de abril del 2023, presentó nuevamente la solicitud de libertad condicional a favor del condenado John Jairo Ledesma Ochoa, la cual entró al respectivo turno para resolver la misma, ello sin alterar el orden de llegada y considerando la alta carga laboral y la cantidad de solicitudes que por orden cronológico se resuelven diariamente en ese despacho. Sin embargo, en decisión emitida el 17 de mayo de 2023, este Despacho dispuso requerir al EPMSC de Bellavista, lugar en el cual se encuentra actualmente detenido Ledesma Ochoa, que aportara a la Judicatura la documentación necesaria para resolver al respecto, esto es, la cartilla biográfica, la resolución favorable o desfavorable y la calificación de la conducta, en razón a que a fin de resolver de fondo sobre el subrogado penal de la libertad condicional, se requiere que se aporte la calificación de conducta, la cartilla biográfica y la resolución favorable o desfavorable, requisitos necesarios e ineludibles que deben concurrir para decidirse de fondo el beneficio incoado.

Mencionó que tuvo conocimiento de que al penado se le asignó cupo en el INPEC y desde el pasado 11 de mayo fue trasladado para el

EPMSC de Bellavista, por lo que ese despacho en la fecha, a la par que dispuso requerir la documentación necesaria a dicho penal para resolver la libertad condicional, dispuso remitir el expediente por competencia para los Juzgados homólogos de Medellín (reparto), toda vez que perdió competencia para pronunciarse al respecto de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 y 42 de la Ley 906 de 2004, 79 y 81 de la Ley 600 de 2000, el acuerdo N° 054 de 1994 del Consejo Superior de la Judicatura y lo establecido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, preciso que entre el pasado 28 de febrero y el 23 de marzo, esos Juzgados no contaban con el oficial mayor de descongestión que venía laborando en el Juzgado, ello por supresión del cargo por parte del Consejo Superior de La Judicatura durante dicho lapso; por tal razón el Despacho en este momento, tiene un atraso en las respuestas de las solicitudes de aproximadamente un mes y medio.

3.- El Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, Antioquia, indicó que consultado el Sistema de Gestión se encontró que al señor Ledesma Ochoa, el Juzgado 05 de Ejecución de Penas y Medidas de Medellín, le vigila la pena impuesta bajo el radicado interno 2023E5-01862.

Resaltó que es el Juzgado quien resuelve las peticiones elevadas por los sentenciados. Por lo que no se advierte vulneración alguna a los derechos del señor Ledesma Ochoa por parte de ese Centro de Servicios, y solicitó excluir a esa dependencia del presente trámite.

4.- El Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín expresó que ese Despacho le vigila pena impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó - Antioquia, al ser hallado responsable de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, siendo condenado a las penas principales de 26 meses de prisión y multa de 0.8125 SMLMV; por hechos acaecidos el 19 de mayo de 2021, la sentencia cobro ejecutoria el 31 de octubre de 2022 y no le fue concedido ni la condena de ejecución condicional ni el beneficio de la prisión domiciliaria.

Dijo que el proceso fue radicado a través del centro de servicios de esos despachos el 19/05/2023, y avocó conocimiento de esa causa en la fecha, sin que advirtiera en el expediente digital solicitud de libertad condicional, al tener conocimiento de esa acción constitucional se procedió a solicitar al Establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Medellín, Bellavista, la remisión de cómputos y resolución favorable o no del prenombrado.

Solicitó no tutelar en contra de esa Dependencia, porque no vislumbra vulneración a ningún derecho fundamental, en virtud que en la fecha se emitió auto de sustanciación que se adjunta donde se entera al sentenciado que se está a la espera de que sea allegada la resolución favorable del centro carcelario para poder decidir sobre el subrogado, ya que se hace necesario contar con la resolución favorable del centro de reclusión que le vigila la condena, con la cual se advierte si se ha regido satisfactoriamente bajo los principios del sistema progresivo y el proceso de resocialización y de adaptación que ha tenido, para con ello entrar a analizar los demás requisitos.

Por último, mencionó que en estos momentos se requiere la

resolución favorable para entrar a estudiar todos los requisitos que se exigen para la concesión de la libertad condicional y el reintegro a la sociedad, debiendo continuar por el momento detenido. Por lo que solicitó que no prospere la acción de tutela.

LAS PRUEBAS

1.- La Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Bello, copia del oficio N° 270 del 31 de octubre de 2022 dirigido al Director EPMSC de Jericó procedente del Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó comunicando la sentencia proferida en contra del señor Jhon Jairo Ledesma Ochoa, copia del oficio N°081 del 20 de mayo de 2021 dirigido al Comandante Estación de Policía de Pueblorrico comunicando imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra del señor Jhon Jairo Ledesma Ochoa.

2.- El Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, adjunto copia del auto de sustanciación N° 0810 que remite por competencia del 17 de mayo de 2023 y copia del oficio N° 1864 del 17 de mayo de 2023 dirigido al Establecimiento Penitenciario solicitando documentación necesaria para resolver la libertad condicional.

3.- El Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín adjuntó oficio de fecha 25 de mayo de 2023, solicitando los cómputos y la resolución favorable dirigido al establecimiento Penitenciario.

CONSIDERACIONES

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales.

En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Frente a la mora judicial, ya la H. Corte Suprema de Justicia¹, hizo un análisis jurisprudencial respecto del pronunciamiento emitido por el máximo órgano Constitucional, en donde se estableció que:

Otro tanto ha manifestado la Corte Constitucional sobre el asunto en comento, puesto que, entre otros pronunciamientos, ha precisado que *“respecto de la mora judicial, tal como la ha entendido esta Corte, viola el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia cuando la dilación en el trámite de una actuación es originada no en la complejidad del asunto o en la existencia de problemas estructurales de exceso de carga laboral de los funcionarios, si no en la falta de diligencia y en la omisión sistemática de sus deberes por parte de los mismos. Por lo anterior, la Sala procederá a estudiar cuál ha sido la posición de la Corte al respecto.*

*“6.- En sentencia T-1154 de 2004, la Corte indicó que de los postulados constitucionales se sigue **el deber de todas las autoridades públicas de adelantar actuaciones y resolver de manera diligente y oportuna los asuntos sometidos a ella.** En ese sentido, la dilación injustificada y la inobservancia de los términos judiciales pueden conllevar la vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En este caso, la Sala señaló, que si el ciudadano no cuenta con un medio de defensa eficaz a su alcance, y está frente a la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable, la acción de tutela es*

¹ Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. No Exp. T. No. 11001 02 03 000 2011 01853 -00 del 20 de septiembre de 2011.

procedente para proteger sus derechos fundamentales. Finalizó argumentando que ‘De lo anterior se infiere que a fin de que proceda la acción de tutela, es indispensable que determinada dilación o mora judicial sean injustificadas, pues el mero incumplimiento de los términos dentro de un proceso, no constituye per se una violación al debido proceso [Ver sentencia T-604 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz], salvo que el peticionario se encuentre ante un perjuicio irremediable. Así entonces, la mora judicial sólo se justifica si la autoridad correspondiente, a pesar de actuar con diligencia y celeridad, se encuentra ante situaciones ‘imprevisibles e ineludibles’, tal como, el exceso de trabajo, que no le permitan cumplir con los términos señalados por la ley. De lo expuesto se concluye que constituye una violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, aquella denegación o inobservancia de los términos procesales que se presenten sin causa que las justifiquen o razón que las fundamenten’.

“De igual manera, en sentencia T-258 de 2004, la Corte señaló que prima facie, dada la subsidiariedad que caracteriza a la acción de tutela, no puede el Juez constitucional inmiscuirse en el trámite de un proceso adoptando decisiones o modificando las ya existentes en el curso del mismo. Lo anterior vulneraría, de conformidad con el fallo, los principios de autonomía e independencia de las funciones consagradas en los artículos 228 y 230 superiores. No obstante lo anterior, indicó la providencia que es procedente la solicitud de amparo cuando la demora en la resolución del caso no tiene justificación, el peticionario no cuenta con otro medio de defensa eficaz y, además, el mismo está ante la inminencia de un perjuicio irremediable. Concluyó entonces la Sala que la acción de tutela no procede automáticamente ante el incumplimiento de los plazos legales por parte de los funcionarios, sino que debe acreditarse también que tal demora es consecuencia directa de la falta de diligencia de la autoridad pública.

“En sentencia T-1226 de 2001, se reiteró que la mora judicial en hipótesis como la excesiva carga de trabajo está justificada y, en consecuencia, no configura denegación del derecho al acceso a la administración de justicia. De conformidad con esta decisión, al analizar la procedibilidad de la acción de tutela por mora judicial, el juez constitucional debe determinar las circunstancias que afectan al funcionario o despacho que tiene a su cargo el trámite del proceso. [...]” (Sentencia T-357 de 10 de mayo de 2007, subrayado fuera del texto).

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 accionante es de aquellas que se hacen por ser parte dentro de un proceso y en razón del 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:

*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.

Para el caso concreto, el accionante se duele de que a la fecha la entidad accionada no haya dado respuesta a su solicitud de libertad condicional enviada el 04 de noviembre de 2022.

Al respecto, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia informó que recibió el expediente del accionante el 01 de noviembre de 2022, el cual se avocó conocimiento el 22 de noviembre de 2022, requirió información a la Estación de Policía de Pueblorrico acerca del accionante el 06 de diciembre de 2022 y reiterada 06 de enero de 2023 y solo se recibió respuesta el 19 de enero de 2023; además, indicó que recibió el 08 de noviembre de 2022 el apoderado del señor Ledesma Ochoa solicitando la libertad condicional pero sin documentación necesaria para abordar el estudio de fondo y como para los meses de noviembre y diciembre no tenían certeza del sitio de reclusión no se solicitó dicha información al centro de reclusión, reiterada el 19 de abril de 2023, la cual ingresó al respectivo turno para resolver en orden de llegada.

Adicionalmente, señaló que el 17 de mayo de 2023 requirió al EPMSC de Bellavista, que aportara la documentación necesaria para resolver

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

la petición de libertad condicional, debido a que el accionante se encuentra detenido en Medellín ordenó el traslado del expediente a sus homólogos de Medellín por competencia.

Por su parte, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín indicó que asumió vigilancia de la pena el 19 de mayo de 2023 y que una vez vinculada a la acción verificó en el expediente digital sin encontrar ninguna petición pendiente por resolver; sin embargo, el 24 de mayo de 2023 mediante auto solicitó documentos para libertad condicional y redención de pena al Establecimiento Penitenciario.

Advirtió que en lo que respecta a la queja elevada por el accionante, al realizar el estudio del proceso, evidenció que, el Juzgado Tercero de Ejecución de Medidas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Antioquia, el 13 de marzo de 2023 recibió solicitud de redención, libertad condicional o prisión domiciliaria, la carpeta les fue allegada sin que se resolviera lo pertinente.

Se advierte que, si bien el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, Antioquia, manifestó haber recibido el expediente del actor el 19 de mayo de 2023, para el momento de emitir la respuesta a la acción indicó que dentro del expediente no encontró ninguna petición pendiente de resolver, pero sin embargo requirió al Establecimiento Penitenciario donde se encuentra recluido el accionante para que aporte los documentos necesario para entrar a estudiar la libertad condicional y el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia indicó que recibió solicitud de libertad condicional el 08 de noviembre de 2022 y reiterada el 19 de abril de 2023 sin los documentos

necesarios para entrar a decidir y como confirmaron que el detenido estaba recluso en Medellín fuera de solicitar la información requerida para estudiar la libertad condicional se dio traslado del expediente a sus homólogos de Medellín por competencia.

De lo anterior, se desprende en consecuencia que a la fecha el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, no ha resuelto a la petición de libertad condicional que se encontraba pendiente desde el 08 de noviembre de 2022 y reiterada el 19 de abril de 2023, ni mucho menos le comunicó al señor Ledesma Ochoa, la falta de documentación para entrar a estudiar la solicitud de libertad condicional, situación que solo hasta el momento de la presentación de la acción de tutela realizó solicitud al Establecimiento Penitenciario para que aportara los documentos necesarios para entrar a estudiar la solicitud, pero tampoco se evidenció que se le hubiera informado al peticionario de la decisión tomada. En cuanto al Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, si bien solo el 19 de mayo de 2023 avocó conocimiento de la vigilancia del expediente por traslado realizado por el Juzgado de Antioquia, tampoco se le comunicó al peticionario la situación encontrada en el expediente y el trámite realizado para lograr entrar a estudiar la petición de la libertad condicional

Con lo indicado se demuestra que existe una vulneración al derecho fundamental de petición que le asiste al petente, toda vez que quedó establecido que efectivamente se ha elevado petición el 08 de noviembre de 2022, y si bien inicialmente fue enviada al Juzgado Ejecutor; esto es, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, dicho Juzgado no dio respuesta al peticionario sino que remitió el expediente a los Juzgados

homólogos de Medellín por competencia, correspondiéndole al Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, quien a su vez informó que solo hasta el 19 de mayo de 2023 recibió el proceso pero que no observaba ninguna petición pendiente de respuesta, pero que debido a la acción de tutela mediante auto requiere al Establecimiento Penitenciario donde se encuentra recluido el accionante para que aporte los documentos necesarios para estudiar la libertad condicional y la redención de pena en su favor.

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 TERCERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA que de manera inmediata proceda a notificar al accionante de la decisión tomada dentro del trámite del proceso.

En consecuencia a lo anterior, teniendo en cuenta que ambos Juzgados solicitaron al Establecimiento Penitenciario de Bellavista información sobre los documentos necesarios en favor del señor Ledesma Ochoa con el fin de estudiar la libertad condicional, se ordenará al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE BELLAVISTA que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, si aún no lo han hecho, proceda a enviar al Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín toda la documentación completa necesaria para el estudio de la libertad condicional en favor del señor Jhon Jairo Ledesma Ochoa y al JUZGADO QUINTO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN una vez reciba la documentación emitida por el Establecimiento Penitenciario proceda

en un término no superior de diez (10) días a dar respuesta al actor de su petición elevada el 08 de noviembre de 2022 y reiterada el 19 de abril de 2023, según lo afirmado por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Es de anotar que las Entidades Accionadas deberán 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, el debido proceso y acceso a la administración de justicia que le asiste a el señor JHON JAIRO LEDESMA OCHOA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al JUZGADO TERCERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA que de manera inmediata proceda a notificar al accionante de la decisión tomada dentro del trámite del proceso.

TERCERO: ORDENAR al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE BELLAVISTA que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, si aún no lo han hecho, proceda

a enviar al Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín toda la documentación completa necesaria para el estudio de la libertad condicional en favor del señor Jhon Jairo Ledesma Ochoa

CUARTO: ORDENAR al JUZGADO QUINTO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN una vez reciba la documentación emitida por el Establecimiento Penitenciario proceda en un término no superior de diez (10) días a dar respuesta al actor de su petición elevada el 08 de noviembre de 2022 y reiterada el 19 de abril de 2023, según lo afirmado por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

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

SEXTO: 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: **e0d43f1d83283986ca7f6bd208365c5994e85e57e970170839e54a92c69c45a7**

Documento generado en 30/05/2023 10:42:10 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

| | |
|--------------------|---|
| RADICADO | : 05 615 60 00294 2022 00115 (2023 0693) |
| DELITO | TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO |
| ACUSADOS | JUAN ESTEBAN POTES VALOYES JUAN PABLO OCHOA AGUILAR |
| PROVIDENCIA | : INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA |

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **VIERNES DOS (02) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS 11:00 A.M.**

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

conexión.

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

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado ¹

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

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

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

Código de verificación: **8680642273de394f5ee01463c0b2ccb8aef7e4b3f45a828fedf6c5df4f488994**

Documento generado en 30/05/2023 10:48:56 AM

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

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

Medellín, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 103

PROCESO : 05837.31.04.001.2023.00045 (2023-0787-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : PABLO ANTONIO CHAVERRA ANDRADE
ACCIONADO : COLPENSIONES Y OTRO
PROVIDENCIA : FALLO SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, contra el fallo del 21 de abril de 2023, a través de la cual el Juzgado Primero Penal de Circuito de Turbo (Antioquia), decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por el señor PABLO ANTONIO CHAVERRA ANDRADE que presuntamente venía siendo vulnerados.

LA DEMANDA

El accionante manifestó que actualmente se encuentra incapacitado con diagnóstico de COXARTROSIS NO ESPECIFICADA, desde hace más de un año, no recibe pago de las incapacidades.

Expresó que en repetidas ocasiones se ha dirigido a la Nueva EPS y COLPENSIONES a solicitar el pago de las incapacidades, donde en el

EPS le indican que vaya al Fondo de Pensiones y Colpensiones le indica que debe adjuntar las planillas de la EPS, que efectivamente adjuntó sin conseguir el reconocimiento de las mismas.

Solicitó que se le protejan sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se les ordene a las entidades accionadas reconozcan y cancelen las incapacidades médicas generadas a partir del 11 de junio de 2022 hasta el 31 de marzo de 2023.

LAS RESPUESTAS

1.- La AFP Colpensiones, indicó que, efectuada la revisión documental, se evidenció que el certificado de incapacidad aportado no cumple con los requisitos mínimos establecidos en la normatividad vigente y sin los cuales, no es posible dar trámite a la solicitud, teniendo en cuenta que partir del 29 de junio de 2022 entró en vigencia el Decreto 1427 del 29 de julio de 2022.

Afirmó que una vez subsane los requisitos deberá radicar nuevamente la solicitud de determinación de subsidio por incapacidad.

Solicitó denegar la acción de tutela por cuanto las pretensiones son abiertamente improcedentes.

2.- La Nueva EPS indicó que el afiliado presenta 375 días de incapacidad continua, completó 180 días el 30 de septiembre de 2022, además, emitió concepto de rehabilitación el 06/01/2023 como favorable, notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones Colpensiones con fecha 12/01/2023.

Manifestó que la Administradora de Fondo de Pensiones inicia el pago de incapacidad a partir del día 181 de incapacidad, prorrogando el pago por 360 días adicionales a los primeros 180 y al finalizar ese último periodo le calificará la pérdida de capacidad laboral.

Informó que frente a las incapacidades identificadas con los No. 7977970, 8029023, 8082372, 8151022, 8201801, 8249774, 8301922, fueron pagadas al empleador Inveragro La Acacia S.A.S.

Solicitó negar por improcedente la acción de tutela presentada por tratarse de pretensiones de índole económico y por cuanto las prestaciones no corresponde asumirlas.

EL FALLO IMPUGNADO

La Juez de primera instancia concedió el amparo a los derechos fundamentales invocados, con los siguientes argumentos:

“...Ahora bien, en principio la acción de tutela no es procedente para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, no obstante, la jurisprudencia constitucional ha establecido unos requisitos para la procedencia excepcional de la misma y las cuales se pueden sintetizar en i) que el pago de las incapacidades sustituya el salario del trabajador y que éste sea la única fuente de ingreso con que cuenta el mismo para garantizar su mínimo vital y el de su núcleo familiar; ii) que constituya una garantía del derecho a la salud, puesto que coadyuva a que se recupere satisfactoriamente y iii) que por razones de su enfermedad se encuentre en circunstancias de debilidad manifiesta.

Así las cosas, en el caso sometido a estudio de esta Judicatura, se tiene que se cumplen los requisitos para la procedencia de la acción de tutela, toda vez que se trata de una persona que padece de las patologías COXARTROSIS, NO ESPECIFICADA enfermedad que le ha generado unas incapacidades superiores a los 181 y debido a sus limitaciones físicas no puede generar su sustento económico; por ello se puede inferir que las sumas de dinero recibidas por su incapacidad, constituyen la única fuente de ingresos que cuenta para subsistir, aspecto éste que no fue rebatido por las entidades accionadas.

(...)

Claro es para este Despacho Judicial, que la NUEVA EPS, cumplió con todas sus obligaciones legales, esto como quiera que canceló las incapacidades a

favor del señor PABLO ANTONIO CHAVERRA ANDRADE, hasta el día 180 y profirió el concepto con pronóstico favorable de rehabilitación e hizo remisión al fondo de pensiones en donde se encuentra afiliado el mismo; indicando el petente que dicha entidad le informó que revisada la documentación, se evidencia que el certificado de incapacidad aportados no cumplen con los requisitos mínimos establecidos en la normatividad vigente, requirió ante dicho fondo el pago de las mismas.

No obstante, el actor en su escrito de tutela, manifiesta que ninguna entidad le ha hecho pago de las incapacidades generadas, a pesar de haber reclamado las mismas ante las entidades accionadas.

De conformidad con la jurisprudencia transcrita con antelación, las incapacidades posteriores a los 180 primeros días, para enfermedades comunes, deben ser asumidas por el FONDO DE PENSIONES al cual se encuentra afiliado el afectado; una vez se cuente con el concepto favorable de rehabilitación; concepto que debe ser emitido por la EPS antes de que el afiliado cumpla el día 150 de incapacidad y dichas entidades deben adelantar las gestiones a su alcance para asegurar la continuidad en el pago de la prestación.

Ahora bien, claro es para esta Judicatura y tal como lo ha establecido el legislador, que las incapacidades laborales superiores a los 180 días son a cargo del Fondo de Pensiones o a la Administradora de Riesgos Laborales, dependiendo del tipo de enfermedad, ya sea de origen común o profesional; entidades que deben remitir al afiliado ante la junta de calificación de invalidez, previo concepto de rehabilitación integral, a fin de certificar el porcentaje en la pérdida de la capacidad laboral.

(...)

En el caso en concreto, no hay duda que la entidad responsable de cancelar las incapacidades laborales posteriores a los 180 días generadas a favor del señor CHAVERRA ANDRADE, corresponde al FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES; entidad que a la fecha, no ha remitido al mismo ante la junta de calificación o con su omisión, se entiende que ha prorrogado por un término de 360 días tal trámite, ello como quiera que la EPS emitió un concepto con pronóstico favorable ; sin embargo, es su obligación cancelar las incapacidades laborales por enfermedad común que se han reconocido por el médico tratante del señor CHAVERRA ANDRADE y que sobrepasen los 180 días y hasta tanto se restablezca su estado de salud o se haga la calificación de invalidez.

Así las cosas, esta judicatura, observa que se le están vulnerando los derechos fundamentales del actor, a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital; ello como quiera que el no pago de las incapacidades laborales, no permite que la misma satisfaga sus necesidades básicas, por ser su salario, el único ingreso para tal fin; es por ello que se le protegerán los mismos y en consecuencia, ordenará al FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde el momento de la notificación de esta providencia, le cancele al señor PABLO ANTONIO CHAVERRA ANDRADE, todas las incapacidades laborales que hayan sido reconocidas hasta la fecha por su médico tratante y que excedan de los 180 días de incapacidad laboral, y en lo sucesivo cancele las que se generen y hasta que se restablezca su salud o se califique de manera definitiva la pérdida de su capacidad laboral; pues se observa que la entidad accionada de manera arbitraria viene afectando los mismos y en esa medida, ordenará el pago de todas las incapacidades superiores a los 181 días y hasta los 540 días, previo a que el actor, allegue los soportes correspondientes Cabe aclarar que si bien

el señor CHAVERRA ANDRADE, en el escrito de tutela hace énfasis a las incapacidades

| No. Incapacidad | Fecha de inicio | Fecha finalización | Días de incapacidad |
|------------------------|------------------------|---------------------------|----------------------------|
| 0007977970 | 11/06/2022 | 25/06/2022 | 15 |
| 0008029023 | 28/06/2022 | 12/07/2022 | 15 |
| 0008082372 | 13/07/2022 | 27/07/2022 | 15 |
| 0008151022 | 02/08/2022 | 16/08/2022 | 15 |
| 0008201801 | 17/08/2022 | 31/08/2022 | 15 |
| 0008249774 | 01/09/2022 | 15/09/2022 | 15 |
| 0008301922 | 16/09/2022 | 30/09/2022 | 15 |

Estas fueron pagadas al empleador Inveragro según respuesta emitida por la NUEVA EPS; lo que condujo a sostener conversación con el accionante quien indico que efectivamente fueron canceladas en el año 2022, por lo que solo se tendrá en cuenta el pago de las siguientes incapacidades por cuenta de Colpensiones

| No. Incapacidad | Fecha de inicio | Fecha finalización | Días de incapacidad |
|------------------------|------------------------|---------------------------|----------------------------|
| 0008356474 | 01/10/2022 | 15/10/2022 | 15 |
| 0008572791 | 16/10/2022 | 30/10/2022 | 15 |
| 0008453415 | 31/10/2022 | 14/11/2022 | 15 |
| 0008503196 | 15/11/2022 | 29/11/2022 | 15 |
| 0008562967 | 30/11/2022 | 14/12/2022 | 15 |
| 0008615613 | 15/12/2022 | 29/12/2022 | 15 |
| 0008668118 | 30/12/2022 | 13/01/2023 | 15 |
| 0008713018 | 14/01/2023 | 28/01/2023 | 15 |
| 0008763099 | 29/01/2023 | 12/02/2023 | 15 |
| 0008810593 | 13/02/2023 | 27/02/2023 | 15 |
| 0008873126 | 02/03/2023 | 16/03/2023 | 15 |
| 0008958316 | 17/03/2023 | 31/03/2023 | 15 |

En ese sentido, se observa, que la entidad accionada de manera arbitraria viene afectando los derechos fundamentales y en esa medida, ordenará el pago de todas las incapacidades superiores a los 181 días y hasta los 540 días, previo a que el actor, allegue los soportes correspondientes.

Igualmente, se ordenará a la EPS, que conforme a la jurisprudencia constitucional antes transcrita, cancele las incapacidades que se generen a partir del día 541 y hasta que se encuentre en firme la calificación de invalidez del señor CHAVERRA ANDRADE, o hasta que este recupere su estado de salud...”

LA IMPUGNACIÓN

La directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación, indicando que una vez revisadas las bases de datos con las que cuenta la entidad se evidenció que, mediante el oficio, se le informó las razones por las cuales no procedía el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad:

“En atención a la solicitud de Determinación del Subsidio por Incapacidades que usted inició a través del radicado de la referencia, nos permitimos informarle que, una vez efectuada la revisión documental, se evidenció que el (los) certificado(s) de incapacidad(es) aportado(s) no cumplen con los requisitos mínimos establecidos en la normatividad vigente y sin los cuales, no es posible dar trámite a su solicitud. Lo anterior, teniendo en cuenta que a partir del 29 de julio de 2022 entró en vigencia el Decreto 1427 del 29 de julio de 2022, el cual establece que el (los) certificado(s) de incapacidad(es) deben cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 2.2.3.3.2. que a continuación se transcriben:”

Manifestó que revisadas las bases de datos no se evidencia que se hayan allegado las incapacidades como le fue solicitado al accionante, además a la fecha no se evidencia petición alguna pendiente de respuesta por parte de esa administradora.

Expresó que es visible que Colpensiones, ha obrado hasta la fecha de forma responsable y en derecho, sin que exista vulneración alguna a los derechos del ciudadano, por lo que el accionante debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su prestación vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

Señaló que la acción de tutela, es un mecanismo residual que no puede

ser elegido al arbitrio por los ciudadanos, pues tal como está consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, solo será procedente cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, y excepcionalmente a pesar de existir, cuando sea utilizada para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando se trata de pago de prestaciones económicas, la acción de tutela se torna improcedente, ya que esta no está instituida para resolver cuestiones litigiosas, sino por el contrario para proteger derechos fundamentales.

Adujo que, teniendo en cuenta la situación expuesta, y que no se evidencian incapacidades radicadas en esa administradora, es importante indicar que el estado de incapacidad se deberá probar mediante la presentación, en original, de la licencia otorgada por el médico tratante, situación que no se ha cumplido en el presente trámite.

Aseguró que el procedimiento interno llevado a cabo por Colpensiones para el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad, es arduo y minucioso, se compone de cinco (5) etapas cuyos tiempos entre una y otra varían de conformidad a las situaciones particulares de cada caso, es claro que al tratarse de recursos que hacen parte del sistema, y en sí mismo del fondo común, es necesario que Colpensiones realice todas las verificaciones a que haya lugar para garantizar que los pagos que se realizan están legalmente soportados.

Aseveró que, desde la misma norma, se impone un deber al ciudadano, hoy accionante, de superar los requisitos formales que se encuentren en su curso, sin embargo, en el caso bajo examen, no se demostró tal diligencia pues una vez enterado de la falta de documentos, debió adoptar una actitud presta a allegar la documentación, con el fin de que Colpensiones pudiera resolver de fondo la solicitud conforme a derecho,

aclaró que verificado los aplicativos y bases de datos de esta entidad, a la fecha, no se observa radicación de los documentos requeridos al accionante para el estudio de la prestación solicitada, en tal sentido se hace necesario que en la mayor brevedad posible el accionante nos aporte la documentación completa, en caso de que el actor no aporte la documental requerido por esa Administradora, se procederá con el cierre y archivo del trámite ante el desistimiento presentado.

Dijo que el requerimiento para consolidar el expediente pensional se puede realizar para solicitar cualquier clase de documento indispensable para resolver de fondo la petición, lo que ocurre en el presente caso, por lo que si el accionante no aporta la documentación que le fue requerida desde un principio, Colpensiones no puede resolver de fondo la solicitud que está reclamando, por lo que no puede considerarse que tras la desidia del actor en allegar dichos documentos en las calidades solicitadas, la responsabilidad sea de la entidad, cuando lo cierto es que si él hubiese cumplido con su obligación de allegar los documentos requeridos, quizás a la fecha ya se había resuelto la solicitud.

Solicitó se revoque el fallo de primera instancia, como quiera que la tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991 así como tampoco se demostró que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante ya que está actuando conforme a derecho y en consecuencia, se niegue la acción de tutela promovida por el accionante contra COLPENSIONES por carencia actual de objeto por existir hecho superado.

Posteriormente, allegó nueva respuesta indicando que, sin perjuicio de

la impugnación y en cumplimiento al fallo de tutela a través de la Dirección de Medicina Laboral de la entidad reconoció como subsidio económico un valor de \$6.469.333 por concepto de 180 días de incapacidad medica temporal, por lo que habiendo satisfecho por la entidad el derecho fundamental invocado por el accionante, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues deviene en carencia actual de objeto al haberse satisfecho la pretensión del accionante y desaparecida la situación que generó la violación, ya que se reconoció el pago de las incapacidades ordenadas en el fallo proferido.

Expresó que dio cumplimiento de la providencia en atención de lo dispuesto en el aludido artículo 27 y 31 del decreto 2591 de 1991, esto es, que el fallo debe cumplirse sin demora aun cuando hubiere sido recurrido, reiteró que insiste que los argumentos legales que originaron la impugnación permanecen incólumes y por ende subsisten las inconformidades en cuanto a lo decidido en primera instancia por parte de su despacho, en tanto no se puede entender el cumplimiento como un desistimiento ya que su inconformidad se mantiene incólume.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en el presente caso invita a determinar si el no pago de las incapacidades laborales reconocidas al afectado viola sus derechos constitucionales fundamentales, si la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para su protección.

En principio, nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado mecanismos judiciales ordinarios para resolver las controversias que impliquen el reconocimiento de prestaciones sociales, siendo los Jueces de la

Justicia Ordinaria los competentes para su trámite y resolución. Por ello, la doctrina constitucional ha sido enfática en señalar que, para estos casos, la acción de tutela no es la vía adecuada para resolver estos asuntos, por su carácter subsidiario.

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

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

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

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

¹ Ver Sentencia T-195 de 2014

La Corte ha expresado que:

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

Ahora, frente a cuál entidad está obligada al pago de las incapacidades a partir del día 180, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional aclara este aspecto de la siguiente forma³:

4. Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días. Responsabilidad de los empleadores, las EPS y las administradoras de pensiones en su reconocimiento y pago.

4.1. El subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio.

Es esto, justamente, lo que explica la importancia de que las incapacidades sean reconocidas y pagadas de forma expedita. El papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral en la tarea de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia por razones de salud, explica que la Corte se haya pronunciado, de forma insistente, acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores del SGSSI en el desembolso de la citada prestación económica.

4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.

² *Ibidem*

³ Sentencia T-333 de 2013

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de “las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”, y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.

En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.

4.3. La responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, que es lo que se reclama en la acción de tutela, se rige, a su turno, por las pautas previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

La norma, que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal. No obstante, el Decreto 2463 permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que *“otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”*.

Vale agregar, de cara a los argumentos de defensa planteados por la AFP accionada en el presente asunto, que el artículo 23 del Decreto 2463 vincula la posibilidad de postergar el aludido trámite de calificación a *“la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente”*.^[20] La norma contempla, también, que las entidades que incumplan el pago de los subsidios por incapacidad temporal serán sancionadas por la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la ley.

4.4. Interpretando las disposiciones mencionadas, la Corte ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta

de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.

El debate planteado en esta oportunidad remite, sin embargo, a un escenario distinto, que se enmarca en el ámbito de los cambios que introdujo el Decreto Ley 19 de 2012, “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública” en relación con los procedimientos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales. A continuación, la Sala precisará cuáles fueron esas modificaciones y evaluará su relevancia en la solución del asunto objeto de revisión.

El reconocimiento de las incapacidades laborales, tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012

4.5. El artículo 121 del Decreto Ley Antitrámites les atribuyó a los empleadores la obligación de gestionar directamente, ante las EPS, el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma prohíbe trasladarles a los afiliados dicha carga y advierte que, para efectos laborales, estos deben informarle a su empleador sobre la expedición de la respectiva incapacidad o licencia.

Más adelante, el artículo 142 le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez. Los nuevos párrafos son los siguientes:

*“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, **la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.***

*Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. **Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus***

propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

4.6. Como se observa, el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, *con cargo* al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, **cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.**

Esto, lejos de inaugurar un nuevo régimen de responsabilidades sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en un evento de origen común -en los términos sugeridos por ING Pensiones al responder a la tutela promovida por el señor Bautista- lo que implica es un mayor compromiso de los empleadores y las EPS en la tarea de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas, para que pueda asegurar su sustento y dedicarse a recuperar plenamente las condiciones de salud en virtud de las cuales podía desempeñar su empleo.

4.7. Así, vistas las modificaciones que introdujo el Decreto Ley 19, la Sala encuentra que el esquema de responsabilidades de los actores del SGSSI en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común sigue siendo el mismo, con una salvedad, relativa a que **las EPS asumirán por cuenta propia el pago de las incapacidades laborales superiores a 180 días, cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación.** Las pautas normativas vigentes en la materia son, por lo tanto, las siguientes:

- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).
- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).
- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).

- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).
- **Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181.** Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.
- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad. (Negrillas fuera de texto original).

Y en la sentencia T – 020 de 2018, precisó:

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:

- “(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.
- (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.
- (iii) **A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.**
- (iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”.

En efecto, de conformidad con el citado proveído[64], el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 “hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%” (Negrillas fuera de texto original).

Para el presente caso, el Juez de primera instancia advirtió que se encontraba demostrado que el señor PABLO ANTONIO CHAVERRA ANDRADE presentaba una incapacidad superior a 180 días por enfermedad de origen común.

En tal sentido, advirtió el juez constitucional de primera instancia, que al verificarse la vulneración de los derechos fundamentales del actor, al mínimo vital, entre otros, por la omisión de la entidad accionada en pagar las incapacidades producidas a partir del día 181 y al lograr evidenciar que la AFP COLPENSIONES no ha cancelados las incapacidades expedidas, consideró que era procedente el amparo constitucional y ordenó al representante legal de la AFP COLPENSIONES que dentro de las 48 horas contados desde el momento de la notificación proceda a cancelar los subsidios de incapacidad dejados de pagar al señor Pablo Antonio Chaverra Andrade, causados entre el día 181 y el día 540 días, previo que el actor allegue los soportes correspondientes.

La Administradora del Fondo de Pensiones COLPENSIONES, impugnó el fallo, sin embargo, no procedió a cuestionar de fondo los argumentos

expuestos por el Juez Constitucional.

Lo anterior por cuanto, en primer lugar, lo alegado por quien representa los intereses de COLPENSIONES en la impugnación, va dirigido a negar la existencia de algún tipo de violación de derechos fundamentales en favor del señor Chaverra Andrade, además de que no es procedente reclamar el pago de las incapacidades por medio de la acción de tutela, pero debe advertirse a este quejoso que sí existe violación al derecho fundamental del mínimo vital, ya que como lo manifestó el mismo accionante que no cuenta con los recursos para su subsistencia; adicionalmente informa que la parte actora no ha cumplido con el lleno de los requisitos como es aportar los certificados de las incapacidades en el formato actual y certificación de la cuenta bancaria, posteriormente indicó que ya se había reconocido el pago de las incapacidades ordenadas dentro del fallo de tutela, para lo cual le remitió respuesta al accionante donde le explican que le reconocen el pago pero debe dar un término de 10 días hábiles para su consignación.

Lo anterior para significar que la entidad que impugnó la decisión de primera instancia no atacaron de fondo los argumentos expuestos en el fallo, mismo que se encuentra debidamente fundamentado tanto normativa como jurisprudencialmente, y la AFP Colpensiones no ha realizado ningún trámite para realizar el pago de las incapacidades adeudadas, por lo que esta Corporación procederá a confirmarla, ya que las órdenes efectuadas por el fallador constitucional no desbordan las competencias u obligaciones que tiene la entidad afectada con la decisión, ya que no es deber del accionante estar pendiente de los formatos en que se expiden las incapacidades, situación que es meramente administrativa y no se le puede descargar la obligación al usuario y en cuanto a la cuenta bancaria está es necesaria para el

momento del pago no para presentar la solicitud de reconocimiento, por lo que no es viable que no se analice las certificaciones de incapacidad por falta de la certificación bancaria.

Se insta al accionante, para que en el menor tiempo posible allegue a la AFP Colpensiones la certificación bancaria que le hace falta según se lo informaron en la respuesta emitida por la entidad el 05 de diciembre de 2022, con el fin de cumplir con el pleno de los requisitos exigidos por Colpensiones para el pago de las incapacidades.

Debido a la última información suministrada por le entidad accionada el despacho procedió a comunicarse con el señor PABLO ANTONIO CHAVERRA ANDRADE con el fin de verificar si la entidad accionada había cancelado las incapacidades que estaban pendientes, informando el citado que la semana pasada le había llegado un correo donde le indicaban que le iban a reconocer las incapacidades pero que debía esperar un tiempo.

Por ende, una vez verificado que la entidad accionada está realizando los trámites necesarios para dar cumplimiento al fallo de tutela proferido por el A quo, situación que se pudo constatar toda vez que el señor CHAVERRA ANDRADE confirmó que le fue allegada una respuesta por parte de Colpensiones donde le reconocían el pago de las incapacidades pero que debía esperar un tiempo de 10 días hábiles para poder lograr el pago de las mismas, respuesta por tanto que se advierte es congruente con lo solicitado pero no lograr cumplir con lo ordenado en el fallo de tutela; en consecuencia, no se puede concluir que nos encontramos frente a un hecho superado; ya que a la fecha no se le han cancelado las incapacidades que están pendientes.

Se advierte entonces que la pretensión enarbolada por el accionante si bien están realizando los trámites pertinentes para dar cumplimiento al fallo de tutela de primera instancia no ha completado el trámite para poder indicar que se está frente a un cumplimiento del fallo, motivo por el cual no se puede indicar que se configura un hecho superado.

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, CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

Adicionalmente, instará al accionante, para que en el menor tiempo posible allegue a la AFP Colpensiones la certificación bancaria que le hace falta según se lo informaron en la respuesta emitida por la entidad el 05 de diciembre de 2022, con el fin de cumplir con el pleno de los requisitos exigidos por Colpensiones para el pago de las incapacidades.

Envíese este proceso 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: **2a5dcf005a10918a854b8b4204c7f067f501d48d537d917db0def1f0d37128e9**

Documento generado en 30/05/2023 02:34:52 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

RADICADO: 053186000336202000040
INTERNO: 2022-1660-2
DELITO: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O
TENENCIA DE ARMA DE FUEGO
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
AGRAVADO
ACUSADO: ÁLVARO DIEGO IDÁRRAGA Y OTRO
DECISIÓN: CONFIRMA

Medellín, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 054

1. ASUNTO

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa de los procesados ÁLVARO DIEGO IDARRAGA Y DANIEL CASTAÑEDA TILANO, contra la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro con funciones de Conocimiento, a través de la cual, luego de un juicio oral, los

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

condenó como coautores de la conducta punible de Fabricación, tráfico, porte de arma de fuego, accesorios, partes o municiones agravado.

2. RESUMEN HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

De acuerdo con los plasmados en la sentencia de primera instancia, el 5 de febrero de 2020 a las 13:40 aproximadamente, en la vereda Chaparral, del municipio de San Vicente Ferrer (Antioquia), Álvaro Diego Idárraga Velásquez y Daniel Castañeda Tilano fueron sorprendidos mientras se desplazaban en una motocicleta y aprehendidos portando -sin permiso de autoridad competente- un arma de fuego, tipo revólver, marca Llama Smith & Wesson, calibre 38, empuñadura en madera color café, número interno B7-64322Nº, además de seis (06) cartuchos en su interior, de igual calibre.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El día 06 de febrero de 2020, ante el Juzgado Promiscuo Municipal del Municipio de San Vicente Ferrer – Antioquia, con Función de Control de Garantías, efectuó la audiencia concentrada de legalización de la captura de los señores DANUEL CASTAÑEDA TILANO Y ÁLVARO DIEGO IDARRAGA, a quienes se les formuló imputación, en la calidad de coautores, por la comisión de los delitos de FABRICACIÓN, TRAFICO, Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIO,

PARTES O MUNICIONES EN CONCURSO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO.

Ambos coimputados, entendió el juez de instancia, se habían allanado por los delitos imputados por el ente persecutor, informando la Judicatura que su rebaja ascendía al 12.5%, tal como se desprende del audio de la audiencia de formulación de imputación ante el Juez de Control de Garantías.

Posteriormente, a solicitud de la Fiscalía procede la Judicatura a imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad a los coimputados en establecimiento carcelario.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, asumió el conocimiento del proceso, programando para el día 15 de mayo, la audiencia de verificación del allanamiento, debiendo ser suspendida para ser continuada el día 2 de julio, para posteriormente dictar sentencia el día 30 de julio de 2020, el cual legalizó el allanamiento en punto al delito de hurto calificado y agravado, más no así respecto del punible Fabricación, Trafico, Y Porte De Armas De Fuego, Accesorio, Partes O Municiones.

Produciéndose consecuentemente, la ruptura de la unidad procesal en lo que respecta al delito que ahora se estudia, porte ilegal de armas de fuego.

El escrito de acusación por fue radicado en julio dieciséis (16) de 2020, correspondiendo por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, quien efectuó la audiencia de acusación el día dos (2) de junio de 2020.

Los acusados optaron por ejercer su derecho a ser juzgado públicamente, por lo que luego de varios aplazamientos la audiencia preparatoria se realizó el 2 de junio de 2021 de esa anualidad y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones del 4 de agosto de 2021 al 6 de septiembre de 2022, fecha esta última en que se profirió sentido de fallo de carácter condenatorio

Concluido el debate y emitido sentido de fallo condenatorio, el juez dictó la respectiva sentencia el 10 de octubre de 2022, que ahora se examina en su legalidad, merced a que el defensor del procesado manifestó su inconformidad frente a la condena por el cual se les halló responsable y con oportunidad hizo la indispensable sustentación.

4. LA SENTENCIA APELADA

El señor Juez de primera instancia, una vez realizar breve reseña de los fácticos y rememorar los alegatos de las partes en la audiencia de juicio oral, pasó a efectuar la valoración jurídica probatoria correspondiente.

En lo que concierne a la tipicidad y con el fin de determinar si la acción desplegada por los señores Álvaro Diego Idárraga y Daniel Castañeda Tilano, se acomoda a la descripción legal del

delito de porte ilegal de armas de fuego, establecido en el Código Penal en su artículo 365; expuso lo siguiente:

Del testimonio del señor patrullero Carlos Sánchez ríos, se extrae que el arma es incautada al señor Álvaro Diego, la recordó como un arma tipo revólver, también hizo relación a la llamada que se recibió para ese miércoles cinco (5) de febrero de 2020 en la estación de Policía, reportado que por la vereda Chaparral se desplazaban dos (2) sujetos en una moto azul con una bicicleta al hombro, y al tener conocimiento que el día anterior se había presentado el hurto de una bicicleta, él y su compañero de cuadrante de apellidos Fernández Portillo, salen en la camioneta de la estación logrando observar en el sector Juan XXIII a los sujetos, estos emprenden la huida y cuando la motocicleta se le daña la cadena es que son capturados, al señor Daniel no le fue hallado ningún elemento y el señor Álvaro les dice que lo dejen sano, que se queden con la bicicleta y el fierro, pero que lo dejen sano. Al ser interrogados manifestaron no tener permiso para el porte de armas de fuego.

Luego los capturados son identificados por el señor Darío, que fue a quien le hurtan la bicicleta, reconociendo a uno de ellos por su tatuaje en el brazo. Este gendarme es quien verifica derechos, realiza incautación del arma, lo embala, elabora la cadena de custodia y la envía al área respectiva, también señaló que el señor Álvaro firmó y puso huella en la respectiva acta de incautación.

Por la defensa se intentó cuestionar el modo en que se realizó la incautación del arma y la cadena de custodia, dando claridad el testigo que el arma de fuego es incautada a Álvaro Diego y con los otros elementos y los procesados trasladados a la estación de Policía.

Como segundo testigo declaró el funcionario de policía patrullero Bagny Alexis Fernández Portillo, quien en concordancia con lo dicho por su compañero de cuadrante y primer testigo, recordó la llamada recibida al comando de policía, el hurto de una bicicleta el día anterior, la persecución de estos ciudadanos y la avería de su motocicleta que permitió su captura, reconoció que él fue quien les realizó el registro personal y haber hallado en posesión del señor Álvaro Diego el arma de fuego tipo revólver en la pretina de la sudadera, la incauta y entrega a su compañero, al restante ciudadano no le encontró ningún elemento, refiriéndose a Daniel Castañeda Tilano.

Al interrogar sobre el permiso para el porte de arma, Álvaro le indicó que no tenía, que lo dejara sano y se quedara con el fierro, que cogieran la bicicleta y dejaran la cosa sana, los policiales informan lo incautado, dejan ello plasmado en el informe (lo que les indica ÁLVARO) y se dirigen a la estación de policía. Aclaró el testigo que por tratarse de zona rural, a ella debían dirigirse acompañados, identificó la misma zona geográfica, vereda Chaparral, sector Juan XXIII y que aparte de

su compañero Sánchez Ríos había otro miembro de la institución en apoyo.

Señaló que Álvaro conducía la moto y Daniel iba de parrillero con la bicicleta, a ambos los reconoció e identificó en audiencia. Él realiza el acta de derechos del capturado, es firmada por los coprocesados, imponen huella y no dejaron observaciones.

También se contó con el del señor Darío Hernando Cardona Henao, quien fue la víctima del hurto de la bicicleta y un celular por parte de los señores Castañeda Tilano e Idárraga Velásquez, logró identificar la motocicleta como pequeña de color azul y ver un arma de fuego, aunque no logró identificar de qué tipo de arma se trataba. Reconoció a quien le apuntó con el arma por un tatuaje que tenía en la mano derecha.

Con este testimonio se complementa la identificación de al menos uno de los procesados por su tatuaje en el brazo derecho y de la motocicleta como una pequeña de color azul, se reafirma la desapropiación de la bicicleta y otro objeto y la recuperación del primer elemento; y aunque no ofrece elementos que de manera directa puedan comprometer la responsabilidad de los acusados, si permite reconstruir la existencia de hechos previos, como lo es el hurto, la interposición de la denuncia, el consecuente llamado a las autoridades al día siguiente por parte de un ciudadano no identificado al ver dos (2) sujetos en una moto y con una bicicleta a sus hombros, la forma en que se produjo el hurto, con

arma de fuego, por personas a bordo de una motocicleta color azul y la coincidencia de encontrar precisamente un arma de fuego en la pretina de la sudadera de unos de los ciudadanos que minutos antes tenía en su poder abordo de una moto azul, como la por el testigo señalada, la bicicleta a él directamente hurtada.

En cuarto lugar acudió el señor Edwin Orozco Sánchez, quien es funcionario de la Policía Nacional y señaló ser el perito balístico que realizó la inspección al arma, luego de refrescarle memoria, recordó haber recibido un arma Smith & Wesson, calibre 38 largo, número interno B7-64322, número externo limado, seis (6) cartuchos calibre 38 largo normales, señaló que el elemento llegó debidamente embalado y rotulado, con cadena de custodia, cubierto en cartón, previo a abrirlo fue fijado fotográficamente y se verificó que no estuviera “amunicionado” por temas de seguridad.

Explicó el procedimiento que realizó con el arma y que realizó la prueba a los seis (6) cartuchos, tres (3) accionados y tres (3) descompuestos. Concluyó que el arma de fuego era apta para producir disparo, al igual que los cartuchos.

Por parte de la defensa se escuchó en primer turno al intendente de la policía Jorge Heliberto Cardona – perito en dactiloscopia- quien recordó haber realizado el estudio de dactiloscopia forense para enero de 2021, confirmó que recibió el elemento a otear con la cadena de custodia, debidamente embalado y rotulado y por petición del patrullero ya retirado

Yadismir Mauricio, identificó el arma como tipo revólver, marca Smith & Wesson con empuñadura color café.

Dijo que el objetivo de la pericia era una exploración lofoscópica que permitiera revelar fragmentos dactilares para identificar al portador de la misma, explicó cuál fue el procedimiento que realizó y concluyó que no se logró revelar fragmento alguno, ello pudo ser por el paso del tiempo transcurrido entre la incautación y el peritaje, factores climáticos, entre otros.

En segundo lugar, por la defensa acudió el señor Néstor Emilio Pineda Cosme, quien señaló haber tenido inconvenientes con la Policía de San Vicente el año antepasado, de manera concreta refiere al comandante de estación de apellido Grisales y a los patrulleros Fernández y Sánchez, afirmó que a él le cogieron odio por ser parte de la red de apoyo, le empiezan hacer la guerra e incluso le hacen comparendos por estar en pico y género, aun cuando no se podía por ser funcionario de la alcaldía y contar con un permiso hospitalario, relata que fue detenido y llevado al calabozo donde estaban los hoy sentenciados, ello se da para mayo de 2021.

Puntualizó, la teoría alternativa, ser cargados con el arma, es apenas mencionada por sus pupilos y el señor Néstor Pineda Cosme, este último testigo lo fue de oídas, no estuvo presente al momento de realizarse el procedimiento de captura y es más de un año después de ocurridos los hechos que termina por conocer a los hoy penalmente fulminados, ya cuando estos

llevaban un buen tiempo privados de la libertad en la estación de Policía de San Vicente Ferrer, conoce únicamente la versión que ellos le ofrecieron y que en el decir de los patrulleros Fernández y Sánchez, fue la que los detenidos pretendieron implementar desde un primer momento.

En su turno el señor Daniel Castañeda indicó que, para el día de la captura salen en horas de la mañana a buscar donde arreglar la moto en el sector de Chaparral, al salir de la casa donde estaban preguntando por un taller, llega la policía, les pide una requisita y les dice que quedan capturados por un "supuesto robo", ya en la estación los policías sacan un arma tipo revólver, no sabe de dónde, y les dicen que es de ellos.

En los conainterrogatorios indica que la moto es de un compañero de nombre Anderson que se la prestó para ir a trabajar, indicó que Shirley Viviana era la mujer de Anderson y que la moto estaba a nombre de él. La razón para ir a San Vicente era visitar unas supuestas amigas.

Ambos testigos señalaron que no pusieron de presente que los cargaron con el arma, porque no les preguntaron.

La falta de credibilidad de estos testimonios, y es entendible hasta cierto punto para evitar una autoincriminación, es que los procesados pretendieron desligarse de la conducta de hurto, pero olvidando que por ella ya fueron juzgados y aceptaron cargos, no habiendo lugar a autoincriminaciones, pretendieron justificar su presencia en el municipio de San Vicente con la

simple excusa de visitar unas amigas, las cuales nunca acudieron a juicio para declarar y confirmar allí su presencia, así como el daño en la moto, que al día siguiente se iban a ir a trabajar o la hora de salida, si pernoctaron en aquella vivienda, si les vieron algún arma de fuego o cualquier otro elemento que resultara favorable para ellos.

Con lo anterior, dejó el a quo establecido la tipicidad de la conducta por las cuales se acusó al procesado, y termina considerando cumplidos los requisitos de antijuridicidad y culpabilidad, sin mayores problemas.

En tal sentido y descartada cabe decir, la concesión de cualquier tipo de subrogado penal o beneficio alguno, en concordancia con el monto de la pena en lo que concierne al delito de porte ilegal de arma de fuego; los señores Álvaro Diego Idárraga Velásquez y Daniel Castañeda Tilano fueron condenados a la pena principal de nueve (9) años de prisión como coautores del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena principal. Asimismo, se ordenó el decomiso definitivo del arma de fuego y la munición incautada.

5. LA APELACIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS PARTES

La defensa de los procesados, inconforme con la decisión adoptada en primera instancia la recurre respecto a la valoración probatoria, razonando así:

Primariamente los policiales Carlos Sánchez y Bagny Fernández no cumplieron con la cadena de custodia, pues no demostraron que embalaron el arma conforme a los protocolos debidos, esto es, no usaron guantes, o protección a efectos de proteger la custodia del elemento incautado.

Indicó que el testimonio del señor Darío Cardona, no puede ser tenido en cuenta, como quiera que no carece de poder suasorio, ya que, no tuvo conocimiento personal y directo sobre los hechos. De otra parte, el perito en Dactiloscopia fue enfático en manifestar que los procesados nunca portaron el arma ni los cartuchos, por lo que la conducta nunca existió.

En lo que respecta al testimonio del técnico profesional en balística explicó la manera como recibió el arma, determinando que era apta para producir disparos, sin embargo, cuando se le interrogó si era posible que al arma se le borrarán las huellas por efectos de humedad o climáticos, asintió, a pesar de que el delegado del ente acusador no presentó informe climático o meteorológico, como estaba el clima el día de la captura de sus defendidos.

A la final, peticona se exonere de responsabilidad a sus defendidos, con base en lo expuesto.

Los no recurrentes no hicieron pronunciamiento alguno.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

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

6.2. Problema jurídico

Es pertinente indicar que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, la Sala centrará su atención en la revisión de los aspectos impugnados y en consecuencia, en aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación de los procesados ya que la defensa es apelante único.

El problema jurídico planteado, se contrae a resolver el siguiente interrogante ¿El Juzgado de primer incurrió en errores al momento de apreciar las pruebas habidas en el proceso, las cuales supuestamente no cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para que en contra de los procesados Álvaro Diego Idárraga y Daniel Castañeda Tilano se pudiera dictar una sentencia de condena por incurrir en la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal?

A fin de dar respuesta a las inquietudes puestas de presente por el impugnante, la Magistratura escuchó atentamente lo sucedido dentro del juicio oral y pudo determinar que no le asiste la razón a la defensa en sus argumentaciones y, por tanto, la decisión de primera instancia será confirmada, teniéndose como hechos ciertos que se encuentran plenamente demostrados en el proceso, los siguientes:

- El hallazgo, por parte del efectivo de la Policía Nacional Bagny Alexis Fernández Portillo, de un arma de fuego en la pretina de la sudadera al señor Álvaro Diego Idárraga, persona esta que conducía el rodante, en el que se desplaza de parrillero el también coprocesado Daniel Tilano, quien llevaba en sus hombros la bicicleta que le había sido robada el día anterior al señor Cardona Henao.
- El arma de fuego incautada se trataba de un revólver, marca Smith & Wesson, calibre 38, empuñadura en madera color café, número interno B7- 64322, en regular estado de conservación y con seis (6) cartuchos del mismo calibre
- Según dictamen pericial que le fue practicado al aludido instrumento bélico, se pudo establecer que se encontraba en buen estado de conservación y que era idóneo para producir disparos.
- Acorde con lo certificado por parte del SIAEM, se demostró que el acusado carecía de permiso para la tenencia o el porte de armas de fuego.

- Los motivos que incidieron para que los policiales llevaran a cabo el operativo que condujo a la captura de los procesados, se debieron a que los agentes del orden recibieron llamada el día 5 de febrero de 2020, a la estación de policía, donde se reportaba que por la vereda Chaparral se desplazaban dos (2) sujetos en una moto azul con una bicicleta al hombro, y al tener conocimiento que el día anterior se había presentado el hurto de una bicicleta, salieron en la camioneta de la estación logrando observar en el sector Juan XXIII a los sujetos, a quienes después de una persecución les dan captura.
- Se escuchó al señor Darío Hernando Cardona Henao, quien fue la víctima del hurto de la bicicleta y un celular, quien logró identificar la motocicleta en la que se desplazaban los latrocidias que le hurtaron sus pertenencias, reconociendo a quien le apuntó con el arma por un tatuaje que tenía en la mano derecha.

Estando claro cuáles son los hechos que se encuentran plenamente acreditados en el proceso, frente a los cuales no existe ningún tipo de controversia o de discusión entre las partes, procederá la Sala a analizarlos acorde con la tesis de la inconformidad expresada por el recurrente en contra del fallo opugnado, en virtud de la cual se cuestiona la valoración probatoria efectuada por el Juzgado de primer nivel, porque, en sentir del apelante, las pruebas allegadas al proceso no eran lo suficientemente contundentes como para acreditar el compromiso penal endilgado en contra de los acusados.

Y frente a las discrepancias propuestas por el apelante en contra de lo resuelto y decidido por el Juzgado A quo, desde ya la Sala dirá que no le asiste la razón al recurrente, por cuanto en momento alguno el Juzgado de primer nivel incurrió en los yerros de valoración probatoria denunciados por el apelante.

Decimos lo anterior por lo siguiente:

Primero, el opugnante alega que los policiales Carlos Sánchez y Bagnny Fernández no cumplieron con los protocolos de cadena de custodia, pues no demostraron que embalaron el arma conforme a los protocolos debidos, esto es, no usaron guantes, o protección alguna a efectos de preservar la custodia del elemento incautado.

Sobre el particular, conviene recordar que esta es una garantía que comprende un conjunto de procedimientos que aseguren y demuestren la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física a cargo de los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las diferentes etapas del proceso penal, desde cuando se recolecta los medios de prueba y finaliza con el juez de la causa. Por ello, ha estimado esta Sala que *«al momento de recolectar las evidencias -llamadas a convertirse en prueba en el juicio oral- es necesario registrar en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo*

recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo»².

Así mismo, la Jurisprudencia ha señalado e insistido en que los vicios en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de los elementos materiales de prueba o evidencia física no afectan su legalidad, sino que tienen incidencia en la eficacia, credibilidad o asignación del mérito probatorio.

La Sala insiste en recordar que los yerros que se llegaren a presentar en los protocolos derivados de la cadena de custodia, no comportan un asunto de legalidad del medio de convicción, sino de valoración y ponderación judicial del mismo, de modo que, aún en aquellos eventos en los que se constate su efectiva ruptura, no es dable marginar del acervo probatorio, de forma irreflexiva, la evidencia o el elemento material probatorio; corresponde, por ende, al juzgador, confrontar si ello menoscaba su credibilidad y valor suasorio (Cfr. CSJ SP, 19 feb. 2009, rad. 30598).

De la providencia en cita, además, se extrae que:

La cadena de custodia pretende asegurar la evidencia física, a fin de evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del principio de mismidad, según el cual, el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y debe contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores.

No sobra señalar que si la cadena de custodia fue establecida en procura de asegurar pruebas fidedignas y genuinas dentro del proceso, garantizando con ello los derechos no sólo del sindicado sino también de los demás intervinientes, es evidente que dicha teleología no permite transformarla en herramienta para obstaculizar el trámite o peor aún, en instrumento para conseguir la impunidad mediante la utilización irracional de las formalidades, siempre que, se reitera, se preserve su razón de ser y se cumplan los cometidos garantistas que le dan sentido a su institucionalización por vía legislativa en el estatuto procesal penal.

² CSJ SP Rad. 35127 del 17 de abril de 2013.

En múltiples oportunidades, la Corte se ha ocupado de la temática relativa a la cadena de custodia, procedimiento privilegiado como mecanismo de autenticación de evidencias, más no el único válido por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en CSJ SP160–2017, 18 en. 2017, rad. 44741 (que reitera, entre otras, la CSJ SP12229–2016, 31 ag. 2016, rad. 43916), explicó:

Esta Corporación ha tenido oportunidad de definir que la autenticación de evidencias físicas tiene un claro contenido factual, por lo que es un tema de prueba referido a la demostración de que “una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es”³.

En esta medida, a efectos de llevar a cabo la autenticación de las evidencias físicas, aunque en todos los casos debería prevalecer la sujeción a los protocolos de cadena de custodia, la parte que la aporta se encuentra en libertad de solicitar los medios probatorios que considere más adecuados e idóneos para su demostración, prevaleciendo en tal sentido el principio de libertad probatoria que inspira el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, que establece en su artículo 373 que “los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

Así, la Sala ha subrayado la obligación constitucional (artículo 250 de la Constitución Política) y legal (artículos 205, 209, 254 y siguientes y 277, entre otros, de la Ley 906 de 2004)⁴ de sujeción a la cadena de custodia como método de autenticidad por excelencia, con la que se pretende el aseguramiento de las evidencias físicas, a fin de evitar su alteración, modificación, suplantación o falseamiento, lo que determina la vigencia del principio de mismidad, según el cual, la evidencia exhibida en los estrados judiciales debe ser la misma recogida en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores⁵.

Sobre la trascendencia que en materia de valoración probatoria tiene la guarda de los protocolos de cadena de custodia, se ha puntualizado lo siguiente:

[I]a Sala **aclara** que lo concluido en otras ocasiones en el sentido de que los problemas de cadena de custodia atañen a la valoración de la evidencia mas no a su legalidad (CSJ SP, 19 Feb.

³ CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ AP, 3 sep. 2014, rad. 41908; CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

⁴ CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

⁵ CSJ SP, 19 feb. 2009, rad. 30598.

2009, Rad. 30598, CSJ AP 7385, 16 Dic. 2015, entre otras), **no significa:** (i) excepcionar la obligación constitucional y legal que tiene la Fiscalía General de la Nación de someter las evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia; (ii) negar la trascendencia de los protocolos de recolección, embalaje, rotulación, etcétera, en la autenticación de evidencias físicas que puedan ser fácilmente suplantadas o alteradas; ni (iii) desconocer la importancia de la adecuada autenticación de las evidencias físicas en el proceso de determinación de los hechos en el proceso penal.⁶

No obstante lo anterior, también se ha precisado que si por alguna razón no se cumple con la obligación constitucional y legal de someter las evidencias físicas al procedimiento de cadena de custodia, el artículo 277 de la Ley 906 de 2004 admite que su autenticidad se pueda acreditar por cualquier medio de conocimiento, en virtud, como se ha dicho, del principio de libertad probatoria, carga demostrativa de la parte que las presente.

Por eso, tratándose de evidencias físicas que son únicas o identificables a simple vista por sus características externas, o aquellas que son susceptibles de ser marcadas y que de esa manera se hacen identificables, el protocolo de cadena de custodia puede ser suplido como procedimiento de autenticación a través de la presentación de testigos que tengan conocimiento “personal y directo” de los hechos que pondrán en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004.

En tal evento, la parte debe ofrecer los medios probatorios tendientes a la articulación de los factores que, en orden a establecer su pertinencia, determinen la mismidad de la evidencia física, esto es, presentando los testimonios a través de los cuales se pueda demostrar que el instrumento recogido es el mismo presentado como prueba ante el juez de conocimiento⁷ [negrilla original del texto].

Y en decisión posterior, la Jurisprudencia explicó⁸:

Con todo, si por alguna circunstancia no se dio cumplimiento a la obligación constitucional y legal de acatar los protocolos de cadena de custodia frente a las evidencias físicas, el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, en atención al principio de libertad probatoria, permite que la autenticidad se acredite por cualquier medio de conocimiento.

⁶ CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

⁷ CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.

⁸ CSJ-SP4352-2021. Radicado 56962.

Entonces, el protocolo de cadena de custodia se hace ideal cuando se trata de evidencias físicas que fácilmente pueden confundirse o alterarse, como es el caso de las sustancias estupefacientes, frente a aquellas que pueden identificarse a simple vista por sus características externas, o que son susceptibles de ser marcadas y por ello se hacen identificables.

No obstante, el procedimiento de autenticación puede ser suplido a través de los testigos que tengan conocimiento “*personal y directo*” de los hechos, tal como lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004.

El argumento de disenso que propone el recurrente no se centra en la legalidad de la prueba a través de la cual se demostró la autenticidad de la evidencia física, sino en su eficacia para lograr ese propósito; así, su alegato se dirige a cuestionar la contundencia de los testimonios de los policiales que realizaron la captura, bajo el prurito argumento de “*ambos policiales manifestaron que la llevaron en sus manos, sin ningún tipo de protección, de guantes o algún tipo de salvaguarda para tomar el elemento como tal en ese momento, es decir, sin los protocolos establecidos en la cadena de custodia a la estación de policía*”⁹.

El argumento por sí solo, es inadmisibile e inocuo, como quiera que el procedimiento de cadena de custodia constituye una suerte de tarifa legal, por lo que su incumplimiento deriva, ineluctablemente, en la ausencia de prueba de la autenticidad del elemento material probatorio. De ese modo, niega la posibilidad de que el referido supuesto fáctico se acredite con el testimonio de los funcionarios que tuvieron en su poder la evidencia desde el mismo momento de su recolección.

⁹ <file:///C:/Users/Downloads/60RecursoDefensa.pdf>. Página 4.

Sobre el tema, la entidad tribunalicia de Cierre en nuestra jurisdicción, ha explicado:

Al respecto, recuérdese que en el sistema procesal «los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código...» (artículo 373 de la Ley 906 de 2004). Entonces, si autenticar una evidencia es «demostrar que una cosa es lo que la parte afirma según su teoría del caso» (Cfr. CSJ AP5785–2015, 30 sep. 2015, rad. 46153), en ese empeño también prevalece el principio de libertad probatoria.

Es por ello que el canon 277 ibidem «establece dos formas de autenticar estos elementos: (i) a través del sometimiento a las reglas de cadena de custodia; y (ii) por cualquier medio de conocimiento» (Cfr. CSJ SP12229–2016, 31 ag. 2016, rad. 43916).

En el caso que concita la atención de la Corporación, no se tiene duda respecto a la identidad e individualidad de este elemento, este no se ha confundido con otro bien, por ejemplo, con otro revólver, o de otro calibre, o una pistola. Si analizamos la mismidad del arma se puede concluir, siguiendo la ruta de manipulación de la misma, que esta no fue alterada, no se presentaron al respecto irregularidades, el agente que la incautó fue el primero en relacionarla el día del operativo, relacionó la numeración de la misma como la V-7-64322 y esta ha permanecido y sobre la mismidad no se manifestó en ese escenario nada al respecto. Es pertinente además reiterar lo dicho allí que el arma era idónea para ser utilizada en su función natural.

Se insiste que esta arma desde un primer momento fue individualizada e identificada, la numeración de la misma fue

debidamente consignada y registrada en los formatos de cadena de custodia. Al respecto, jurídicamente hablando, no se tiene tacha por parte de la defensa, por lo que ha de entenderse que el arma incautada es la misma que fue sometida a cadena de custodia.

Lo que hicieron los agentes fue el hacer la requisa, encontrar el arma, exigir el salvoconducto, y ante la negativa del mismo, transportar a los indiciados junto con el arma en la camioneta hasta la estación de policía y luego se llevó para peritaje en la base del departamento en Medellín¹⁰. Lo real es que el agente de la policía Bagnny incautó un arma y esta permaneció inalterada hasta el momento del juicio¹¹, en otras palabras, se cumplió con el fin que establecen los artículos 254 a 266 del C.P.P.

Dígase, además, que si bien la defensa en el contrainterrogatorio, se afincó en colocar en duda, la autenticidad de la evidencia, a pesar de no someterse al protocolo de cadena de custodia, o a otro mecanismo que garantizara su misma, sus escasos dos interrogantes no lograron allanar el camino pretendido, pues ningún cuestionamiento se hizo a los testigos que declararon sobre su recaudo, dirigido a establecer su autenticidad, quedando su labor en el campo especulativo.

¹⁰ Diligencia de juicio oral. Récord. 51:50

¹¹ Diligencia de juicio oral. Récord. 1:28:15

Además, la defensa ningún reparo o cuestionamiento realizó en la alegación final del juicio sobre la Cadena de Custodia respecto del elemento de fuego incautado a su cliente, ni presentó experticia alguna directa para acreditar cualquier circunstancia relativa a la modificación del elemento (autenticidad), en desmedro de los intereses de su poderdante, más allá de las "sensaciones" o juicios subjetivos que lo llevaban a dudar de la probidad del procedimiento realizado por los Funcionarios de Policía Judicial que habían intervenido en el trámite.

Sobre el tema en cuestión, razonó la Corte Suprema de Justicia, así:

En virtud de la primera disposición en cita, no basta acreditar lesión a la cadena de custodia respecto de algún elemento de prueba, pues, en ese evento, a lo sumo, se habrá probado que no operó la presunción de autenticidad que surge del adecuado manejo de las evidencias, pero no, que está insatisfecho el principio de mismidad, toda vez que la indemnidad de la evidencia recaudada puede acreditarse por la parte interesada mediante otros instrumentos (Cfr. CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40629).

En el caso analizado, esa autenticidad respecto del arma de fuego incautada por la fuerza pública, esto es, la certeza de que el revólver encontrado en el lugar de los hechos es el mismo cuyo porte se le endilga a los procesados, en esencia, aparece demostrada, además del rótulo y registro de cadena de custodia, con la declaración del uniformado que realizó el operativo de captura e incautación, su posterior fijación

fotográfica, traslado a la ciudad de Medellín¹² y por el perito que conceptuó que el artefacto por él examinado, era apto para ser disparado, vale decir, en este asunto, cada uno de los declarantes exhibió que tenía el conocimiento suficiente para identificar o referirse a la evidencia física llevada a juicio.

En ese orden, en el asunto sometido a controversia, el cuestionamiento a la cadena de custodia carece de cualquier utilidad porque la autenticidad del revólver hallado en poder del procesado se garantizó debidamente.

De otro lado, la tesis propuesta por el recurrente respecto a que, como quiera que el arma de fuego supuestamente incautada no tenía las huellas de ninguno de los procesados, asimilándolo a un falso positivo, se ha de entender que ello es suficiente para que en su contra no se pueda proferir un fallo de condena, se puede considerar algo errado, como quiera que para acreditar el delito en cuestión, no hay tarifa legal, porque el sistema de libertad probatoria da cabida a que el porte del arma se demuestre por cualquier medio de convicción.

Por tanto, pretender la aducción al juicio oral de documento que constata la situación meteorológica del día de los hechos, sería tarifar la prueba, afectándose así el sistema de la persuasión racional. Y se dice ello, porque en esos términos se presentó su inconformidad "ente acusador no presentó informe climático o meteorológico, como estaba el clima el día de la captura de sus defendidos".

¹² Audiencia de juicio oral. récord 1:32:20

Por manera, que la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones, ha sido enfática en sostener la inexistencia de tarifa legal probatoria en el ordenamiento procesal patrio para demostrar el porte de armas, veamos¹³:

En efecto, el libelista plantea que la autoridad militar encargada de emitir las autorizaciones para el porte de armas es la única que tiene a cargo certificar si un ciudadano tiene o no un permiso de esa naturaleza. Y a renglón seguido expresa que en la sentencia en mención la Sala "no acepta que se acuda a otros elementos probatorios porque se ciñe estrictamente al principio de legalidad, no permite que se soslaye la carga probatoria en cabeza del ente acusador".

Lo anterior riñe con lo expresado en el proveído en comento, pues allí no se dijo que existiera tarifa legal para la demostración de la ausencia de autorización para portar armas de fuego, por el contrario, se concluyó que en esos eventos aplica a plenitud el principio de libertad probatoria:

Lo anterior significa que, para demostrar en un asunto concreto la falta de autorización legal para comerciar, distribuir, llevar consigo, etc., un arma de fuego, deberá introducirse al juicio oral prueba (o, por lo menos, una estipulación de las partes en ese sentido) de la cual pueda colegirse, de manera razonable, que el comportamiento descrito en la ley no estaba amparado por el orden jurídico. Ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación del principio de libertad probatoria (artículo 373 de la Ley 906 de 2004), por lo que no es obligación ineludible de la Fiscalía aportar, mediante un testigo de acreditación, el documento público que certifique la ausencia del permiso correspondiente, siempre y cuando recurra a cualquier otro medio pertinente para hacerlo.

Esta Corporación ha reiterado que este elemento normativo del delito de porte ilegal de armas de fuego y municiones también puede demostrarse a través de inferencias, siempre y cuando se cumpla con las obligaciones básicas de establecer cuáles son los datos a partir de los cuales puede colegirse la ausencia de permiso y de explicar satisfactoriamente el paso de los datos a la conclusión a partir de la utilización de verdaderas máximas de la experiencia u otras expresiones de la sana crítica (CSJ SC, 11 Feb 2015, Rad. 44364).

¹³ AP5731-2015. Rad. 43522.

Lo anterior no implica la inversión de la carga de la prueba, como parece entenderlo el impugnante. No puede confundirse la posibilidad de que un determinado hecho jurídicamente relevante se demuestre a partir de inferencias, con la eliminación de la obligación que tiene la Fiscalía de demostrar su teoría del caso. De hecho, es usual que algunos elementos de la conducta punible sólo puedan probarse de esta manera, como sucede con el dolo y otros aspectos del fuero interno del sujeto que no pueden percibirse directamente por los sentidos, sin perjuicio de la posibilidad de que esta forma de raciocinio se utilice frente a los elementos objetivos.

Además, en la sentencia del dos de noviembre de 2011, a la que alude el impugnante, se analizó la utilización por parte del ad-quo de un enunciado que no reunía los requisitos estructurales de una máxima de experiencia, especialmente lo atinente a la universalidad o generalidad, y se cuestionó la inexistencia de datos a partir de los cuales pudiera inferirse la ausencia de permiso para portar el arma de fuego.

Lo anterior es sustancialmente diferente a lo sucedido en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, porque el fallador de segunda instancia reiteró que la ausencia de autorización para portar la pistola se acreditó con el testimonio de los agentes de policía que observaron cuando GARCÍA BUILES «arrojó el arma de fuego que portaba», y les consta que al requerir al procesado para que exhibiera el salvoconducto, éste no lo tenía. A ello debe sumarse que en su declaración en el juicio oral el acusado negó tener alguna relación con el arma de fuego incautada por los policiales.

En este orden de ideas, si el impugnante tenía interés en cuestionar el raciocinio realizado por el fallador de segunda instancia para concluir que existía prueba suficiente de que GARCÍA BUILES no contaba con autorización para portar el arma de fuego, tenía la carga de explicar en qué consistió la supuesta trasgresión de la sana crítica, es decir, cuáles fueron las máximas de la experiencia, las expresiones del sentido común, el conocimiento técnico científico o las reglas de la lógica que fueron desconocidas o indebidamente aplicadas. En su lugar, se limitó a defender una tarifa legal inexistente y a hacer cuestionamientos abstractos que bajo ninguna circunstancia pueden tenerse como sustento suficiente de la causal de casación que, entre otras cosas, fue erróneamente invocada, según se indicó en la primera parte de este apartado.

En suma, el hallazgo del artefacto de fuego, unido a la demostración de la aptitud o capacidad del arma incautada

tipo revólver para potencialmente causar daños a la vida o a la integridad de las personas, y la acreditación de la ausencia de un permiso oficial de los organismos militares para la tenencia libre o el porte del elemento, esto es con clara violación del monopolio del estado en el uso de las armas de fuego y municiones, constituye un acervo fuerte y suficiente para llevarnos al grado de convencimiento probatorio exigido por el artículo 381 procesal penal, lo que de suyo, ineluctablemente conlleva a confirmar la sentencia de primer grado.

De acuerdo con lo anterior, no están llamados a prosperar los argumentos de la impugnación, respecto al cargo de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego, accesorios partes o municiones esbozados por la defensa, motivo por el cual se impone la confirmación del fallo venido en alzada, en punto de la declaración de responsabilidad penal en contra de los procesados.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **CONFIRMÁRA** la sentencia condenatoria de primera instancia proferida de 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia.

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

7. RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión asumida en la sentencia apelada, atendiendo las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **15323331666a0d5aa0f64b2640a1a9cba15918b92663d4c2650a30fd51709a70**

Documento generado en 30/05/2023 02:39:36 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Radicado 05000-22-04-000-2023-00235-00 (2023-0827-3)
Accionante GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO
Accionado Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro,
Antioquia.
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Improcedente
Acta: N° 149 mayo 29 de 2023

Medellín, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO por intermedio de apoderado judicial, en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

DE LA PETICIÓN

Se relató en el escrito tutelar¹ que, el 22 de octubre de 2018, fue capturado el señor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO junto con otro, sobre una vía pública del municipio de Rionegro, Antioquia, y en la misma data se llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, Antioquia, endilgándosele el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, proceso identificado con el número 05 615 60 00294 2018 00048.

¹ PDF 003, folio 62, expediente digital de tutela.

Expuso que, aunque GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO reside en el mismo municipio donde se alentaba el asunto penal, no fue citado para el desarrollo de las audiencias de conocimiento (formulación de acusación, preparatoria, juicio oral).

En la audiencia de formulación de acusación no obra constancia de algún acto desplegado para su ubicación, tan solo se limitan en referir que de los datos de localización suministrados no se arrojó respuesta alguna. No se llevó ningún control respecto de las notificaciones, lo cual impidió la participación del sindicado en la defensa de sus intereses, vulnerando su derecho al debido proceso, defensa y contradicción.

Adujo que, según amplio criterio jurisprudencial, es necesaria la presencia del procesado y su defensor a la audiencia de formulación de acusación en la cual se puedan llevar a cabo los actos de defensa técnica necesarios para una debida representación judicial.

Refiere que lo anterior fuerza concluir la falta de adecuación entre la formulación de la imputación y la sentencia, pues a su prohijado le fue imputada la conducta punible en la modalidad de adquirir y condenado en calidad de distribuir, fue un exceso de aplicación del poder punitivo, no hubo congruencia. Extralimitándose en la configuración típica del injusto y su aplicación condenatoria.

Aunado a lo anterior, manifestó que en la sentencia se consignó que no existen condiciones humanitarias que conduzcan a examinar la prisión domiciliaria, lo cual desborda todo razonamiento ya que su mandante presenta afectaciones en su salud física, con pérdida anatómica de su brazo derecho, y al tener 65 años es un sujeto de especial protección. Su extensa familia necesita que el señor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO esté en casa porque requieren de su acompañamiento emocional ya que es una persona sumamente carismática.

En consecuencia, solicita (i) se declare nulidad parcial de lo actuado en el proceso penal con radicado 05 615 60 00294 2018 00048 desde la formulación de imputación, (ii) como consecuencia de lo anterior, se suspenda la ejecución de la sentencia No. 37 del 18 de abril de 2022 del Juzgado Tercero Penal de Rionegro, Antioquia, y (iii) se ordene la libertad inmediata del señor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el 15 de mayo de 2023², se inadmitió la acción de tutela al carecer de poder especial el abogado Yamid Aleison Castro López.

2. El 16 de mayo de 2023, luego de subsanada la irregularidad se admitió la tutela se corrió traslado al despacho demandado y se vinculó al *Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, Antioquia*, y al *Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia*, para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente. Posteriormente³, se vinculó también como terceros interesados a partes e intervinientes que actuaron en el proceso penal con radicado 05 615 60 00294 2018 00048 00 estos son: Fiscalía 049 Seccional Rionegro - *Dr. Luis Alejandro Torres Álvarez*- delegada del Ministerio Público -*Dra. Natalia Vallejo*- y los defensores públicos - *David Madrid Palacio, José Giraldo Giraldo, Rosa Dary Cardona Berrio y Juan David Tabora Rave*-. Igualmente, al defensor contractual *Dr. Andrés Felipe Acevedo García* quien actualmente representa los intereses del accionante ante el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

3. En la contestación de la acción, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia manifestó que el 28 de febrero de 2023 avocaron conocimiento para la vigilancia de la pena de 64 meses de prisión por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes impuesta el 18 de abril de 2022 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, sin derecho a subrogados. Librándose la respectiva orden de captura.

Aseveró que el 25 de abril de 2023 el señor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO fue aprehendido y al día siguiente fue puesto a disposición de ese Despacho, por lo que procedieron con la legalización de la captura y con la expedición de la correspondiente boleta de encarcelamiento ante el Centro Penitenciario y Carcelario de La Ceja, Antioquia.

Expresó que, durante la etapa de vigilancia de la pena, el Despacho no ha recibido peticiones de prisión domiciliaria por grave enfermedad o padre cabeza de familia; que

² PDF N° 005 Expediente Digital.

³ PDF N° 015 Expediente digital

desconoce las actuaciones llevadas a cabo durante el proceso de investigación y juzgamiento en lo concerniente a la ubicación y comparecencia del sindicado al proceso.

Por lo tanto, considera no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante.

4. El Juzgado Primero Penal Municipal Mixto de Rionegro, Antioquia, aseveró que el 22 de octubre de 2018 en el asunto penal con radicado 05615600029420180004800, NI 2018-00545 se realizó audiencia de legalización de captura del señor GILBERTO DE JESUS HENAO HENAO y otro, e imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. La Fiscalía General de la Nación declinó de la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, por lo que de inmediato fue ordenada la libertad de los imputados.

5. El Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Rionegro, Antioquia, expuso que conoció del proceso penal con CUI 05615600029420180004800 por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes contra GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO y William de Jesús Arboleda Quintero.

Adujo que recibieron el escrito de acusación el 23 de enero de 2019 y se realizó su formulación oral el 28 de marzo de 2019. La audiencia preparatoria tuvo lugar el seis (6) de diciembre de 2019 y la audiencia de juicio oral se desarrolló los días 19 y 20 de abril de 2021, fecha en la cual se finalizó la práctica probatoria, se realizaron alegatos de clausura y se dictó sentido de fallo condenatorio en contra de ambos acusados. Finalmente, el 18 de abril de 2022 profirió sentencia de responsabilidad en contra de William De Jesús Arboleda Quintero y GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO como coautores de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, imponiendo a ambos pena de 64 meses de prisión y multa de dos SMLMV; sin subrogados ni beneficios penales.

Precisó que la aludida decisión no fue recurrida, cobrando ejecutoria en la misma data de su emisión; se ordenó la captura de los sentenciados para el cumplimiento físico de la pena y la remisión del proceso a ejecución de penas.

Adujo que durante la actuación, todas las citaciones del señor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO se realizaron al número telefónico 3126480265 abonado celular por él suministrado en audiencia de formulación de imputación.

María Victoria Suárez empleada del centro de servicios judiciales de Rionegro consignó en la planilla de notificación que intentó comunicación con el señor Henao Henao al número celular referido pero que: el ocho de febrero de 2019 *“me informaron no conocerlo”*; el seis de mayo de 2019 *“manifestaron no conocerlo”* pero dejó anotado en la planilla que también se comunicó con el defensor para coadyuvar esa notificación; el 24 de mayo de 2019 *“que no lo conocen”*, el seis de agosto de 2019 *“deje mensaje fecha y hora aud. En el buzón, ya que no contestan”* y finalmente el 23 de enero de 2020 *“respondieron que no lo conocen”*.

No obstante, el 19 de abril de 2021, primera fecha de juicio oral y previo a iniciar la audiencia, la defensora pública Dra. Rosa Dary Cardona informó que había logrado comunicación telefónica con un hijo de GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO al teléfono 3215814485, quien le proporcionó el número 3206480265 donde consiguió efectiva comunicación con el acusado, por lo que procedió a informar la fecha del juicio, sin embargo, obtuvo como respuesta que se encontraba en una vereda de Yolombó y que no tenía un celular con internet y que por ello no podía asistir al juicio.

En la audiencia del 20 de abril de 2021, la defensora pública Rosa Dary Cardona, aseguró de viva voz haber tenido comunicación telefónica el día anterior con su defendido, señor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO, quien dijo que no tenía forma de comparecer al juicio.

Por lo anterior, considera que no existe ninguna vulneración a la defensa material del sentenciado GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO, pues, aunque infructuosas, el despacho desplegó las labores de notificación al número de teléfono que suministró el ciudadano en audiencias de control de garantías; además la defensora pública Rosa Dary Cardona quien representó en el juicio oral los intereses del señor Henao Henao informó en audiencia que éste indicó no poder comparecer al desarrollo de la audiencia. Significando lo anterior que, el acusado si conocía de las fechas de juicio oral, fue su voluntad no comparecer.

Manifestó que el señor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO se desentendió del proceso, pues durante los tres años que duró su trámite no compareció al despacho, ni se comunicó telefónicamente para conocer del mismo.

Finalmente, respecto de las disquisiciones que hace el accionante frente al principio de congruencia respecto de su grado de participación en la conducta punible, la adecuación típica y los fundamentos para negar beneficios y subrogados penales, adujo que son aspectos que ya fueron objeto de debate y resueltos en sentencia que no fue recurrida y cobro ejecutoria legal en la misma fecha de emisión, por lo tanto, no pueden ser atendidos en este escenario; pues la acción de tutela no puede ser un mecanismo para revivir etapas procesales ya precluidas.

Por lo tanto, solicita se niegue el amparo por improcedencia de la acción de tutela.

6. El Dr. David Palacio Palacio manifestó que atendió los intereses de GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO y del coprocesado William de Jesús Arboleda Ocampo en audiencias preliminares ante Juez de Control de Garantías del Municipio de Rionegro, Antioquia, el 22 de octubre de 2018, como defensor del Sistema Nacional de Defensoría Pública, al interior del SPOA 05 615 60 00294 2018 00048 00.

Adujo que los procesados fueron asesorados sobre las consecuencias jurídicas del proceso y especialmente lo relacionado a la audiencia de imputación, pero ambos decidieron no aceptar cargos. Para ese entonces, en atención a las condiciones generales de los imputados, el Fiscal desistió de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento.

Expuso que el proceso lo sustituyó a otro colega de la Defensoría Pública, porque fue trasladado a otra sede, por lo tanto, desconoce los detalles del proceso en etapa de conocimiento.

7. El defensor público José Giraldo aseveró que asumió la carpeta en junio de 2019 hasta el 05 de octubre de 2019 que lo sustituyó a su colega la Dra. Rosa Dary Cardona, intentó comunicarse con el usuario en los números que había aportado para su localización pero nunca logró encontrarlo.

8. La Dra. Rosa Dary Cardona de Ríos adujo que el Juzgado de conocimiento realizó todo lo físicamente posible para efectuar las respectivas notificaciones al teléfono 312 648 02 65 suministrado por el señor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO en la audiencia de formulación de imputación, pero fue infructuoso.

Expuso que el 19 de abril de 2021 le informó al Juzgado competente que logró comunicación telefónica al número 321 581 44 85 con un hijo del señor Henao Henao, y logró contactarse con el referido acusado a quien le informó de la fecha de la audiencia de juicio oral pero obtuvo como respuesta que se encontraba en una vereda del municipio de Yolombó y no tenía un celular con internet para la correspondiente conexión.

El 20 de abril de 2021 nuevamente informó al despacho que el día anterior se había comunicado con su defendido quien le informó que no tenía medios técnicos para comparecer de manera virtual al juicio.

Anotó que en más de tres años que duró el proceso el acusado no compareció al Juzgado, ni se comunicó telefónicamente para averiguar el estado del asunto, no quiso comparecer al juicio aun conociendo de su realización, pues lo citó para la misma. Por lo tanto, considera que no existió vulneración alguna a la defensa del señor Henao Henao.

9. El abogado Juan David Taborda Rave expuso que el proceso penal con CUI 0561560002942018 00048 lo recibió el 18 de abril de 2022 por designación de la defensoría del pueblo para su etapa final (lectura de sentencia).

Adujo que según información que reposa en el expediente el procesado GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO no compareció al juicio y fue infructuosa la localización en los datos aportados para su ubicación. Pese a ello siempre fue representado por un profesional del derecho.

Aseveró que la acción de tutela no puede ser un mecanismo para revivir etapas procesales ya precluidas. Por lo tanto, solicita se niegue el amparo solicitado.

10. La Fiscalía 49 Seccional de Rionegro, Antioquia, informó guardar silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para proferir fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

Teniendo en cuenta que la acción de tutela se promueve contra un actuación procesal, corresponde a esta Sala constatar si la acción de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad formales. Una vez acreditado el cumplimiento de esos presupuestos se deberá definir si se configura una violación a los derechos al debido proceso y defensa material.

En el presente asunto, concretamente, se debe analizar el estudio de la debida citación a las audiencias que componen el proceso penal y al derecho a la defensa material, pues el actor ha señalado que en el asunto identificado con el Código Único de Identificación 05 615 60 00294 2018 00048, adelantado en su contra en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, fue condenado sin que se le hubiese permitido comparecer a las audiencias del juicio oral para ejercer su derecho de defensa material.

Los jueces, de acuerdo con lo instituido en el marco del Estado Social de Derecho, tienen instituido como deber ineludible la materialización de las garantías fundamentales de los ciudadanos, tales como la obligación de dar publicidad de las decisiones proferidas dentro en un determinado proceso, con el propósito de realizar el ejercicio de los derechos a la defensa y contradicción de las partes e intervinientes, misma que se cumple con la notificación de las decisiones.

Sobre el particular la Corte Constitucional expresó: *«el acto material de comunicación a través del cual se ponen en conocimiento de las partes y de los terceros interesados las decisiones proferidas por las autoridades públicas, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, con la finalidad de que las partes conozcan su contenido, y puedan así atacarlas o controvertirlas en defensa de sus intereses»*⁴.

El derecho a la defensa es una de las garantías que componen el debido proceso, pues es la oportunidad reconocida a toda persona procesada penalmente de ser oída, de controvertir y objetar las pruebas recaudadas en su contra y de solicitar la práctica y

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-419 de 1994.

evaluación de las que se estiman favorables, lo señalan los artículo 29 de la Constitución Nacional y artículos 8 literales j y k; 125 numeral 4 y 130 de la Ley 906 de 2004.

Durante la etapa del juzgamiento del proceso penal esta prerrogativa debe garantizarse durante toda la actuación, para ello el procesado debe ser citado debidamente a todas las audiencias, dígase: acusación, preparatoria, juicio oral, individualización de la pena y lectura de sentencia.

El artículo 168 de la Ley 906 de 2004 establece: “*Se notificarán las sentencias y los autos*”, por su parte el canon 169 establece:

“FORMAS. Por regla general las providencias se notificarán a las partes en estrados.

En caso de no comparecer a la audiencia a pesar de haberse hecho la citación oportunamente, se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito. En este evento la notificación se entenderá realizada al momento de aceptarse la justificación.

De manera excepcional procederá la notificación mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes.

Si el imputado o acusado se encontrare privado de la libertad, las providencias notificadas en audiencia le serán comunicadas en el establecimiento de reclusión, de lo cual se dejará la respectiva constancia.

Las decisiones adoptadas con posterioridad al vencimiento del término legal deberán ser notificadas personalmente a las partes que tuvieren vocación de impugnación.”

Así, la convocatoria a las diligencias a las partes y a los intervinientes, conformadas por la Fiscalía General de la Nación, la defensa, el procesado y las víctimas, de conformidad con que el Título IV, deberá realizarse mediante citación, tal como lo prescribe el artículo 172 de la Ley 906 de 2004, que expresa:

Artículo 172. Forma. Las citaciones se harán por orden del juez en la providencia que así lo disponga, y serán tramitadas por secretaría. A este efecto podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación.

El juez podrá disponer el empleo de servidores de la administración de justicia y, de ser necesario, de miembros de la fuerza pública o de la policía judicial para el cumplimiento de las citaciones.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 26 de octubre de 2011, Rad. 37659, En punto del derecho a la defensa material, expresó:

*«Claramente los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y la corte Constitucional, advierten cómo **la defensa material y técnica, esto es, la que adelantan particularmente el procesado y su abogado, constituyen un todo que se retroalimenta de lo favorable que individualmente cada uno realiza, aunque, para favorecer la dinámica de la pretensión común, es factible que se desarrolle de manera separada, o mejor, se faculta que por vías diferentes el procesado y su representante para el proceso penal hagan solicitudes independientes o de manera autónoma estén habilitados para interponer recursos.***

Esa articulación no obsta para que, en determinados eventos, deba preferirse, dada la naturaleza de la intervención o sus efectos, el criterio de uno u otro, como sucede, para citar apenas un ejemplo puntual, en los eventos de allanamiento a cargos, donde prima la voluntad del imputado o acusado.

Al respecto ha señalado la Sala:⁵

“Encuentra la Corte que el Tribunal mal interpreta lo dicho por la Corporación, como quiera que si bien la jurisprudencia ha sostenido que el procesado y su defensor son sujetos procesales independientes y, como tales, tienen poder de postulación separado y que, en consecuencia, como normal general, aquél está obligado a sustentar el recurso por él interpuesto y, así mismo, que si ambos recurren el desistimiento del defensor no se hace extensivo a la impugnación formulada por el procesado, también ha señalado que para la sustentación éste no está atado, indefectiblemente, a la asesoría o coadyuvancia del representante judicial. “El procesado está, por disposición de la ley, obligado a sustentar el recurso por él interpuesto, y la ley no lo ata indefectiblemente a depender para ella de la asesoría o coadyuvancia de su representante judicial”(auto de julio 7/99 Rdo 15.956).

En otros términos, que el recurso puede ser sustentado directamente por el procesado, por el defensor, o por ambos, lo que, por lo demás, corresponde a la esencia y razón de ser del contrato de mandato que se celebra, precisamente, para que el mandatario o apoderado actúe en nombre, representación y por cuanta del mandante o procesado”

*Con relación a la **unidad inseparable entre el procesado y el defensor para ejercer el derecho fundamental a la defensa**, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T. 1137 de 2004:*

*“No obstante esta Corte consideró que **el imputado y su defensor integran una parte única articulada que desarrolla una actividad que se encamina a estructurar una defensa conjunta, con el fin de contrarrestar la acción punitiva estatal, haciendo uso del derecho de solicitar la práctica de pruebas, de contradecir las que se le opongan, de presentar alegatos, proponer incidentes e impugnar las decisiones que juzgue contraria a sus intereses, con las excepciones que prevé la ley procesal**”.*

⁵ Tutela 12.825 del 21 de enero de 2003, Recurso de Queja 20.777 del 27 de mayo de 2003.

Ahora bien, en relación con este último punto, la Corte consideró pertinente reiterar lo decidido en sentencia C- 488 de 1996, proveído que distingue la labor del abogado defensor de quien es juzgado en ausencia, del papel que desarrolla el apoderado designado por el imputado que comparece al proceso, al igual que las actuaciones que no pueden ser delegadas ya sea por el imputado, como por el designado para representar su defensa. Señala la providencia en cita:

*“Una de las formas de garantizar el debido proceso y, concretamente, el derecho de defensa del procesado es la contenida en el artículo 29 de la Carta, que le permite al sindicado la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento. **Cuando el sindicado está presente en el proceso penal, el derecho de defensa comprende la actividad concurrente de ambos sujetos procesales -el procesado y su defensor-, quienes gozan de amplias facultades para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva, solicitar pruebas, controvertir las que se alleguen, presentar alegaciones, interponer recursos, etc.** El ejercicio de tales atribuciones no es, sin embargo, plenamente coincidente para ambos sujetos, pues en relación con algunas actuaciones, como la indagatoria, la confesión o la terminación anticipada del proceso, sólo el procesado puede ejercer en forma directa su derecho, aunque asistido por su defensor; en otras oportunidades prevalecen los criterios del defensor sobre los del procesado, esto sucede cuando existen peticiones contradictorias entre ambos sujetos procesales (art. 137 C.P.); y en relación con la sustentación del recurso de casación, la facultad del defensor es exclusiva (ibidem)”.*

De conformidad con lo expuesto, es dable concluir que las autoridades judiciales o administrativas, no pueden desatender la sustentación del recurso de apelación, argumentando que fue el apoderado y no el representado quien impugnó la providencia que se controvierte, porque, salvo dictados expresos del legislador, debidamente justificados, los medios defensivos utilizados por las partes y los recursos interpuestos por sus apoderados, así se presenten separadamente, comportan la misma defensa.”

Esa perspectiva general de lo que como unidad representan el procesado y su defensor, conserva plena vigencia en sede de la sistemática acusatoria dispuesta por la Ley 906 de 2004, aunque, desde luego, con algunas variaciones sobre aspectos procedimentales puntuales, que en nada desdibujan la esencia de la figura.

*Respecto de la defensa material, cabe decir, de ninguna manera la Constitución Política o la ley hacen depender ella de la intervención técnica de un defensor, sea este público o de confianza, pues, una somera revisión de las normas atinentes al caso permite apreciar que **para el imputado o acusado existe una amplia gama de posibilidades de postulación e impugnación que, como se vio, se articulan o complementan la actividad del profesional del derecho encargado de asistirlo.***

Así, desde el mismo diseño constitucional se otorgan como derechos inherentes al sindicado los de (artículo 29 de la Carta Política): “...presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

En desarrollo de ello, como facultades propias del imputado o acusado, sin requerir la mediación del defensor, el artículo 8° de la Ley 906 de 2004, reseña, entre otras. “...j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas; k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediatez de las

pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario, aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate”.

A su turno, el artículo 130 de la Ley 906 de 2004, en cuanto atribuciones propias del imputado, reseña:

“Además de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, de la Constitución Política y de la ley, en especial de los previstos en el art. 8° de este código, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella.”

Queda claro, entonces, que el imputado o acusado no solo conforma con su abogado una unidad defensiva, sino que posee bastante autonomía, en lo que al aspecto material compete, para hacer valer individualmente sus derechos.»
(Negrillas fuera del texto).

En cuanto a los deberes de las partes e intervinientes en el proceso penal el artículo 140 de la Ley 906 de 2004 expresa:

“ARTÍCULO 140. DEBERES. Son deberes de las partes e intervinientes:

- 1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.*
- 2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o en el ejercicio de los derechos procesales, evitando los planteamientos y maniobras dilatorias, inconducentes, impertinentes o superfluas.*
- 3. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus intervenciones.*
- 4. Guardar el respeto debido a los servidores judiciales y a los demás intervinientes en el proceso penal.*
- 5. Comunicar cualquier cambio de domicilio, residencia, lugar o dirección electrónica señalada para recibir las notificaciones o comunicaciones.*
- 6. Comparecer oportunamente a las diligencias y audiencias a las que sean citados.*
- 7. Abstenerse de tener comunicación privada con el juez que participe en la actuación, salvo las excepciones previstas en este código.*
- 8. Guardar silencio durante el trámite de las audiencias, excepto cuando les corresponda intervenir.*
- 9. Entregar a los servidores judiciales correspondientes los objetos y documentos necesarios para la actuación y los que les fueren requeridos, salvo las excepciones legales.*

Sobre esta materia, La Corte Constitucional en sentencia T-276-20 expuso:

“2.2. Los deberes de las partes e intervinientes dentro del proceso penal

El Código de Procedimiento Penal señala, en el artículo 140, los deberes de las partes e intervinientes dentro del proceso penal, siendo el primero de ellos el de

*“proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos”, por su parte, el numeral quinto del mismo articulado indica que las partes están en la obligación de “comunicar cualquier cambio de domicilio, residencia, lugar o dirección electrónica señalada para recibir las notificaciones o comunicaciones”. **Estas cargas tienen como finalidad armonizar y facilitar el desarrollo del litigio; así las cosas, es necesario que las personas vinculadas a la investigación de un delito den información veraz para que no se generen trabas y dilaciones dentro del mismo.***

En relación con la comparecencia de los procesados, se debe aclarar que existe una diferencia entre aquellas que no asisten debido a que no han sido notificadas, y las que no se presentan a las diligencias como estrategia procesal.

En el caso en el cual las personas no saben sobre la investigación, el Estado se encuentra en la obligación de notificarle sobre el procedimiento, teniendo la carga de agotar todos los mecanismos que se encuentren a su alcance para asegurar su comparecencia. En caso de no cumplir con este deber, se pueden generar nulidades dentro de las actuaciones desarrolladas. De otra parte, se puede presentar la situación en la cual, quien comete un delito tiene conocimiento de la investigación y, aun así, decide no asistir al proceso.”

Descendiendo al caso en particular, debe la Sala, tal como lo anunció, verificar si concurren los requisitos de procedencia general de la acción de tutela, y si se constatan cada uno de ellos examinar si se presenta una afectación a los derechos al debido proceso y defensa material del actor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, durante el trámite del proceso con Código Único de Identificación 05 615 60 00294 2018 00048, por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

La legitimidad en la causa por activa. Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre. Considera la Sala se cumple este requisito, dado que la acción de tutela fue ejercida por el señor GILBERTO DE JESÚS HEANO HENAO, por intermedio de apoderado judicial, al considerar vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, siendo él el titular de los mismos.

Legitimidad en la causa por pasiva. Acorde a los artículos 86 antes citado y 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede en contra de las autoridades públicas o particulares que amenacen o vulneren derechos fundamentales. Este presupuesto se satisface, en tanto el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, es la autoridad pública a la cual se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales

cuya protección implora el actor GILBERTO DE JESÚS HEANO HENAO, en razón que en ese despacho judicial se adelantó el proceso penal cuestionado.

Inmediatez. Es abundante y pacífica la jurisprudencia en cuanto a que si bien no existe un término de caducidad señalado para acceder a la tutela, ha de entenderse que esta debe implorarse dentro de un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, por cuanto el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela esta erigida “*para reclamar ante los jueces...mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma...la protección **inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales***”.(Negrillas fuera del texto).

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T-192-22 expuso:

“(...) Fundamento normativo. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo de «protección inmediata» de derechos fundamentales, que puede interponerse «en todo momento y lugar». Aunque la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 no definen un término para interponer la solicitud de tutela, la jurisprudencia constitucional ha precisado que esta acción debe ejercerse dentro de un término «razonable, oportuno y justo»⁶. La jurisprudencia constitucional ha precisado que la exigencia de este requisito está justificada, entre otras, por tres razones: i) evitar la afectación de los derechos de terceros⁷; ii) garantizar el principio de seguridad jurídica⁸ y iii) impedir «el uso de este mecanismo excepcional como medio para [remediar] la propia negligencia»⁹.

La Corte ha señalado que «de acuerdo con los hechos del caso, corresponde al juez establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros»¹⁰. Al respecto, ha sostenido que «en los casos que ha pasado un tiempo considerable, el análisis de procedibilidad de la petición de protección constitucional se torna más estricto»¹¹ y está condicionado a la verificación de tres elementos, que «no son taxativos»¹²: i) la existencia de razones válidas y justificadas de la inactividad procesal, como podrían ser la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para formular la solicitud de amparo en un término razonable o la ocurrencia de un hecho nuevo¹³; ii) la vulneración de los derechos fundamentales continúa y es actual¹⁴ y, por último, iii) la carga de la interposición de la solicitud de amparo en un determinado plazo resulta, de una parte, desproporcionada debido a la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, y de otra, contraria a la obligación de trato preferente conforme al artículo 13 de la Constitución¹⁵. Esto, entre otras razones, porque «una facultad absoluta para

⁶ Sentencias T-014 de 2019, SU-108 de 2018 y T-834 de 2005.

⁷ Sentencia T- 139 de 2017.

⁸ Id. Ver también: sentencia T-277 de 2015.

⁹ Cfr. Sentencia. T-219 de 2012. Al respecto, la Corte ha señalado uno de los fines del requisito de inmediatez es evita que la acción de tutela sea usada con «temeridad, negligencia o desidia o que sea convertido en un factor de inseguridad jurídica». Cfr. Sentencia T-108 de 2006.

¹⁰ Sentencia T- 139 de 2017.

¹¹ Sentencia T-014 de 2019.

¹² Sentencia SU-108 de 2018.

¹³ Id.

¹⁴ Id.

¹⁵ Id.

presentar la acción de tutela en cualquier tiempo sería contrario al principio de seguridad jurídica»¹⁶ y «desvirtuaría el propósito mismo de [esta acción], el cual es permitir una protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales»¹⁷.

En el presente caso, se reitera, se cuestiona la actuación del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, dentro del proceso penal con Código Único de Identificación 05 615 60 00294 2018 00048 00 a través de cual se condenó a GILBERTO DE JESÚS HEANO HENAO por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes quien afirma no haber sido citado para el desarrollo de las audiencias de conocimiento, vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso y derecho de defensa.

De la revisión del proceso que se adelantó en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, en contra del GILBERTO DE JESÚS HEANO HENAO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se avizora sobre el lugar de notificaciones aportado y respecto del conocimiento y citación de este a las diligencias programadas y realizadas de juicio oral, lo siguiente:

- (i) El 22 de octubre de 2018, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Rionegro, Antioquia, se legalizó la captura y se formuló imputación en contra de GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, audiencias en las que el imputado estuvo presente. En desarrollo de dichas audiencias este suministró como lugar de notificaciones la calle 42 No. 75-85 barrio El Porvenir de Rionegro, Antioquia, y el número teléfono 312 648 02 65. En esa oportunidad el acusado estuvo asistido por el defensor público Dr. David Madrid Palacio.
- (ii) Ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, el 22 de enero de 2019, se radicó escrito de acusación en el cual el ente persecutor relacionó como datos de localización de GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO el mismo número celular 312 648 02 65, mismo que fuera aportado por él durante la audiencia preliminar antes referenciada.

¹⁶ Sentencia SU-391 de 2016.

¹⁷ Sentencia T-307 de 2017.

- (iii) El 28 de marzo de 2019, se adelantó la audiencia de formulación de acusación sin la comparecencia del accionante, a quien el juzgado de conocimiento intentó citar al número celular 3126480265, pero no logró la comunicación debido a que quien contestó la llamada expresó, según se indica en la constancia que obra en el expediente digital¹⁸: “*Me manifestaron no conocer – Vicky –*”. En esa oportunidad, la audiencia de acusación fue realizada con la participación del defensor público, Dr. David Madrid Palacio, quien también lo había representado durante la audiencia preliminar. Cuando al togado se le indagó por parte del juzgado la razón por la cual su representado no comparecía a la diligencia contestó: “*No señor, Juez*”
- (iv) El 06 de diciembre del mismo año, se adelantó la audiencia preparatoria a la que tampoco compareció el señor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO, pues fue infructuosa su citación al número celular que previamente había indicado, según se lee en la constancia del juzgado: “*C.V. le dejé mensaje fecha y hora aud el buzón, ya que no contestaron*¹⁹”. En esta oportunidad el procesado fue representado por el defensor público Dr. José Giraldo.
- (v) El juicio oral se realizó virtualmente los días 19 y 20 de abril de 2021. En esta oportunidad tampoco compareció el señor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO. El juzgado intentó comunicación con él, mediante llamada al abonado celular, tal como quedó en el registro de audio en la instalación de la vista pública, cuando el Juez, por medio de uno de sus colaboradores llamado Oscar, dejó la siguiente constancia: “*Al señor ALBERTO DE JESÚS le marqué al número 3124800265, pero luego la Dra. Rosa Dary me dijo que es otro número telefónico y tuvo comunicación con él.*”²⁰
- (vi) Por su parte, la defensora pública, Dra. Rosa Dary Cardona, comentó a la audiencia: “*Esta defensora se ubicó primero con el hijo del señor Gilberto en el abonado telefónico 321 581 44 85, me dio el abonado telefónico del papá es el 320 648 02 65. Pude ubicarle en una vereda de Yolombó, me informa que tiene un celular sin ningún tipo de plan ni con internet y que es imposible estar en esta audiencia de juicio oral, además, señorita, pues que no conoce como sería el ingreso a esta plataforma*”.

¹⁸ PDF 014, folio 13, link expediente y a su vez PDF 01, folio 29.

¹⁹ PDF 014, folio 13, link expediente y a su vez PDF 01, folio 37.

²⁰ Récord: 01:32 02.11

- (vii) El 20 de abril de 2021, una vez concluido el debate oral, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro emitió sentido de fallo de naturaleza condenatoria en contra de GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en seguida se dio trámite a lo previsto a la individualización de la pena.
- (viii) Huelga mencionar que como estipulación probatoria se incorporó como hecho probado al juicio oral plena identidad e identificación del procesado GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO. En el informe de investigador de campo FPJ-11 de 21 de octubre de 2018, denominado “Verificación de arraigo” en el acápite de resultados de la actividad investigativa se señala: “Teléfonos fijos y celulares: 3126480265. Dirección y teléfono laboral: CALLE 42 – 75-85. Dirección residencia // ciudad: BARRIO EL PROVENIR-RIONEGRO.”²¹
- (ix) El 18 de abril de 2022, el juzgado accionado efectuó la lectura de la sentencia, donde se le declaró penalmente responsable como coautor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a la pena de 64 meses de prisión y multa de 02 smlmv, una vez más sin que el accionante hiciera presencia. En la citación para la diligencia, el Despacho solicitó al defensor público Dr. Juan David Taborda Rave extendiera dicha comunicación a sus defendidos²². La decisión cobró ejecutoria en la misma data y el juzgado dejó constancia en el acto público.
- (x) La sentencia fue notificada en estrados a las partes e intervinientes y el juzgado informó que contra esa decisión procedía el recurso de apelación. Las partes e intervinientes no apelaron la sentencia, de lo que el juzgado dejó constancia.²³

Teniendo en cuenta lo anterior se tienen como hechos ciertos:

- (i) Que el procesado y hoy actor GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO conocía de la existencia del proceso, en tanto fue vinculado al

²¹ PDF 014, folio 13 y PDF 10, folio 12 del expediente digital.

²² PDF 014, folio 13, link expediente y a su vez PDF 15, folio 03.

²³ PDF 014, folio 13, link expediente y a su vez PDF 16, folio 03

mismo en audiencia de imputación, la cual fue antecedida por la de legalización de captura.

- (ii) Que el procesado aportó un número de teléfono celular equivocado para efectos de las notificaciones. En la audiencia preliminar el actor hizo referencia al abonado celular 3126480265; sin embargo, la defensa en el juicio oral expresó que correspondía al 3206480265; de lo cual no hay duda, en tanto dijo la togada haberse comunicado con él por ese medio y a ese número telefónica.
- (iii) Que si bien es cierto el juzgado accionado no citó al procesado a la dirección dada por él y tampoco mediante comunicación telefónica, también lo es que, según lo manifestado por la defensa en la primera sesión de la diligencia de juicio oral, llevada a cabo el 19 de abril de 2021, ambos, se percataron de la incorrección del juzgado respecto de la citación de GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO a las audiencias del juicio oral, en tanto ellos se comunicaron telefónicamente y sobre la citación a la diligencias trataron.
- (iv) Que advertida la defensa material y técnica, el 19 de abril de 2021, de la irregularidad procesal, por medio de los causes legales del proceso se debió procurar la corrección de la actuación procesal postulado ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, la nulidad de la actuación al auspicio del artículo 457 de la Ley de 2004.
- (v) Que, no obstante lo anterior, la defensa no propuso la nulidad inmediatez, tampoco en contra de la sentencia de condena proferida en contra del procesado.

Retomando el análisis de la inmediatez, conforme a lo anterior, si la defensa se percató de la irregularidad del juzgado el 21 de abril de 2021 a la fecha de presentación de la tutela, ocurrido el 12 de mayo de 2023, había transcurrido (02) años y 22 días, aproximadamente. Ahora, en el escrito de tutela no se informó por el accionante que circunstancias impidieron solicitar la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa en una época anterior.

Así las cosas, para el tribunal no se cumple con el requisito de la inmediatez en tanto (i) el actor debió informar de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito que comportara la incapacidad o imposibilidad para formular la solicitud de amparo en un término razonable o la ocurrencia de un hecho nuevo; (ii) el quebrantamiento del derecho no es actual, pues se consumó el día de la ejecutoria de la sentencia. Las garantías de defensa y debido proceso están instituidas para ser protegidas durante el proceso penal. (iii) no se informó sobre una situación de debilidad manifiesta que afronte el actor.

Así las cosas, la proposición de la acción de tutela después de (02) años de advertida la violación de las garantía procesales en el asunto penal cuestionado compromete la seguridad jurídica y desvirtúa la finalidad a acción de tutela como mecanismo de protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales, como consecuencia de ello no se acredita la inmediatez como requisito de procedencia general.

Subsidiariedad. El carácter residual que reviste la acción de tutela determina, en principio, su improcedencia cuando el afectado tiene a su disposición otros mecanismos de acceso a la jurisdicción con el fin de perseguir eficazmente sus pretensiones. La cuestión tiene su génesis en el artículo 86 de la Constitución Política, el cual establece que toda persona puede utilizar la acción de tutela para reclamar de manera inmediata la protección de sus derechos fundamentales “*cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción y omisión de cualquier autoridad pública*”.

De la reseña de la actuación antes realizada, fácil es deducir para el Tribunal la falta de demostración de este presupuesto de la acción de tutela, en tanto una vez conocida la irregularidad por parte de la defensa material y técnica, lo cual ocurrió el 19 de abril de 2021 en la primera sesión de juicio oral, tuvieron la oportunidad de postular la nulidad de la actuación por violación a las garantías del debido proceso y derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional y artículos 8 literales j y k; 125 numeral 4; 130 y 457 de la Ley 906 de 2004 *ibidem*, en el desarrollo de la audiencia pública, en la apelación de la sentencia y, dado el caso, con la interposición del recurso de casación.

Por todo lo anterior, se declarará improcedente el amparo constitucional deprecado por GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de amparo constitucional promovida por el apoderado judicial de GILBERTO DE JESÚS HENAO HENAO.

SEGUNDO: INFORMAR que contra esta providencia procede su impugnación, dentro del término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de la misma. Si no fuere impugnado, ENVIAR la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez

Magistrada

Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 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: **dc61535ff655f621e628512021ac060a26ef5034bad7a87a6a122ff9669e3a18**

Documento generado en 30/05/2023 06:55:15 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: MARÍA STELLA JARA GUTIERREZ

CUI: 05658 61 00113 2017 80056 (2023-0245-3)
Delito: Hurto calificado y agravado
Acusado: ÁNGELA CRISTINA VALENCIA RAMÍREZ y otros.
Asunto: Auto no aprueba preacuerdo
Decisión: Revoca
Acta: No. 132, mayo 16 de 2023

Medellín, dieciséis (16) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado mediante Acta No. 132 de la fecha.

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía y la bancada de la defensa, contra el auto proferido el 13 de febrero de 2023, por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, improbió el preacuerdo celebrado por las partes.

HECHOS

De acuerdo con lo narrado en la audiencia de verificación de preacuerdo, los hechos se pueden resumir de la siguiente manera:

El 25 de septiembre de 2017, por voces de auxilio generadas por la víctima y como consecuencia de una persecución policial, fueron capturados en situación de flagrancia los ciudadanos ÁNGELA CRISTINA VALENCIA

RAMÍREZ, JAVIER ANTONIO CORTINEZ ZAPATA, OSCAR ROJAS LONDOÑO, JESÚS ALEISE MEDINA QUIROZ y CARLOS ALBERTO VERGARA JIMÉNEZ quienes momentos antes violentaron la cerradura del local comercial de razón social Comunicaciones y Servidores MAB ubicado en el municipio de San José de la Montaña, Antioquia y hurtaron dinero, equipos celulares y unas memorias USB.

Al interior del baúl de un vehículo que conducía la señora ÁNGELA CRISTINA VALENCIA RAMÍREZ fueron encontrados, en un bolso color negro, la cantidad de \$310.000, 29 equipos celulares y seis memorias USB. También hallaron las herramientas usadas para forzar las cerraduras de las puertas del local comercial.

En razón de la investigación se logró establecer que los mencionados ciudadanos hacían parte de la estructura criminal conocida como “Los Rompe Muros”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 26 de septiembre de 2017, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Toledo-Antioquia, se legalizó la captura de los procesados que se produjo en situación de flagrancia. La fiscalía desistió de formular imputación en contra de los procesados en esa oportunidad.

En audiencias del 23 de octubre y 4 y 16 de diciembre de 2019, celebradas ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de la Montaña, se formuló imputación en contra de los capturados en calidad de coautores de la conducta punible de hurto calificado (artículo 240-1,3 y4) agravado por la coparticipación criminal y por haberse cometido la conducta en establecimiento público o abierto al público en concurso con concierto para delinquir.

El conocimiento del proceso se asignó por competencia al Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia. En audiencia del 13 de febrero de 2023,

la fiscalía presentó el preacuerdo al que llegó con los acusados y sus abogados defensores¹.

El convenio consistió en que los procesados ÁNGELA CRISTINA VALENCIA RAMÍREZ, JAVIER ANTONIO CORTINEZ ZAPATA, OSCAR ROJAS LONDOÑO, JESÚS ALEISE MEDINA QUIROZ, ÁLVARO ERNESTO DUQUE JIMÉNEZ y CARLOS ALBERTO VERGARA JIMÉNEZ aceptaban su responsabilidad en los cargos por los que fueron imputados y serían condenados en calidad de coautores, pero para la fijación de la pena se les aplicará la sanción que correspondería para los cómplices. Complicidad reconocida como ficción legal y como único beneficio a otorgar.

Respecto de la fijación de la pena, luego de citar el contenido del artículo 30 del C.P. dijo el fiscal que:

“(...) es decir que la disminución equivalente a la mitad es la disminución mayor que debe afectar el mínimo de la (no se entiende) hurto calificado y agravado con lo cual el extremo máximo se ubica en cuatro punto cinco años, mientras que la sexta parte del extremo máximo que era de veinticuatro punto cinco años equivale a cuatro punto ochenta y tres”.

La Sala entiende que el fiscal se equivocó al manifestar que el extremo equivalente a cuatro punto cinco años correspondía al máximo, pues en verdad hizo alusión al mínimo de la pena prevista para la conducta punible de hurto calificado y agravado, disminuida en un 50% por virtud del inciso tercero del artículo 30 del Código Penal.

Como los procesados indemnizaron a las víctimas, en los términos del artículo 269 del Código Penal, se concedió la máxima rebaja y se pactó la pena a imponer en 15 meses de prisión.

¹ Intervención a partir del minuto 00:03:40

Aclaró que el acuerdo solo abarca el delito de hurto calificado agravado porque respeto del concierto para delinquir se formularía otra solicitud por parte de la fiscalía.

El Juez verificó la renuncia de garantías de guardar silencio y al juicio oral por parte de los procesados² y resolvió no impartirle aprobación.

DECISIÓN IMPUGNADA³

El A quo improbo el preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el procesado, teniendo en cuenta las siguientes razones:

Que de acuerdo con la sentencia 52.227 del 24 de junio de 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la rebaja concedida por virtud del preacuerdo es desproporcionada, debido al tiempo que ha transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y la celebración del preacuerdo entre las partes.

Que si bien es cierto no se ha presentado el escrito de acusación, razón por la cual sería procedente reconocer una rebaja de pena considerable, también lo es que no comportó un ahorro de tiempo ni esfuerzos para la administración de justicia, en tanto los hechos ocurrieron el 25 de septiembre de 2017 y cinco años después se celebró el preacuerdo.

Que con ocasión a la captura en flagrancia la disminución punitiva debió consultar los descuentos legalmente establecidos para el momento procesal en el que se presentó la negociación según el parágrafo del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

DE LA APELACIÓN

² Minuto 00:29:02

³ Minuto 00:46:05

La fiscalía apeló la decisión para solicitar su revocatoria y, en su lugar, se emita providencia aprobatoria del preacuerdo, en tanto⁴:

Si bien es cierto ha transcurrido un tiempo considerable entre la fecha de los hechos y la captura en relación con la época en que se adelantó la negociación, esa situación obedeció a que presentaron varios preacuerdos los cuales fueron improbados por el juez de conocimiento, a lo que se aúna el tiempo que transcurrió durante el trámite de una definición de competencia.

Además, asegura, el estado procesal en el que se encuentra la actuación nada tiene que ver con el paso del tiempo, que no es una situación imputable a la defensa técnica ni material, especialmente en tanto no se trató de una maniobra dilatoria de las partes.

Por último, señala, acorde con la sentencia 52.227, en vista de la etapa procesal en la que se está preacordando, es posible conceder la rebaja de pena pactada.

La defensa también interpuso el recurso de apelación para lo cual expresó⁵:

Que no es aplicable el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, por cuanto si bien es cierto en el 2017 ÁNGELA CRISTINA VALENCIA RAMÍREZ, JAVIER ANTONIO CORTINEZ ZAPATA, OSCAR ROJAS LONDOÑO, JESÚS ALEISE MEDINA QUIROZ, ÁLVARO ERNESTO DUQUE JIMÉNEZ y CARLOS ALBERTO VERGARA JIMÉNEZ fueron capturados en flagrancia, la misma fue decretada ilegal por el juez de control de garantías. Posteriormente -año 2019- a los procesados se les volvió a aprehender con ocasión a la expedición de una orden de captura.

El A quo no fundamentó adecuadamente el desgaste que el trámite de este proceso ha causado a la administración de justicia, pues, asegura, desde las

⁴ Minuto 01:00:16

⁵ Minuto 01:05:23

audiencias preliminares hasta la fecha la defensa ha intentado negociar y el solo paso del tiempo no implica un desgaste para la administración de justicia, máxime cuando en este asunto el transcurrir del tiempo tiene varias justificaciones.

En este proceso no se ha presentado escrito de acusación y la extensión de tiempo ha sido por el trámite normal del proceso, ente ellos los aplazamientos ordenados por el despacho judicial debido a las medidas de aislamientos con ocasión a la pandemia, un trámite de definición de competencia y la celebración de un preacuerdo improbadado por el juzgado, situaciones que no se le pueden atribuir a los procesados como maniobra dilatoria.

De otra parte, señala, realizada la audiencia preliminar, contactaron a las víctimas para que cuantificaran los perjuicios, y el monto por ellos establecido fue el que se les pagó inmediatamente, por lo que se les reconoció la máxima rebaja posible por indemnización.

El único beneficio otorgado en razón del preacuerdo fue del 50%, disminución en la pena que está permitido dado el momento procesal en el que se hizo la negociación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con 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 el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible a ellos.

El convenio, génesis de la decisión confutada, consistió en que los procesados ÁNGELA CRISTINA VALENCIA RAMÍREZ, JAVIER ANTONIO CORTINEZ ZAPATA, OSCAR ROJAS LONDOÑO, JESÚS ALEISE MEDINA QUIROZ, ÁLVARO ERNESTO DUQUE JIMÉNEZ y

CARLOS ALBERTO VERGARA JIMÉNEZ aceptaban su responsabilidad en los cargos por los que fueron imputados y serían condenados en calidad de coautores, pero para la fijación de la pena se les aplicará la sanción que correspondería para los cómplices, forma de intervención reconocida como ficción legal y como único beneficio a otorgar.

El preacuerdo fue improbadado por el A quo tras considerar que la negociación no había impedido el desgaste de la administración de justicia y porque, dada la situación de flagrancia, dicho pacto vulneraba el principio de legalidad en tanto la única rebaja posible era la descrita en el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el 57 de la Ley 1453 de 2011⁶.

La fiscalía y la defensa inconformes con la decisión del juzgado interpusieron el recurso de apelación, con la finalidad de que fuera revocada y, en su lugar, se impartiera aprobación al preacuerdo, puesto que la decisión no consultaba las normas legales que gobiernan los preacuerdos, como tampoco la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

Así, son dos las cuestiones jurídicas básicas a dilucidar en el caso en particular. Primero, si el juez cognoscente puede, válidamente, con base en requisitos no previstos en la ley improbar un preacuerdo celebrado entre las partes y, segundo, si es procedente la aplicación del párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el canon 57 de la Ley 1453 de 2011 en los casos en los que, habiendo sido el imputado capturado en flagrancia, la negociación versa sobre los términos de la imputación, conforme al precepto 350 del Estatuto Adjetivo Penal.

El artículo 29 de la Carta Política reconoce el derecho al debido proceso, como norte o guía que debe aplicarse a toda clase de actuación judicial y administrativa.

⁶ Cfr. folios 19-28 *ibidem*.

Así pues, en el ámbito de la administración de justicia, es claro que ésta no puede ejercitarse de forma liberal ni autoritaria, sino que debe ser respetuosa de los procedimientos previamente establecidos en garantía de los derechos fundamentales, de modo que las actuaciones judiciales deben consultar la normatividad pertinente para cada caso, so pena de vulnerar el debido proceso.

En el derecho sustantivo y procesal penal, específicamente en el ámbito de los preacuerdos, se ha reconocido la amplia discrecionalidad del titular de la acción penal para realizar negociaciones con los procesados y su defensa, no obstante, desde la creación de esta modalidad de terminación anticipada de los procesos penales se ha considerado que dicha atribución no es ilimitada, de tal modo que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, la justicia consensuada y premial también está sometida a un debido proceso⁷.

Así, el artículo 348 del código de procedimiento penal regula lo concerniente a los preacuerdos, estableciendo que:

«Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.»

Los artículos 349 y siguientes ibidem, delimitan algunos parámetros adicionales a los ya expuestos que deben guiar la negociación. De esta manera, como requisito de procedibilidad, corresponde al operador judicial establecer que en caso de mediar un incremento patrimonial producto del

⁷ CSJ radicado 40871 del 16 de julio de 2014.

delito, este sea reintegrado al menos en la mitad y se asegure el remanente, en caso contrario deberá ser improbadado.

Ahora, en cuanto a las modalidades o formas de preacuerdo⁸, estableció el legislador las siguientes:

- i) Una rebaja en un monto o porcentaje determinado, que antes de la radicación del escrito de acusación alcanza hasta la mitad de la pena imponible, inciso 1 artículo 351 Ley 906 de 2004 y en la etapa de juzgamiento hasta la tercera parte, según el inciso 2 artículo 352 ibidem.
- ii) La fiscalía puede realizar pactos acerca de los hechos imputados y sus consecuencias -inciso 2 artículo 351 ibidem.
- iii) Puede acordar los términos de la imputación, inciso 1 del artículo 350 ibidem.
- iv) Puede eliminar alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, inciso 2 numeral 1 del artículo 350 ibidem.
- v) O tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena, inciso 2 numeral 2 del artículo 350 ibidem.

Con todo, atañe al operador judicial ante la exposición de preacuerdo sometido a su validez, verificar la legalidad acorde los criterios orientadores atrás expuestos, como quiera que el Juez no actúa como mero fedatario, atado a los caprichos de las partes, sino como un verdadero protector de los derechos fundamentales y el orden justo.

Ahora, precisamente, en relación con los preacuerdos donde se negocian los términos de la imputación -artículo 350, inciso primero-, la eliminación de alguna causal de agravación punitiva o de algún cargo específico - artículo 350, inciso segundo, numeral primero- o la tipificación de la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena -artículo 350, inciso segundo, numeral segundo- es improcedente la aplicación del

⁸ CSJ AP2781-2020 del 21 de octubre de 2020.

parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el precepto 57 de la Ley 1453 de 2011, según el cual:

«la persona que incurra en las causales anteriores [es decir, las que configuran situaciones de flagrancia] sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004».

Sobre el particular, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP16933 con radicado 46732, reiterar el criterio expuesto en la decisión SP-2168-2016⁹ con radicado 45.736 así:

«5.3. Lo que parece incomodar al Tribunal es que, no obstante la captura en flagrancia de los procesados, se haya preacordado degradar su forma de participación y la consecuente imposición de una pena que conlleva una rebaja en monto superior al previsto en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, según la modificación introducida por el 57 de la Ley 1453 de 2011.

Tal entendimiento es equivocado y si bien en algunas decisiones de tutela adoptadas por esta Corporación¹⁰, se ha llegado a similar conclusión, consistente en que en casos de flagrancia la mengua a convenir no puede ser superior a la contemplada en la última norma citada, es esta la oportunidad para hacer las precisiones correspondientes.

Dentro de las modalidades de preacuerdo, contempladas en el Libro III, Título II, Capítulo Único del Código de Procedimiento Penal de 2004, una es la que modula el delito imputado o por el cual se acusa, y otra la que ofrece al inculcado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada. Por consiguiente, si el pacto se hace sobre la base de la aceptación de los cargos formulados en la imputación y la negociación se concreta en la cantidad de pena a imponer, habrá de examinarse el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena, ya sea conforme a los parámetros del primer inciso del artículo 351 o del 352 ibidem. En estos eventos, si la captura fue en flagrancia, es claro que la rebaja deberá observar los límites allí previstos, de cara a lo demarcado en el parágrafo del precepto 301 de la Ley 906 de 2004, con la modificación del 57 de la Ley 1453 de 2011.

Así se desprende con nitidez de la sentencia adoptada en sede de control abstracto por la Corte Constitucional CC C-645/12, en la que se declaró exequible el parágrafo del artículo 57 de la Ley indicada «en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades

⁹ Radicado 45.736.

¹⁰ STP17226-2014, STP3646-2015 y STP10043-2015, radicados 76549, 78742 y 80476.

procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.»

En las conclusiones de esa decisión, se consignó:

La Corte Constitucional entonces declarará exequible el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución del beneficio punitivo en una cuarta (1/4) parte allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos donde se permite la discrecionalidad por parte de los operadores judiciales.

Al respecto, es imperativo resaltar que la aplicación en sentido amplio de la norma demandada, respete los parámetros originalmente establecidos en la Ley 906 de 2004, cuando la terminación anticipada del proceso ocurra en una etapa distinta a la formulación de la imputación, y reconozca el margen que le es propio tanto a la Fiscalía para poder negociar, como al juez para fijar discrecional pero razonadamente la pena acorde con la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinde el imputado o acusado.

Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

*Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues –se insiste– una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del parágrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. **Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia...»***

Bajo tales derroteros legales y jurisprudencial, en el asunto sometido a estudio de la Sala, se advierte sin discusión alguna que el *a quo* improbió el

preacuerdo celebrado entre las partes con base en criterios no avalados por la ley y la doctrina de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, motivo por el cual la decisión confutada debe ser revocada.

En primer lugar, por cuanto una de las motivaciones expuestas por el A quo con el fin de improbar el preacuerdo es que con su celebración no se evitó el desgaste de la administración justicia, exigencia del todo ajena a los fines propuestos en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 para la negociaciones, como también de las demás disposiciones del citado código atañederas a las causales de procedencia de los preacuerdos celebrados entre las partes aludidas en precedencia.

En todo caso, la prolongación en el tiempo del trámite procesal para la Sala es del todo razonable y no atribuible a la defensa material ni técnica, pues, ese tiempo transcurrió debido a las vicisitudes del proceso, propias a esta clase de asuntos.

En segundo término, porque consideró inviable reconocer una rebaja de pena más allá de la 1/8 parte, en tanto los procesados habían sido capturados en flagrancia, en tal virtud resultaba aplicable lo dispuesto en el párrafo del artículo 301 ibidem, razonamiento contrario a lo señalado por la Sala de Casación de la Corte de Suprema de Justicia citada con antelación donde de manera diáfana expresó que en los casos de preacuerdos donde la negociación se contrae a la tipificación de la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena -artículo 350, inciso segundo, numeral segundo, no es aplicable lo previsto en el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior, en tanto el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 no aplica en relación con los preacuerdos que tienen por objeto una disminución o depreciación en la adecuación típica de la conducta, porque las rebajas resultantes no quedan en sí mismas sometidas a la aplicación de

proporciones legales sino a los *quantum* de cada tipo penal en particular una vez determinado con todas sus circunstancias.¹¹

Por lo anterior, se revocará el autor interlocutorio proferido el 13 de febrero de 2023 por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, y en su lugar, se impartirá aprobación al preacuerdo celebrado entre las partes.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la decisión, proferida el 13 de febrero de 2023 por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, mediante la cual se improbó el preacuerdo celebrado por las partes; en su lugar, se imparte aprobación a la negociación.

SEGUNDO: Se informa que en contra de esta decisión no procede recurso alguno y se ordena la devolución del proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)
ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)
CON SALVAMENTO DE VOTO
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP-2168-2016¹¹ con radicado 45.736

Firmado Por:

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

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Salvamento De Voto**

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: **ad9da95f28ef85e52bd376ba3e2dea134a66b9561939e213dada04d0dfd362e7**

Documento generado en 30/05/2023 04:02:31 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: María Stella Jara Gutiérrez

| | |
|--------------|--|
| N. Interno | 2022-1385-3 |
| Radicado CUI | 05034 61 00141 2021 80003 |
| Delito | Actos sexuales con menor de 14 años y otro |
| Acusados | Arney Octavio Duque Rendón |
| Asunto | Reconstrucción de expediente -nulidad- |
| Decisión | Rechaza de plano |
| Acta y fecha | No. 140, mayo 18 de 2023 |

Medellín, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)
(Aprobado mediante Acta No. 140 de la fecha)

Se pronuncia la Sala frente al recurso de apelación interpuesto contra la decisión del 8 de septiembre de 2022, por medio de la cual el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, declaró la nulidad parcial del juicio oral en el proceso adelantado en contra del señor **Arney Octavio Duque Rendón**, por la presunta comisión de la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

HECHOS

Según el escrito de acusación¹

“(...) tuvieron ocurrencia en dos oportunidades, una en la residencia del acusado

¹ PDF 01

el 23 de enero del presente año y la otra, ocurrida con antelación, concretamente en el mes de junio del año 2020 en una finca denominada ELROJO ubicada en la vereda del mismo nombre. La menor de 7 años de edad de nombre M.F.A.R, fue objeto de tocamientos en su zona vaginal por parte del acusado, quien además de besarla en esa zona, también lo hace en su boca, en ambas oportunidades.

Dichos hechos ejecutados en dos oportunidades (sic), por quien es el esposo de una tía de la menor encuentran su adecuación típica en el código penal, actos sexuales, diferentes a acceso carnal consistentes en tocamientos en la zona vaginal de la menor y en la boca”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En la sesión de audiencia de juicio oral del ocho de septiembre de 2022, el Juez informó a las partes que era necesario reconstruir el expediente, toda vez que la sesión de juicio realizada el 20 de enero de 2022, grabada en registro audio-visual y en la que se escuchó la teoría del caso de la Fiscalía, se incorporaron estipulaciones y se recibieron los testimonios de la víctima menor y de la señora Natalia Restrepo Tangarife, se perdió y fue imposible recuperar el archivo de audio.

Citó el artículo 25 de la Ley 906 de 2004 -principio de integración- y el artículo 126 del Código General del Proceso que establece el trámite para la reconstrucción de expedientes, así como la sentencia Rad. 52.288 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para respaldar la decisión de reconstruir el expediente.

No obstante, manifestó que estima necesaria la anulación parcial del debate en lo que se refiere a la práctica de la prueba testimonial. Añadió que es preciso escuchar nuevamente la declaración de los testigos para salvaguardar el principio de inmediación y la eventual segunda instancia, de ahí la importancia de la nulidad.

A continuación, de forma oficiosa reconstruyó parte del juicio, la

correspondiente a la declaración inicial de inocencia, la teoría del caso de la Fiscalía y la incorporación al debate de las estipulaciones probatorias. No hubo oposición por las partes.

Luego, y atinente a las declaraciones de la menor víctima y de la señora Natalia Tangarife, preguntó a las partes si tenían la intención de solicitar nulidad, concretamente, en relación a que la menor declare de nuevo en el juicio, en tanto no se pudo recuperar el registro de la audiencia donde rindió su testimonio.

Fiscalía no se opuso. Tampoco la defensa a condición de que las preguntas que se le realicen sean las mismas del interrogatorio inicial.

El Juez intervino para anunciar que la nulidad no la está proponiendo el Despacho, sino que es solicitada por la Fiscalía y, luego de propiciar un escenario dialéctico totalmente confuso y dilatorio de la audiencia, le dió la palabra al Fiscal para sustentar la nulidad que, se reitera, aunque fue propuesta por el Despacho, finalmente la dejó en cabeza de la Fiscalía.

El delegado del Ente Acusador² manifestó que ante la pérdida de los audios donde constan las declaraciones de la menor y de Natalia Tangarife, se debe declarar la nulidad a partir del momento en que se recibieron tales testimonios para que se recepcionen de nuevo.

El Juez intervino para cuestionar al Fiscal sobre las preguntas que realizaría a la víctima, para que el solicitante aclare su petición de nulidad, acto seguido le informó a la defensa que a la menor se le debía realizar un nuevo interrogatorio.

La Defensa³ dijo que en su criterio se debe decretar la nulidad parcialmente. Las

² Minuto 00:42:28

³ Minuto 00:52:32

partes tienen las preguntas y el Juez las respuestas que hicieron parte del interrogatorio cruzado que se le hizo a la menor. Siendo así, es posible reconstruir la declaración de la víctima sin necesidad de que ella declare de nuevo en el juicio y así evitar su revictimización.

El apoderado de la víctima no se opuso al decreto parcial de la nulidad.

DECISIÓN IMPUGNADA⁴

El juez de conocimiento afirmó que la solicitud de la Fiscalía carece de rigurosidad argumentativa, porque no se hizo ningún tipo de referencia a los principios que rigen las nulidades. No obstante, es evidente la trascendencia del asunto en la medida en que se dañó un registro de audiencia donde constaban las declaraciones de testigos importantes para el proceso.

Aunque existe acuerdo entre las partes para reconstruir el expediente usando las notas que se tomaron de las preguntas y las respuestas hechas a los testigos, el Despacho consideró que, en vigencia del principio de inmediación, lo procedente es escuchar a los declarantes nuevamente en juicio.

Las partes serán quienes decidan qué preguntas harán a los testigos a quienes válidamente pueden “preparar”, sin importar si esas preguntas coinciden o no con las realizadas en la sesión de juicio que se extravió.

En ese sentido, declaró la nulidad desde que se recibió la primera declaración en juicio en la sesión del 20 de enero de 2022, esto es, el testimonio de la menor víctima.

DE LA APELACIÓN⁵

La Defensa reiteró que no es necesario traer de nuevo a declarar a la menor,

⁴ Minuto 00:57:24

⁵ Minuto 01:09:54

porque las preguntas y las respuestas que hicieron parte del testimonio que rindió en la sesión de juicio cuyo registro de audio y videose perdió, están en poder de las partes y del juez y con esa informaciones suficiente para realizar la correspondiente reconstrucción. Como las preguntas que se le hicieron inicialmente a la víctima no son las mismas que las que se harán en el nuevo interrogatorio, se vulneraría el derecho de defensa.

Como alternativa, dice, se cuenta con entrevista previa rendida por la menor que puede ingresar al juicio como prueba de referencia.

Concluyó que la menor no puede ser revictimizada, por manera que para reconstruir el expediente no es permitiendo que declarenuevamente en juicio.

ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES

El delegado de la Fiscalía y el representante de las víctimas⁶pidieron que se confirme la decisión porque lo que con ella se pretendees brindarle mayores garantías de defensa al acusado.

CONSIDERACIONES

Considera la Sala que el recurso de apelación interpuesto por la defensa y concedido por la primera instancia contra la decisión que declaró la nulidad parcial del juicio oral en el proceso adelantado en contra del señor **Arney Octavio Duque Rendón** por la presunta comisión de la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, esmanifiestamente improcedente, por lo que esta Corporación lorechazará de plano de acuerdo con lo previsto en el numeral 1º. del artículo 139 del C.P.P.

⁶ Minuto 01:15:10

Las partes fueron convocadas a la audiencia del ocho de septiembre de 2022 con la finalidad de reconstruir el expediente, toda vez que la sesión de juicio realizada el 20 de enero de 2022, grabada en registro audio-visual, sesión en la que se escuchó la teoría del caso de la Fiscalía, se incorporaron estipulaciones y se recibieron los testimonios de la víctima menor y de la señora Natalia Restrepo Tangarife, se perdió y fue imposible recuperar el archivo de audio.

Tal como lo anunció el Juez al inicio de su intervención en la audiencia, su deber era dar aplicación al artículo 126 del Código General del Proceso y ordenar la reconstrucción de la sesión de juicio oral faltante.

La mencionada norma, que se aplica al derecho penal por virtud de la cláusula de integración contemplada en el artículo 25 del C.P.P., dispone que:

TRÁMITE PARA LA RECONSTRUCCIÓN. *En caso de pérdida total o parcial de un expediente se procederá así:*

- 1. El apoderado de la parte interesada formulará su solicitud de reconstrucción y expresará el estado en que se encontraba el proceso y la actuación surtida en él. **La reconstrucción también procederá de oficio.***
- 2. El juez fijará fecha para audiencia con el objeto de comprobar la actuación surtida y el estado en que se hallaba el proceso, para lo cual ordenará a las partes que aporten las grabaciones y documentos que posean. En la misma audiencia resolverá sobre la reconstrucción.*
- 3. Si solo concurriere a la audiencia una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el expediente con base en la exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en ella.*
- 4. Cuando se trate de pérdida total del expediente y las partes no concurrana la audiencia o la reconstrucción no fuere posible, o de pérdida parcial que impida la continuación del proceso, el juez declarará terminado el proceso, quedando a salvo el derecho que tenga el demandante a promoverlo de nuevo.*
- 5. Reconstruido totalmente el expediente, o de manera parcial que no impida la continuación del proceso, este se adelantará, incluso, con prescindencia de lo perdido o destruido.*

De la norma se desprende con claridad la facultad oficiosa con la que contaba el Juez para realizar la reconstrucción de la sesión de juicio del 20 de enero de 2022. Con tal fin, no era necesario que instara a la Fiscalía para que propusiera un debate sobre nulidad de lo actuado. De forma incorrecta, el Juez propició un escenario dialéctico que resultaba inane ante la facultad legal que tenía para subsanar la pérdida del registro de audio y video del juicio.

No sobra advertir que la decisión de escuchar nuevamente los testimonios de la señora Natalia Tangarife y, con mayor razón, el de la menor víctima, obedece a la salvaguarda del principio de inmediación y a la garantía de una eventual doble instancia y desplazan la posibilidad de reconstruir el expediente valiéndose de las notas que tengan las partes y el Juez.

Al respecto, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que⁷:

“Es decir, el juez de conocimiento, no obstante, supo que faltaban contenidos probatorios incorporados en el juicio oral, omitió adelantar la debida reconstrucción. Esta clase de actuaciones, es sabido, no aparece regulada en la ley de enjuiciamiento penal, por lo que, por virtud del principio de integración normativa (art. 25), bien pudo seguir algunas de las pautas aplicables de las establecidas para ese trámite en el artículo 126 del Código General del Proceso, una de las cuales era la de ordenar a las partes que «aporten las grabaciones y documentos que posean», como lo prevé el numeral 2 de la citada norma extrapenal.

Sintetizando lo expuesto hasta ahora: la ausencia del registro literal del testimonio de María del Carmen Navarro Angarita y la preterición del trámite de su reconstrucción, determinó que la sentencia no se soportara en la valoración integral de los medios de prueba aportados por las partes, específicamente por la acusadora, lo que hace irregular el acto procesal decisorio.

Para la Sala, es claro que la debida reconstrucción de un testimonio, en aplicación

⁷ SP CSJ radicado 51608 del 5 de diciembre de 2018, SP5278-2018, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

del principio de inmediación, no es otra que repitiendo la declaración en juicio, con lo cual se garantiza el derecho de defensa, los derechos de las víctimas y la doble instancia.

En este caso, el trámite de la nulidad resultó manifiestamente improcedente, pues, de acuerdo con lo antes anotado, bastaba con ordenar la reconstrucción adecuada del expediente, orden contra la cual no proceden recursos.

Desde esa óptica, valerse de mecanismos como las nulidades, para promover debates improcedentes, constituye maniobras dilatorias del proceso que deben ser rechazadas de plano.

En conclusión, el Juez de manera equivocada direccionó el debate, proponiéndole a la Fiscalía la posibilidad de realizar una petición de nulidad, y le concedió la palabra para sustentar la solicitud con el fin desubsanar un asunto que, de forma oficiosa, le correspondía hacer al Juez.

Siendo así, con fundamento en el numeral 1º. del artículo 139 del C.P.P. se procede a rechazar de plano el recurso de apelación interpuesto por la defensa y concedido por la primera instancia, contra la decisión del ochode septiembre de 2022, por medio de la cual el Juzgado Penal del Circuito de Andes, declaró la nulidad parcial del juicio oral en el proceso adelantado en contra del señor **Arney Octavio Duque Rendón** por la presunta comisión de la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Se deja sin efectos lo actuado a partir de su concesión, inclusive, para que se continúe sin dilación alguna la audiencia de juicio oral.

En mérito de 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: RECHAZAR DE PLANO, por ser manifiestamente improcedente, el recurso de apelación concedido por el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, frente a la decisión de declarar una nulidad y se deja sin efectos lo actuado a partir de su concesión, inclusive, para que se continúe sin dilación alguna la audiencia de juicio oral.

SEGUNDO. Contra esta determinación, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada

Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 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: **b765e13e2dca06ecca8cb07eb8dca1ce2b7c99dafb3899ab0883d81df4cf34b7**

Documento generado en 30/05/2023 04:02:08 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

| | |
|--------------|---|
| CUI | 05 001 60 00000 2022 00267 01 (2023-0613-3) |
| Delito | Concierto para delinquir agravado y otros |
| Acusado | Luis Felipe Rivera Torres |
| Asunto | Auto niega nulidad imputación |
| Decisión | Se abstiene de resolver apelación |
| Acta y fecha | No. 138, mayo 18 de 2023 |

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

Aprobado mediante Acta No. 138 de la fecha.

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa del ciudadano **Luis Felipe Rivera Torres**, contra el auto proferido el 27 de marzo de 2023, por medio del cual el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, negó la solicitud de nulidad reclamada respecto de la audiencia de formulación de imputación surtida ante el Juez Primero Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar, Antioquia.

HECHOS

En la formulación de imputación, llevada a cabo el día tres de marzo de 2022, la delegada del ente acusador indicó que, en el municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia, existía una organización o grupo de delincuencia organizado, denominado policialmente como La Playa, al servicio del GAO Clan del Golfo, el cual se dedica al tráfico de estupefacientes, al que el señor **Luis Felipe Rivera Torres** concertó su vinculación a partir del mes de marzo de 2020, que allí se dedicaba a expender

sustancias como perico, marihuana y bazuco, en el barrio la floresta parte baja, a través del menudeo y servicio a domicilio. Asimismo, se le enrostró la venta de estupefacientes en el barrio la floresta parte baja, desde el mismo lapso temporal, con lo que halló satisfecha la relación fáctica para los delitos de concierto para delinquir agravada y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Las audiencias preliminares concentradas fueron presididas por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar, Antioquia ante el que, el día tres de marzo de 2022, se legalizó la captura, formuló imputación y se le impuso medida de aseguramiento intramural al ciudadano procesado.

La Fiscalía presentó escrito de acusación que por reparto le correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, estrado que asumió el conocimiento del asunto el día 25 de abril de 2022, programando el 22 de julio siguiente como la fecha para adelantar audiencia de formulación de acusación. No fue sino hasta el día 15 de septiembre de la misma anualidad, luego de haberse realizado negociaciones entre la fiscalía y varios de los co-procesados, cuando se inició la audiencia de que trata el canon 339 del C. de P. Penal.

En la etapa de saneamiento, el apoderado judicial del ciudadano **Rivera Torres** explicó que su intervención la dirigiría con el propósito de que fuese decretada una nulidad procesal, de conformidad con lo establecido en el Art. 457 ibidem.

Señaló la defensa que la nulidad se presenta por unas fallas en que incurrió la fiscal en la audiencia de formulación de imputación, pues esa diligencia no es el escenario para que la fiscalía haga referencia a los elementos materiales probatorios con los que cuenta, sino que su obligación se limita a relacionar los hechos jurídicamente relevantes por los cuales se adelanta la investigación; sin embargo, la representante del Estado, en esa oportunidad, adelantó a la judicatura que en contra del procesado obraban dos interrogatorios, 3 entrevistas, 6 reconocimientos fotográficos y grabaciones de comunicaciones con los cuales demostraría que éste había cometido la conducta de tráfico de estupefacientes, todo ello sin haber hecho un proceso de subsunción de los elementos fácticos en lo jurídico. Asegura, mientras que a la revelación probatoria le dedicó suficiente atención, del marco fáctico sólo atinó a

relatar que su prohijado hacía parte de la GDO La Playa desde marzo de 2020, sin hacer una delimitación temporal y de los hechos, de forma clara y sucinta. Concluyó, esos errores repercutieron en el escrito de acusación porque en este hicieron una relación factual imprecisa. Llamó finalmente la atención por dos nuevas calificaciones jurídicas como son las contenidas en los art. 365 y 366 del CP, de las que nada se dijo en la imputación.

La fiscalía dijo no observar ningún yerro que amerite una nulidad, máxime si se tiene en cuenta que esa medida es extrema, y cree que el defensor convalidó el error. Supuso que las alegaciones de la contraparte se basan en una crítica por un tema de estilo de la fiscal que imputó, sin que esos excesos invaliden lo actuado. Aclaró que al ciudadano **Luis Felipe Rivera Torres** se le presentará acusación únicamente por dos conductas punibles y que si al final del escrito se incorporaron otros delitos esto también se debe al estilo de la fiscal que elaboró ese documento, quien, para mayor claridad, referenció los delitos por los que de manera conjunta se presentaría acusación.

La delegada del Ministerio Público recordó que la nulidad es la sanción procesal más drástica, por ende, tiene que haberse presentado una irregularidad mayúscula con la que se vulnere el derecho al debido proceso; además, que no debe existir un acto de convalidación por parte de quien la reclama. Aludió lo concerniente al principio de trascendencia del error y la residualidad de este castigo procesal, dejando claro que este sería el único remedio aplicable posible para enderezar la actuación. En cuanto a la petición de la defensa, explicó que para el delito de concierto para delinquir no se exige que exista una reunión en donde se pactara que **Luis Felipe Rivera Torres** se uniría a la organización en determinada fecha, y que lo realmente fundamental es que no sea modificado el marco fáctico a la hora de realizar la formulación de acusación.

DECISIÓN IMPUGNADA

El *a quo*, una vez escuchadas las partes negó la petición de nulidad de la formulación de imputación, con base en el numeral 2 del art. 288 del C. de P. Penal, ello por cuanto consideró que se relacionó el marco factual por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico de estupefacientes, cuando se adujo la vinculación al grupo delincuencial La Playa como expendedor, rol éste que lo hacía incurrir en el otro punible ya reseñado, actividad realizada en el barrio La Floresta del municipio de

Ciudad Bolívar, en un marco temporal que iniciaba en marzo de 2020, y que culminó en la fecha de su captura. Acto seguido, reconoció haber evidenciado que de manera inicial la fiscalía había hecho una relación confusa de los hechos, pero le abonó haberlos aclarado en el mismo acto, con lo que zanjó cualquier sombra de duda que hubiese en el acto de comunicación. La juez de primera instancia puso de presente que tras la verbalización de los cargos el procesado dijo a viva voz que entendía, aun cuando el defensor alegaba que el acto no había sido realizado de forma idónea. Ante esta afirmación defensiva la juez requirió a la fiscal y la mentada funcionaria procedió a repasar nuevamente los hechos jurídicamente relevantes.

Analizado el devenir de la audiencia preliminar de imputación, la juez de primera instancia se concentró en lo relacionado con la naturaleza de estos actos de comunicación, para ello se valió de varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los que se concluye que imputación y acusación son actos de parte, que en el primero se le explica al procesado por qué se le investiga y en el segundo cuál es la pretensión por la que se adelantará el juzgamiento. En ese orden de ideas, tal como lo expresa la sentencia SP 3988-2020, con ponencia de la Dra. Patricia Salazar Cuellar, la fiscalía realiza el juicio de imputación y acusación, y en ese momento el juzgador no participa para realizar control formal, debiendo ser la sentencia el momento en el que se pronuncie sobre este punto. Cerró diciendo que la petición de nulidad es inconducente porque sólo procede contra actuaciones de los jueces, que en esta ocasión no le asiste razón a la defensa, además, considera, no se ha vulnerado el debido proceso, porque no se expusieron de manera clara los presupuestos que rigen a las nulidades, no halló argumentos suficientes para decretar la nulidad pretendida. Aun cuando la jurisprudencia dispone la improcedencia de recursos, la juez de conocimiento optó por conceder la apelación para ahondar en garantías para el procesado.

DE LA APELACIÓN

El defensor presentó el recurso de apelación destacando el análisis pormenorizado que la *a quo* realizó de la imputación, además de salvar su responsabilidad frente a la convalidación que evidentemente no ocurrió pues desde la imputación ese abogado ha estado haciendo la misma observación al acto de comunicación inicial de cargos. Volvió a lo expuesto en la intervención en la que sustentó el pedido de nulidad y se preguntó por qué sólo se dijo que **Luis Felipe** hacía parte de la organización, pero no

en qué momento se concertó. Se mostró atónito ante el hecho de que desde el comienzo ya se conociera lo que los testigos dirían, sin siquiera haber llegado al juicio oral. Al final, iteró que sí se presentó un error y que el mismo es relevante, por lo que debía revocarse la decisión.

NO RECURRENTE

La Fiscalía como no recurrente solicitó mantener la decisión inicialmente tomada, dice que la fiscal pudo haberse excedido, porque hay casos que deben estar complementados con hechos indicadores en aras de que procesado y defensa tengan claro cuáles son los hechos con los cuales se fundamentará la acusación. Que en el escrito está claro, el rol, la temporalidad, todo ello, dentro de un delito de ejecución permanente.

La delegada del Ministerio Público aseguró que todo está claro, y esa claridad se alcanza cuando se tiene en cuenta cuáles son los requisitos para materializar el delito de concierto para delinquir. Reconoció que, al hacer las preguntas básicas para determinar los hechos jurídicamente relevantes, es decir, cuando hace el ejercicio de verificar el cuándo, cómo y dónde encuentra una respuesta suficiente, además dejó sentado que la carga de probar esos presupuestos facticos la tiene la fiscalía en el juicio oral. Por otra parte, advirtió que la incongruencia también es un tema que tiene que abordar cualquier juez de conocimiento al momento de emitir la sentencia, por lo que resulta inocuo insistir en nulidades. Dijo que, si bien es cierto, algunos escritos de acusación se mencionan evidencias e informes, habrá que mirar si esto afecta la imparcialidad del juez o si es sólo una falta de técnica. Denunció que el recurrente no hizo un análisis de los principios de la nulidad y pidió la confirmación del auto confutado.

CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente para conocer del presente asunto, conforme a lo dispuesto en el artículo 34, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal¹¹.

Considera la Sala que, en esta oportunidad, debe rechazar la alzada frente a la decisión que negó la nulidad petitionada por la defensa, en su lugar, abstenerse de resolver el recurso de apelación.

En tal sentido, en materia de nulidades debe decirse que, si bien la ley 906 de 2004 no consagra los principios que las orientan, ello no admite que quien propende por su declaratoria no esté en el deber de presentar una argumentación sólida para sacar adelante la pretensión, exponiendo que en el caso que se satisfacen cada uno de esos principios. Asimismo, debe superar ese filtro si lo que espera es que se declare la anulación de la actuación procesal que se estima transgresora de garantías fundamentales. Obsérvese, el opugnador solicita de la judicatura la nulidad de una actuación de parte: la formulación de imputación, respecto de la cual rotundamente lo tiene definido la ley y la doctrina de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es un acto de comunicación que efectúa el órgano de persecución judicial al indiciado y por ende, en principio, no puede ser objeto de control judicial; igual afirmación puede hacerse respecto del escrito de acusación.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 24.08.2016, AP 5516-2016, radicación 48.573, M.P. Malo Fernández dijo:

«Esa petición de nulidad del proceso se advertía manifiestamente inconducente al dirigirse contra un acto procesal de parte, como lo es la acusación, siendo que esa medida extrema sólo procede frente a las actuaciones de los funcionarios judiciales. En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad¹, el rechazo² o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso³. Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares⁴ o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación.

¹ Se inadmiten, por ejemplo, el desistimiento de la querrela cuando no es voluntario, libre e informado (art. 76 C.P.P./2004) y el medio de prueba impertinente, inconducente o inútil (art. 359 C.P.P./2004).

² El rechazo es la sanción a la falta de descubrimiento de los elementos probatorios y evidencia física (art. 346 C.P.P./2004) y a los actos manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos (art. 139 C.P.P./2004).

³ La sanción a la prueba ilícita e ilegal es la exclusión (arts. 23 y 359 del C.P.P./2004), más cuando se configura la primera hipótesis y la causa de la ilicitud es la obtención del medio de conocimiento mediante tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, se produce la nulidad total del proceso, tal y como se dispuso en la sentencia C-591 de 2005.

⁴ “El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”. (art. 10, último inciso, C.P.P./2004).

La condición de «parte» en el proceso de la Fiscalía General de la Nación es consecuencia natural de las reformas introducidas por el Acto Legislativo No 03 del 19 de diciembre de 2002 y desarrolladas por la Ley 906 de 2004, cuyo objetivo fue el de acentuar la adopción de un sistema de enjuiciamiento penal de naturaleza acusatoria⁵. Los efectos de esa modificación en la función de la fiscalía, entre otros, fueron: (i) se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales⁶ y de disponibilidad de la acción penal, frente a las cuales ahora tiene sólo un poder de postulación⁷; (ii) aunque la acusación sigue siendo presupuesto del juicio y, por ende, de la competencia del juez de conocimiento, la naturaleza de ese acto varió: de decisión judicial⁸ pasó a ser una pretensión⁹; y, (iii) se delimitó su rol al de investigador y acusador, pues un juez imparcial conoce del juicio y decide, y otro controla el respeto de las garantías.»

Mas recientemente la citada Corporación en la decisión AP1128-2022, proferido en el radicado No. 61.004, de 16 de marzo de 2022, con ponencia de la H. Magistrada Patricia Salazar Cuellar, en un caso análogo a éste dejó sentado que la formulación de imputación es un acto de parte, no jurisdiccional, por tanto respecto de ellos no es viable decretar la nulidad.

«4. La petición de nulidad formulada, en esos términos, se advierte manifiestamente inconducente, pues es claro que se dirige contra un acto procesal de parte como es la imputación, pero aquella medida extrema – la nulidad del trámite – solo procede contra las actuaciones de los funcionarios judiciales, como advirtió la Sala en CSJ AP5563 – 2016 al señalar lo siguiente: En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad¹⁰, el rechazo¹¹ o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso¹². Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la

⁵ Artículo 4, inciso 3º: “Con el fin de conseguir la transición hacia el **sistema acusatorio** previsto en el presente Acto Legislativo...”.

⁶ La fiscalía conservó funciones judiciales como son: la captura excepcional, los registros, los allanamientos e interceptación de comunicaciones (Art. 250, num. 1, inc. 3º, y 2).

⁷ Art. 250 de la Constitución Política: “(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. **Solicitar** al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (...) 4. **Presentar** escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. 5. **Solicitar** ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar. 6. **Solicitar** ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. (...)”.

⁸ En el Código de Procedimiento Penal de 2000, la acusación era una providencia judicial, tal y como expresamente lo disponía, entre otros, el artículo 397: “El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán **resolución** de acusación cuando...”.

⁹ Art. 336 C.P.P./2004: “El fiscal presentará el **escrito** de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando...”.

¹⁰ Se inadmiten, por ejemplo, el desistimiento de la querrela cuando no es voluntario, libre e informado (art. 76 C.P.P./2004) y el medio de prueba impertinente, inconducente o inútil (art. 359 C.P.P./2004).

¹¹ El rechazo es la sanción a la falta de descubrimiento de los elementos probatorios y evidencia física (art. 346 C.P.P./2004) y a los actos manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos (art. 139 C.P.P./2004).

¹² La sanción a la prueba ilícita e ilegal es la exclusión (arts. 23 y 359 del C.P.P./2004), más cuando se configura la primera hipótesis y la causa de la ilicitud es la obtención del medio de conocimiento mediante tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, se produce la nulidad total del proceso, tal y como se dispuso en la sentencia C-591 de 2005

irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares¹³ o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación

“En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad, el rechazo o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso. Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación.”

Y la Fiscalía, como consecuencia de las reformas introducidas en el contexto de la Ley 906 de 2004, es «parte» dentro del proceso penal, pues:

(i) se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales⁵ y de disponibilidad de la acción penal, frente a las cuales ahora tiene sólo un poder de postulación⁶; (ii) aunque la acusación sigue siendo presupuesto del juicio y, por ende, de la competencia del juez de conocimiento, la naturaleza de ese acto varió: de decisión judicial⁷ pasó a ser una pretensión⁸; y, (iii) se delimitó su rol al de investigador y acusador, pues un juez imparcial conoce del juicio y decide, y otro controla el respeto de las garantías (ídem).»

Desde esa óptica, la pretensión de nulidad negada por el A quo resulta improcedente, dado que no solo se postuló contra la imputación como acto de parte de la Fiscalía, sino que se apoya en la incidencia de esos yerros en el escrito de acusación.

En efecto, el acto de la acusación al ser complejo únicamente se perfecciona con la formulación verbal en audiencia¹⁴ porque hasta ese momento, acorde con el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, puede la fiscalía aclarar, adicionar o corregir el contenido del pliego de cargos. La discusión respecto de la supuesta imperfección del escrito de acusación corresponde a la etapa de la audiencia de acusación; en nuestro caso, se está haciendo un planteamiento sobre ese aspecto cuando ni siquiera ha iniciado su exposición oral, situación que fortalece la improcedencia de la nulidad, en tanto se muestra extemporánea por anticipación.

¹³ “El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”. (art. 10, último inciso, C.P.P./2004).

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP6808-2016, mayo 25, rad. 43837.

Además, la petición de nulidad relevó el mecanismo legal que permite la corrección de los errores del escrito de acusación, tal es el caso de la solicitud de observaciones por las partes e intervinientes, cuya oportunidad aún no ha precluido en tanto la audiencia está en curso. También, está pendiente la verificación que debe realizar el juez sobre el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 337 procesal.

Por ende, como quiera que en caso en particular se interpuso la apelación respecto de una decisión contra la cual no es procedente dicho recurso, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre el fondo de los alegatos de sustentación esbozados por el confutador, por lo que se abstendrá de resolver advirtiéndole al A quo que continúe con el trámite de la audiencia de formulación de acusación frenando dilaciones injustificadas y aplicando los poderes de dirección y de corrección otorgados por la ley como director de la audiencia.

Así, la Sala se abstendrá de resolver la nulidad propuesta, como lo reconoció la juez de conocimiento, por la naturaleza de las decisiones que se atacan, esto es, la formulación de imputación y la radicación del escrito de acusación, actos de parte no susceptibles de ser nulitados; pues, se aclara, la nulidad hubiese procedido en caso de que la jurisdicción haya faltado al deber de ejercer el control formal que le corresponde, situación que en el caso concreto no ocurrió.

De otra parte, en las providencias antes citadas, la Corte Suprema, de cara a las actuaciones palmariamente infundadas e inconducentes como la realizada en este asunto expresó:

«...los jueces tienen la obligación, no la facultad, como lo prevé el artículo 139 «Deberes específicos de los jueces», de rechazarlos de plano y esta decisión constituye una orden porque tiende a evitar el entorpecimiento de la actuación (art. 161-3 C.P.P./2004) que, como tal, no admite recursos...»

Entonces, lo adecuado era rechazar de plano la petición, de conformidad con lo establecido en el Art. 139 Nral. 1 del C. de P. Penal, por medio de una orden verbal de las que trata el Art. 161 Nral. 3 ibidem, contra las cuales no proceden recursos.

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

RESUELVE

Primero: Abstenerse de resolver el recurso de apelación propuesto por la defensa en contra del auto de 27 de marzo de 2023, por medio del cual el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, negó la solicitud de nulidad reclamada respecto de la audiencia de formulación de imputación realizada al señor **Luis Felipe Rivera Torres**.

Segundo: Remitir el expediente al juzgado de origen para que se continúe con el trámite pertinente.

Tercero: Se informa que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase.

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez

Magistrada
Sala 001 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: **fc78875d47006c1a6db73c8c798f2bb2a907b8d583cda403d14af15f274fb079**

Documento generado en 30/05/2023 04:02:16 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 PENAL DE DECISIÓN**

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

CUI: 05 376 61 00000 2021 00001 01 (**2023-0494-3**)
Procesados: MARCELINO TOBÓN TOBÓN
URIEL TABARES CASTRO
Delito: Estafa y otros
Asunto: Auto niega decreto prueba testigo técnico
Decisión: Confirma
Acta y fecha: No. 136, mayo 18 de 2023

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

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto de 16 de marzo de 2023, mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia, resolvió las solicitudes probatorias de las partes en el proceso que se le sigue a MARCELINO TOBON TOBÓN y URIEL TABARES CASTRO, por la presunta comisión de los delitos estafa, obtención de documento público falso y abuso de condiciones de inferioridad.

HECHOS

La Fiscalía expuso los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de acusación de la siguiente manera:

“El día 29 de marzo de 2011 en la Notaria Única de la ceja, el señor Elkin de Jesús Jurado Buitrago firmó escritura 457 donde se constituyó como deudor del señor JUAN CARLOS TOBÓN TOBÓN por la suma de \$10.000.000; sin embargo, al señor JUAN CARLOS TOBÓN no lo conoció,

no recibió de él ningún dinero y no tuvo ninguna negociación directa, porque el dinero lo suministró MARCELINO TOBÓN TOBÓN, por intermedio de URIEL DE JESÚS TABARES. Donde se obtuvo documento público falso que posteriormente fue utilizado por MARCELINO TOBÓN TOBÓN para ejecutar la presunta deuda, agravado (por el uso del documento en el proceso ejecutivo del que posteriormente desistió) Art. 288-289 del C. Penal.

Así los señores MARCELINO TOBÓN TOBÓN y URIEL DE JESÚS TABARES desde el 29 de marzo de 2011 se encargaron de hacerle pequeños préstamos de dinero al señor Uriel de Jesús Tabares, hasta que el 26 de octubre de 2016, le hicieron firmar una constancia que supuestamente recogían todas las deudas convirtiendo los \$10 millones de pesos iniciales en la suma de \$36.000.000 y el día 3 de marzo de 2017 le exigen y obtienen el pago de la suma de \$44.700.000 conducta que se adecua a la estafa mediante un artificio de que con una constancia iban a ejecutar al señor Elkin de Jesús Jurado con la cual doblegaron la voluntad de la víctima haciéndole reconocer dineros que no había recibido y omitiendo los abonos por éste efectuados.

Finalmente el señor Elkin de Jesús Jurado tuvo que vender la única propiedad que tenía, su casa de habitación ubicada en la urbanización San Judas, lote 14 Manzana D sector Payuco del municipio de La Ceja, y con ella entregarle todo el dinero que exigieron los señores MARCELINO TOBÓN TOBÓN y URIEL DE JESÚS TABARES aprovechándose de la necesidad e inexperiencia del señor Elkin de Jesús Jurado, lo que se adecua a la conducta de abuso de condiciones de inferioridad, Art. 251 inc. 2 del C. Penal y que ocurre el 03 de marzo de 2017 en que realmente se obtiene provecho ilícito con el correlativo perjuicio.”¹

ACTUACIÓN PROCESAL

Por lo hechos antes descritos la delegada de la fiscalía, en audiencia presidida por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Ceja, Antioquia, el 25 de febrero de 2020, formuló imputación en contra de MARCELINO TOBÓN TOBÓN y URIEL DE JESÚS TABARES CASTRO por la presunta comisión de los delitos de estafa, obtención de documento público falso y abuso de circunstancia de inferioridad.

Luego la Vista fiscal radicó el escrito de acusación; en él se atribuyó a MARCELINO TOBÓN TOBÓN y URIEL DE JESÚS TABARES CASTRO la presunta comisión de los delitos de estafa, obtención de documento público falso agravado y abuso de circunstancias de inferioridad (Art. 246, 251, 288 y 290 del

¹ PDF 01 expediente digital.

C. Penal); acusación formulada en audiencias celebradas el 2 y 18 de agosto de 2022.

El 16 de marzo de 2023 se instaló y agotó la audiencia preparatoria, en cuyo desarrollo la fiscalía y defensa enunciaron los elementos materiales probatorios que pretenden hacer valer en juicio oral. El juez decretó la totalidad de las pruebas solicitadas por la fiscalía. También a la defensa del señor URIEL TABARES CASTRO y del señor MARCELINO TOBÓN TOBÓN, a excepción del testimonio de Oscar Carmona Medina, quien fue solicitado como testigo experto para que se pronunciara sobre los términos de la cosa juzgada en materia civil, la validez de los títulos valores y el trámite surtido ante las instancias civiles.

Indicó el defensor que vertería en el juicio oral su conocimiento sobre el desarrollo y consecuencias jurídicas que ya han sido objeto de cosa juzgada en la jurisdicción civil o comercial y concretamente los títulos valores que se han puesto de presente al procesado y como ellos ya han desfilado ante la justicia civil, a ellos se les tachó de falsos, se les propuso excepciones previas y de fondo y que finalmente se terminó acogiendo la pretensión de mandamiento de pago en esas instancias civiles.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

El juez de primera instancia señaló que la parte reclamó el decreto del abogado Oscar Carmona como testigo experto, no era pertinente en tanto lo declarará el testigo no guarda relación ni directa ni indirectamente con los hechos materia de investigación. Expresamente sostuvo el A quo:

«...Si bien es cierto acá en este asunto se está haciendo referencia a la existencia de dos procedimientos ejecutivos, notará doctor William que el tema de prueba no está relacionado directa o indirectamente con la finalización de esos trámites ejecutivos, sí, ni con los mandamientos de pago o con las decisiones que ordenan continuar con la ejecución. Habilitar este testimonio para que de forma técnica se refiera a esos hechos de cosa juzgada en materia de títulos valores y relacionado con los dos procedimientos ejecutivos en este caso no generará realmente,

con las tesis que tiene la defensa con sus testigos con lo que la fiscalía ha propuesto, que sea más o menos probable la existencia de los tres hechos de carácter delictivo, mire que es una obtención de documento público falso es una estafa y eso es un delito de abuso de condiciones de inferioridad los hechos de la acusación entonces desde ese punto de vista será admisible exclusivamente el testimonio de Oscar Carmona Medina los demás medios de pruebas en su totalidad la decisión. Entonces para la fiscalía medios de prueba excepto las declaraciones de renta.»

LA IMPUGNACIÓN

El auto de primera instancia fue recurrido por el defensor de MARCELINO TOBÓN TOBÓN quien reiteró que la pertinencia y conducencia estaba marcada por el antecedente que tiene el proceso penal de dos procesos civiles en los que la parte demandada propuso recursos procedimentales para que la demanda se desestimara. Explicó que era procedente el decreto de un testigo experto en atención al principio de integración consagrado en el Art. 25 del C. de P. Penal y aludió las decisiones 45.711 de la Corte Suprema de Justicia y la T258 de 2017 de la Corte Constitucional en las que se define lo que es un testigo de esta naturaleza y explica por qué es aplicable esta figura en el proceso penal.

La fiscalía y la representación de las víctimas reclamaron que se confirmara la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

El Tribunal es competente para conocer de la providencia impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º, del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

En la audiencia preparatoria, acorde con los artículos 356 y 357 de la Ley 906 de 2004, *el juez dará la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión. Asimismo, decretará la*

práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba.

Por su parte, el artículo 139 señala el deber específico de los jueces de rechazar de plano los *actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos*. También, el artículo 359 *ibidem* ordena *la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba*.

De igual modo, el artículo 375 de la misma ley prevé las pautas para establecer la pertinencia de las pruebas y recalca la necesidad de que las mismas se refieran *directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta*, requerimientos que se deben seguir al resolver las solicitudes probatorias elevadas en desarrollo de la preparación del juicio.

Sobre el particular, la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la prueba es **conducente** cuando exhibe la idoneidad legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual acepta que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento; es **pertinente** cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; es **racional** cuando es viable dentro de los parámetros de la razón y, por último, es **útil** cuando alcanza cierto beneficio.

Así las cosas, la parte que formula la petición probatoria tiene la carga de exponer las razones que la motivan y, particularmente, los argumentos de conducencia, pertinencia y utilidad que su decreto exige, con lo cual también garantiza el derecho de contradicción de su contraparte, quien al estar al tanto de los fundamentos de la petición, consigue elementos de juicio para resistirse a su práctica, si a bien lo tiene. Valga traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre el tema que ocupa la atención del Tribunal, en los siguientes términos:

« (...) la argumentación que en este sentido efectúen las partes dependerá, en cuanto a la relevancia o pertinencia de la prueba, de la mayor o menor complejidad de los enunciados fácticos que los medios de convicción

solicitados busquen probar, análisis que deberá hacerse teniendo en cuenta los hechos materia de imputación, así como las pretensiones (ya sean de acusación o de defensa) de los interesados, en razón de la teoría del caso que vaya perfilándose en cada situación particular.

De esta manera, si el enunciado fáctico propuesto con la solicitud probatoria tiene directa relación con el hecho jurídicamente relevante atribuido en el pliego de cargos (ya sea para demostrar su existencia o inexistencia), es obvio que cualquier prueba de este tipo resultará importante para los fines del proceso.

Situación más difícil se produce cuando la proposición fáctica a la que alude el medio probatorio versa respecto de un hecho secundario o accesorio, del cual podrían derivarse consecuencias lógicas relativas a la situación fáctica imputada. En estos casos, a la parte interesada le corresponde argumentar suficientemente dicha relación o, lo que es lo mismo, establecer de manera razonable el criterio a partir del cual sea posible formular la inferencia que va del hecho secundario al que cuenta con trascendencia jurídica y necesita ser demostrado².

Por su parte, el juez de conocimiento valorará la relevancia de la prueba solicitada en la audiencia preparatoria mediante un juicio preliminar e hipotético del enunciado fáctico planteado por la parte y su relación con el hecho por probar. Para ello, deberá presuponer, en principio, que la prueba tendrá un resultado positivo respecto del enunciado por determinar y de ahí abordará su trascendencia para efectos de verificar o refutar (o también para sumar o restar en términos de probabilidad) la verdad histórica de la imputación³.»

Si el análisis en esas condiciones arroja efectos negativos, el juez, una vez escuchados los argumentos del solicitante, así como los de la otra parte y demás intervinientes, podrá negar la práctica de la prueba por impertinente. En caso de duda, lo recomendable será decretar la prueba solicitada, tal como lo advierte la opinión dominante en la doctrina:

«Sólo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibile la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba.»⁴

Esta postura fue acogida por la Corte Suprema de Justicia en decisión de 8 de junio de 2011, (Rad. 35130), cuando precisó:

«...Lo anterior, con más razón para la Ley 906 de 2004, en virtud de los valores

² Cf. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 365.

³ *Ibidem*, p. 366: “[...] se trata de establecer si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis referida al hecho jurídico”.

⁴ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Temis, Bogotá, 2006, tomo primero, p. 328.

e intereses enfrentados. Por un lado, ordenar la práctica de una prueba irrelevante en el juicio oral afectaría los principios de celeridad y actuación procesal, pues se perturbaría la eficacia del ejercicio de la justicia. Pero, por otro lado, omitir la incorporación de un medio probatorio trascendente para los fines del proceso no sólo implicaría el elevado riesgo de vulnerar el derecho de defensa, como ya se señaló, sino incluso los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación (en el evento de que la petición desestimada apoyase las pretensiones de la contraparte) ...»

Según el criterio jurisprudencial en cita, el juzgador está obligado a decretar las pruebas que directa o indirectamente se refieran a los hechos o circunstancias relacionadas con la comisión de la conducta punible, a la responsabilidad del acusado, a la mayor o menor probabilidad de los acontecimientos descritos, o a la credibilidad de un testigo o perito; en suma, que exhiban un valor probatorio razonable, con tal que no originen un grave perjuicio indebido, generen confusión, o se aprecien dilatorias, según lo dispone el artículo 376 del Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia⁵ el testigo experto o técnico:

«... carece de consagración expresa en la Ley 906 de 2004, en la que tampoco se regula el tratamiento procedimental que debe darse al testimonio rendido por quien tiene condiciones académicas, profesionales o científicas que lo distancian o diferencian del testigo común...»

Omisión legislativa que debe ser superada aplicando el artículo el 220 de la Ley 1564 de 2012, en virtud del principio de integración consagrado en la Ley 906 de 2004, de acuerdo con el cual *« En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.»*

El artículo 227 del Decreto 1400 de 1970 dispone, en cuanto a lo que interesa, que:

⁵ Corte Suprema de Justicia

*«el juez rechazará las preguntas... que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, **excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia**».*

Así, dice la corporación, no se presenta dificultad alguna que impida integrar la noción de testigo técnico al procedimiento penal previsto en la Ley 906 de 2004 y aplicada en las actuaciones adelantadas bajo esa ritualidad⁶.

Concretamente en relación con el testigo técnico la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada con antelación expresó:

«B) El testigo técnico es, de todas maneras y a pesar de su cualificación especial, un testigo, de modo que debe haber percibido de manera personal los hechos objeto de controversia u otros relacionados directa o indirectamente con aquéllos, pues sobre eso debe ocuparse su declaración.

*C) No obstante, el testigo experto se diferencia del común en cuanto, **aunque ambos declaran sobre los hechos** aprehendidos por los propios sentidos, el primero cuenta con cierta experticia en una determinada ciencia, técnica o arte de la que el segundo carece.*

*Esa distinción fáctica entre uno y otro permite dispensarles un tratamiento jurídico diferenciado, de modo que mientras al testigo común le está vedado exponer apreciaciones o impresiones personales en el curso de su deposición, al testigo experto le está permitido, siempre que aquéllas, formadas como consecuencia de **sus condiciones profesionales o académicas, se relacionen con los hechos objeto del testimonio y contribuyan a mejorar su ilustración.***

5. El tratamiento jurídico diferenciado entre el testigo común y el técnico, desde luego, también se ve reflejado en la verificación de los requisitos sustanciales y procesales que determinan su decreto y posterior práctica en la vista pública, algunos de los cuales coinciden, mientras que otros divergen.

No puede perderse de vista que el testigo experto, según quedó esbozado en precedencia, no pierde, por razón de su especial cualificación profesional, la condición de testigo.

En ese orden de ideas, quien pretende acopiar una declaración de esa naturaleza, al igual que quien reclama un testimonio ordinario, debe señalar, en la sustentación de la pertinencia, conducencia y utilidad de dicho medio de prueba, si el declarante tiene conocimiento personal de

⁶ Ibidem

los hechos, pues sólo sobre aquellas circunstancias fácticas que ha conocido directamente por los sentidos, al tenor del artículo 402 de la Ley 906 de 2004, le está permitido atestar.

Pero más allá de esa similitud, es claro que la solicitud del testimonio técnico supone también la precisión oportuna, esto es, en la audiencia de formulación de acusación o la preparatoria, según el caso, de cuál es la especialidad del declarante, la razón de su conocimiento técnico o científico – esto es, si fue adquirido en razón de capacitación acreditada mediante título profesional legalmente obtenido o por su reconocido entendimiento en la materia – y del contenido de su deposición.

Lo anterior, pues como lo tiene dicho la Sala, la posibilidad de controvertir las pruebas allegadas al proceso constituye una garantía fundamental en el esquema procedimental vigente, por lo que la Fiscalía y la defensa deben conocer con suficiente antelación los medios de conocimiento y las evidencias de la parte contraria, con el propósito de preparar su propia teoría del caso⁷.

En ese orden, resultaría inadmisibile que un testigo, de quien no se anunció oportunamente su cualificación, concurriera a la vista pública para relatar los hechos percibidos con adicional ilustración científica o técnica, como quiera que por esa vía resultaría sorprendida la parte en contra de la cual se aduce la prueba, que quedaría imposibilitada para controvertirla, al menos en el aspecto especializado de la misma.

De igual modo, si el testimonio técnico incorpora, de una parte, un relato sobre los hechos objeto de investigación y, de otra, una apreciación técnica o científica que el testigo se forma sobre los mismos en razón de experticia sobre una determinada área del conocimiento, es claro, según se desprende el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, que quien pretende el decreto y práctica de un medio de conocimiento de esa naturaleza y alcance tiene la carga de sustentar la utilidad de la misma, no sólo en lo que tiene que ver con la presentación de la situación fáctica que realizará el testigo, sino también en punto a la manera en que sus opiniones doctas contribuyen al esclarecimiento de la verdad...»

El apoderado judicial del ciudadano TOBÓN TOBÓN pidió que se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se decrete como prueba de descargo el testimonio del abogado Oscar Carmona Medina, a quien atribuye la condición de testigo experto. Al postular la prueba dijo:

«...declarará a fin de especificar los términos de la cosa juzgada respecto a la validez de los títulos valores que han sido puestos a consideración de los jueces civiles ellos señor juez porque siendo testigo técnico en los términos de la sentencia de la corte que acabo de referir le consta la el

⁷ Cfr. CSJ AP, 11 jun 2014, rad. 43.433.

trámite surtido ante las sustancias civiles y específicamente los dos procesos a los que se ha hecho alusión tanto de cargo como de descargo en cuanto fueron pesos a consideración su validez su pertinencia a efectos de del de dictar mandamiento de pago y terminar con una sentencia... de ejecución en contra del señor Elkin Jurado. señor Juez la pertinencia de ese testigo experto testigo técnico en los términos de la Corte Suprema de Justicia tiene que ver con su calidad de abogado experto en el Derecho Civil y su pertinencia o el vertimiento de su conocimiento acerca del desarrollo y de las consecuencias jurídicas de los títulos valores que ya han sido objeto de cosa juzgada en la jurisdicción civil o comercial en cualquier caso y concretamente en los títulos valores que hicieron o qué hace alusión la acusación en contra de mi defendido y como ellos desfilaron ya a través de la justicia civil frente a ellos se propuso falsedad y otro tipo de excepciones previas y de fondo y que finalmente termina siendo acogida la pretensión de mandamiento de pago dentro de esas instancias civiles nombre del testigo técnico doctor William Oscar Carmona Medina.»

Ahora, los hechos jurídicamente relevantes hacen referencia, entre otras cosas, a que se elevó a escritura pública la hipoteca por medio de la cual Jurado Buitrago garantizaba la deuda y que posteriormente el acreedor impulsó dos demandas ante la jurisdicción civil, las cuales terminaron por el desistimiento del proponente. Asimismo, en el acápite de hechos jurídicamente relevantes del escrito de acusación se alude a la escritura pública 457, del 21 de marzo de 2011, la cual “posteriormente fue utilizad[a] por MARCELINO TOBÓN TOBÓN para ejecutar la presunta deuda”.

Con todo, no se logra deducir siquiera, tampoco lo expresó el recurrente, por qué al abogado Oscar Carmona Medina le constan esos hechos, pues el recurrente lo presenta como experto en el trámite de procesos ejecutivos y por esa razón con la capacidad profesional de explicar con suficiencia lo relacionado con la ejecutoria de la providencia por medio de la cual se dio por terminado el o los procesos ejecutivo, sin indicar si se trataba del apoderado del demandante o del demandado. Algo más, respecto de esos procesos nada dijo, pues guardó silencio sobre la identificación de ese o esos asuntos, no indicó quienes eran las partes, cuál era el objeto de la demanda ejecutiva y en que juzgado civil se adelantó o adelantaron.

Corolario de lo anterior, el testimonio experto del Abogado Oscar Carmona Medina es impertinente, en tanto no tiene relación con la situación fáctica controvertida y

porque las apreciaciones jurídicas respecto de la cuales iba a ilustrar al juez hacen parte de las consideraciones que está en posibilidad de formular en los alegatos conclusivos. En esa ocasión podrá expresar consideraciones de orden fáctico, jurídico y probatorio, asimismo plantear al Juzgado una particular interpretación de una norma.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA,**

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR** el auto de fecha y origen indicados.
2. Contra esta providencia no procede ningún recurso.
3. Por secretaría y de la manera más expedita devuélvase la actuación al juzgado de origen.

Comuníquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

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

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 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: **6101cbbcccfbe47711fbad3af51fa5e98e45566680debd58edb7702db158e655**

Documento generado en 30/05/2023 04:03:04 PM

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Tribunal Superior de Antioquia
Sala de Decisión Penal

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación: 05-001-60-00000-2021-00918-01 (2023-0547-3)
Procedencia: Juzgado Sexto Penal del Circuito
Especializado de Antioquia
Procesado(s): Yeferson Stiven Bonilla Bedoya y otros
Delito(s): Concierto para delinquir agravado y otros
Motivo: Apelación auto interlocutorio
Decisión: Revoca
Aprobado: No. 135, mayo 18 de 2023

1. Asunto

Pronunciarse sobre la apelación interpuesta por la defensa de **Yeferson Stiven Bonilla Bedoya, Víctor Alfonso Bedoya Grisales, Yeferson Andrés Grisales Ciro y Luis Ferney Pérez Quintero** contra el auto del 24 de marzo de 2023, dictado en audiencia preparatoria, por el cual, el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, admitió la práctica de algunas pruebas testimoniales solicitadas por la Fiscalía, sin que le fueran descubiertas.

2. Hechos

De la acusación se puede extraer para lo que concita el debate que, al señor **Yeferson Stiven Bonilla Bedoya** y a otras 24 personas, se les atribuye haber pertenecido a la organización criminal denominada “La Oficina”, con injerencia en el municipio de El Retiro, Antioquia, y zonas veredales, desde finales del año 2019 hasta el nueve de junio de 2021, fecha en que se produjo su captura, la cual se dedicaba al tráfico de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades.

La actividad delictiva, al parecer, la ejercían a domicilio y en inmuebles destinados para tal fin, algunas veces utilizando menores de edad.

3. Actuación procesal

Ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de El Retiro, Antioquia, a partir del nueve y hasta el 24 de junio de 2021, fueron celebradas las audiencias concentradas de legalización de allanamiento y captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, en contra de los aquí procesados.

El conocimiento de la actuación le correspondió por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, despacho en el que se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación el nueve de diciembre de 2021, enrostrando a los procesados los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado y destinación ilícita de muebles o inmuebles.

Posteriormente, con la creación de dos nuevos Juzgados de la misma especialidad, la actuación fue asumida por el Juzgado Sexto homólogo, en

el que se convocó a audiencia preparatoria, la cual se evacuó en las sesiones del 17 de noviembre y 19 de diciembre de 2022 y, 24 de marzo del 2023.

En la primera sesión de audiencia preparatoria la bancada defensiva manifestó tenerse por completo y oportuno el descubrimiento probatorio de la Fiscalía.

A continuación, en la sesión del 19 de diciembre de 2022, las partes solicitaron por economía procesal, realizar la enunciación y la solicitud probatoria de manera conjunta, lo cual fue admitido por la juez de instancia, procediendo así Fiscalía y Defensa.

Efectuado lo anterior, se presentó oposición por parte de la defensa a que se decretara, como prueba de cargo, el testimonio de Nataly García Buitrago, en su condición de personera del municipio de El Retiro, Antioquia, por cuanto participó en distintas diligencias de la investigación. Acto seguido, solicitó el rechazo por falta de descubrimiento, en tanto ese testimonio no fue relacionado en el anexo de pruebas del escrito de acusación, lo mismo expresó frente al testigo JCB, menor de edad que participó, al parecer, en unas conversaciones telefónicas que fueron interceptadas.

Finalmente, el *a quo* resolvió la solicitud probatoria elevada por las partes, decisión que encontró disenso en la defensa, particularmente en la representación judicial asumida por el Dr. William Herrera Echeverry, quien impetró el recurso de alzada.

4. Decisión impugnada

Escuchadas las solicitudes probatorias, la juez de conocimiento se pronunció en punto a resolver la prueba peticionada, decretando la práctica

de todas las pruebas solicitadas por la fiscalía, al encontrar acreditados los presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad planteados por la parte, advirtiéndoles que depuraría aquella que se tornara repetitiva, por principio de economía y celeridad.

Frente a la prueba peticionada por la defensa, igualmente la decretó en su totalidad, con excepción de aquellos testigos comunes que fueron solicitados por el ente acusador.

Frente a este tópico se pronunció particularmente la primera instancia, manifestando con base en la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, radicados 42864-2014 y 49307-2017, qué era razonable justificar la procedencia los testimonios comunes, aduciendo los mismos argumentos que presenta la contraparte.

Precisa que, en caso de observar puntos en común sobre el debate, ya sea en torno a la materialidad de la conducta o la responsabilidad del encartado, estos podrán decantarse, *verbi gratia*, con estipulaciones probatorias sobre ese hecho común, salvo que tenga fines completamente diferentes, soportado con la debida argumentación de pertinencia y utilidad.

Consideró que los defensores que peticionaron pruebas en común con la Fiscalía no cumplieron con la carga argumentativa que les correspondía, adicionalmente por ser aspectos que se pueden abordar con los mismos testigos en el conainterrogatorio.

Sin embargo, en aras de garantizar el derecho de defensa e igualdad, la negativa se condicionó al entendido que la fiscalía decline de la presentación de esos testigos, caso en el cual, la defensa podría hacer uso de dicha prueba.

5. Impugnación y no recurrente

El defensor William Herrera Echeverry, interpuso recurso de apelación, para que se revocara la decisión de primera instancia que decretó la práctica probatoria de la Fiscalía en su totalidad, ello, teniendo en cuenta su inconformidad planteada desde antes de proferirse el auto impugnado.

Frente a los testimonios de Nataly García Buitrago (personera municipal de El Retiro) y de JCB, menor de edad, ambos decretados a la Fiscalía, manifestó que fueron testigos que nunca se le descubrieron a la defensa, razón por la cual elevó solicitud de rechazo en audiencia preparatoria.

Para ello citó la sentencia STP-11602 del año 2022 con rad. 57164 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia e indica que aquellos que la Fiscalía denomina testigos de responsabilidad y de acreditación, descritos en el escrito de acusación no aparecen mencionados en el anexo del pliego de cargos.

Por haber sido descubiertos inoportunamente, se abstuvo de solicitar como prueba en este proceso la agenda pública de la Dra. Nataly García Buitrago, pues en su sentir, constituye un medio de convicción importante para la Defensa que con la decisión tomada por el *a quo*, se vulneraría el debido proceso probatorio.

Expresa que no se puede sorprender a la defensa en audiencia preparatoria, con un medio de prueba que no fue descubierto desde el escrito de acusación. Por consiguiente, solicita el rechazo de estas pruebas y se revoque la decisión.

La Fiscalía, en su condición de no recurrente, indica que el delegado fiscal que la antecedió en esta causa si descubrió, a partir del escrito de acusación, todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que fueron solicitados, no siendo ajeno a ello los testimonios de los dos testigos que la defensa asegura no le fueron descubiertos, puesto que los momentos para efectuar el descubrimiento probatorio son varios.

Considera que la defensa construye un desconocimiento de la prueba, bajo premisas falsas y especulativas, sin sustento, particularmente, frente a la prueba testimonial de la Dra. Nataly García Buitrago, personera de El Retiro, que fue decretada por la juez de primera instancia.

6. Consideraciones de la Sala

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para resolver la apelación promovida, por dirigirse contra un auto proferido por un juez penal del circuito.

Analizada la decisión confutada y los motivos de disenso, el asunto que debe resolver el Tribunal se concreta en establecer si fue acertada la determinación del a quo cuando negó tácitamente la petición de rechazo por falta de descubrimiento los testimonios de de la Dra. Nataly García Buitrago y el de JCB decretados a instancia de la fiscalía; no obstante, no los haya relacionado ni en el anexo del escrito de acusación ni mencionado en la audiencia de formulación acusación, sin que adujera motivos que acreditaran que no los conocía antes de esos momentos procesales.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia desde la CSJ AP de 21 de febrero de 2007 Rad. 25920 viene sosteniendo, en relación con el descubrimiento probatorio, que inicia con la presentación del escrito de acusación, tal como lo demanda el Artículo 337 en su numeral 5 de la Ley

906 de 2004; continúa en la audiencia de formulación oral de acusación, acorde con lo expuesto en el artículo 344 ibidem; se prolonga en la audiencia preparatoria, según los numerales 1 y 2 del artículo 356 ídem y, excepcionalmente, puede ocurrir en el juicio oral, en los casos de prueba sobreviniente de que trata el artículo 344 del mismo código.

Así, el descubrimiento, como garantía fundamental dentro del proceso adversarial e integrante del debido proceso probatorio, es obligatorio para la Fiscalía, con el anexo al escrito de acusación. Sobre el particular el artículo 337 de la Ley 906 de 2004 expresa:

«El escrito de acusación deberá contener:

5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (...)»

Esa misma disposición refiere siete elementos que hacen parte de ese anexo, entre ellos: los hechos que no requieren prueba, la transcripción de las pruebas anticipadas, los nombres y direcciones de testigos y peritos, los documentos y el nombre de los testigos de descargo, así como otros elementos favorables al acusado, y, por último, las declaraciones o deposiciones. La fiscalía, además de efectuar esa relación, debe hacer entrega del anexo y copia del mismo se trasladará a la defensa e intervinientes.

En la audiencia de formulación de acusación se presenta otro momento para que la Fiscalía efectúe el descubrimiento probatorio, pues está en la posibilidad, incluso, de adicionar el escrito de acusación, tal como lo autoriza el artículo 339 de la Ley 906 de 2004. Además, en esta vista pública la defensa puede solicitar el descubrimiento probatorio de los EMP o EF relacionados en el anexo presentado por la entre acusador y para el

director de la audiencia es obligatorio velar porque ese acto de parte se lleve a cabo de manera completa.

En la audiencia preparatoria ya la defensa conoce la integridad de medios de conocimiento con que cuenta la Fiscalía. A su inicio, en estricto cumplimiento de lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, el juez debe verificar si el descubrimiento realizado fuera de la sede de la audiencia de acusación fue oportuno y completo, y de no haber manifestaciones al respecto se continúa con el descubrimiento a cargo de la defensa. Puede suceder que en el lapso ocurrido entre la acusación y la preparatoria, hubiere surgido un medio cognoscitivo relevante, no conocido antes, del cual no se supo no por negligencia, incuria o mala fe del ente acusadora; descubrimiento que no puede ser complementario, adicional o para subsanar un descuido de la Vista fiscal, pues el artículo 356 -1- de la citada ley establece que en caso de no haberse realizado de forma completa, procede el rechazo.

La última oportunidad de descubrimiento sucede en el marco de la audiencia de juicio oral en los casos de prueba sobreviniente, la cual también es excepcional y por ningún motivo se podrá acudir a ella para enmendar defectos u omisiones en el trabajo de las partes.

Sobre el descubrimiento ha expuesto la sala penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia que:

“La jurisprudencia de Sala ha considerado que el descubrimiento probatorio hace parte del debido proceso probatorio y se concreta en las siguientes circunstancias: i) cuando el fiscal remite al juez de conocimiento el escrito de acusación con sus anexos, conforme al art. 337 del C.P.P; ii) en la audiencia de formulación de acusación, conforme al art. 344 del C.P.P; y iii) en la audiencia preparatoria, en las condiciones previstas por los arts. 356 y 357 del C.P.P. (CSJ AP393, 6 feb. 2019 Rad. 54182). Esto

último haciendo alusión a la defensa, así se extracta del AP1083 de 2015-Rad. 44238, en el que la Corte en cita señaló:

“No obstante, para evitar sorprender al opositor y garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad, las partes tienen el deber de descubrir los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida que hubiesen recaudado y que pretendan hacer valer en el juicio; obligación que en el caso de la Fiscalía comprende incluso “aquellos elementos favorables al acusado” que estén en su poder, tal como lo establece el literal f) del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, todo lo cual debe procurarse en las precisas oportunidades que la normativa mencionada señala, es decir, en el escrito de acusación, en la audiencia de formulación de acusación y hasta la audiencia preparatoria, de acuerdo con los artículos 337, 344 y 356 -numeral 2º- ídem, so pena de su rechazo.

En este sentido, los elementos de convicción que no sean oportunamente descubiertos “no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio”; más aún, el juez está “obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”. (Artículo 346 ídem)”¹

El artículo 346 de la Ley 906 de 2004, expresa:

«SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN DE INFORMACIÓN DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DESCUBRIMIENTO. Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.»

El precepto es claro: su incumplimiento comporta la exclusión del elemento material probatorio o evidencia física, en tanto estructura una actuación desleal.

¹ CSJ AP350-2022, radicado 58087.

Ahora bien, esta disposición contempla una excepción a la sanción, y ocurre cuando se acredita que su infracción sucede a causa no imputable a la parte obligada como cuando ante quien se debe exhibir la evidencia no asiste al sitio indicado para tal fin, o cuando el problema para revelar el elemento probatorio o la evidencia no es atribuible a quien la presenta.

Descendiendo al caso en particular tenemos que la divergencia se presenta en relación con el decreto de los testimonios de Dra. Nataly García Buitrago y de JCB solicitados por la fiscalía, pues según el confutador esos testimonios no fueron descubiertos, en tanto no fueron relacionados en el anexo del escrito de acusación como tampoco adicionados al descubrimiento efectuado por la fiscalía en el marco de la audiencia de esa audiencia, mientras que la fiscalía afirma que si fueron puestos en conocimiento de la defensa oportunamente.

Revisada la actuación advierte el Tribunal que razón le asiste a la defensa en cuanto a que esos dos deponentes no fueron descubiertos. La vista fiscal presentó el escrito de acusación y acudió a la audiencia respectiva, pero en ninguno de los dos eventos incluyó, dentro de sus testigos a la Dra. Nataly García Buitrago y a JCB.

Su omisión claramente impide que la defensa pueda ejercer correctamente el ejercicio del derecho a la defensa, artículo 8 literal j, artículo 15 y 378 todos de la Ley 906 de 2004.

Ahora, si bien, en desarrollo de la audiencia preparatoria el A quo pidió a las partes que se pronunciaran frente al descubrimiento probatorio y los defensores afirmaron que había sido completo y se continuó el trámite de la audiencia, no puede afirmarse que esa respuesta del togado recurrente permita inferir como efectuado el traslado de los elementos materiales probatorios, pues si esos dos testimonios no habían sido enlistados en el

anexo del escrito de acusación no era posible para la bancada defensiva notar la falta de su descubrimiento.

Por otro lado, adviera la Corporación que en el auto refutado sin más se mencionó de manera genérica que los testimoniales habían sido descubiertos; es decir, no hizo alusión expresa acerca del rechazo por falta de descubrimiento postulado por el defensor respecto de los testimonios de la Dra. Nataly García Buitrago y JCB. Se limitó a expresar, se reitera, que sí habían sido descubiertos y a que eran admisibles, pertinentes y útiles todas las prueba pedidas por la fiscalía.

De otra parte, le asiste razón a la Fiscalía y a la representante del Ministerio Público, como no recurrentes, al indicar que el defensor sabía de la existencia de elementos materiales probatorios relacionados con la Dra. Nataly García Buitrago, porque intervino como personera, como delegada del Ministerio Público, en diferentes diligencias de reconocimiento fotográfico a las cuales tuvo acceso en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 344 de la ley 906/04. Así como acontece con JCB, quien participó de los hechos que se investigan y, según la fiscalía, fue mencionado en las interceptaciones telefónicas.

Con todo, esa situación no estructura un descubrimiento probatorio desde la perspectiva de la prueba testimonial, pues se develaron como un anexo de un informe investigador, ya sea como entrevistas, actas de reconocimiento en álbumes fotográficos o reporte de interceptaciones a comunicaciones, impidiendo con ello que la defensa lo contemplara dentro de su estrategia defensiva, pues como bien lo manifestó, se abstuvo de solicitar unas pruebas documentales.

Al respecto, es preciso traer a colación lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en un caso análogo²:

“Al elevar la petición probatoria, la Fiscalía solicitó los testimonios de Alba Edith Cortés Reyes y José Eliecer Pineda López. En esa fase procesal, la defensa solicitó su exclusión por cuanto no habían sido descubiertos por la Fiscalía. Como se observa, la enunciación y solicitud de los referidos testimonios, en las condiciones descritas, generó una circunstancia novedosa para la contraparte, puesto que se trataba de pruebas que no fueron descubiertas y respecto de las cuales solo se vino a saber que hacían parte de la estrategia acusadora de la Fiscalía hasta que fueron enunciadas y solicitadas como tal en la audiencia preparatoria.

*Nótese que, tanto en el escrito de acusación como en la audiencia de formulación de cargos, **el fiscal no relacionó como testigos a los ciudadanos Alba Edith Cortés Reyes y José Eliecer Pineda López.** En realidad, lo que observa la Sala es que **únicamente se descubrieron las entrevistas recibidas a dichas personas** por parte de la funcionaria del CTI Mariela Heredia García, las cuales se encontraban a folios 6 al 8 y 223 al 224 del cuaderno anexo No. 3, respectivamente.*

Lo expuesto impone el rechazo de los testimonios referidos como sanción al incumplimiento del deber de descubrimiento oportuno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, que como ya se expuso, torna nugatoria la posibilidad de aducción, introducción o recaudo de toda prueba que no cumpla este presupuesto, con excepción de aquellos casos en los que la omisión no sea imputable a la parte interesada, hipótesis que no se presenta en este caso.”

En conclusión, no se puede concluir que la defensa sabía que la Dra. Nataly García Buitrago sería citada a juicio oral, lo mismo que JCB, lo cual trasgrede el principio de objetividad, pues al ser mencionados la fiscalía como testigos solo hasta la audiencia preparatoria, se afecta el derecho de defensa y debido proceso probatorio, teniendo que recurrir a una estrategia defensiva diferente a la que ahora, ante el sorprendimiento de la Fiscalía.

En virtud de lo expuesto, encuentra la Sala fundado imponer la sanción del artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, esto es, el

² Corte Suprema de Justicia AP212-2020 de fecha 27 de enero de 2021.

rechazo de los testimonio de Nataly García Buitragó y JCB, teniendo en cuenta que no fueron relacionados en el escrito de acusación ni en su verbalización, tampoco fueron adicionados en dicha diligencia por la Fiscalía, ni se enunciaron en la audiencia preparatoria, de manera que, se itera, no tuvo oportunidad la defensa de conocerlos y respecto de ellos ejercer el derecho de contradicción, tal como lo garantiza la Ley 906 de 2004 en los artículos 8 literal j, 15 y 378.

Así las cosas, la Sala revocará parcialmente el interlocutorio recurrido, en sentido de ordenar el rechazo por falta de descubrimiento de los testimonios de Nataly García Buitragó y JCB, deprecados por la Vista Fiscal. En lo demás la decisión recurrida se mantendrá incólume.

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

Resuelve

1°. Revocar parcialmente el auto impugnado.

2°. Decretar el rechazo por falta de descubrimiento, acorde con el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, de los testimonios de Nataly García Buitrago y JCB, solicitados por la fiscalía.

3°. Confirmar en lo demás la providencia recurrida.

4°. Ordenar la devolución de la actuación a la oficina de origen para que continúe con el curso del proceso.

5°. La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez

Magistrada

Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez

Magistrada

Sala 001 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: **a8ec9a0e02096dd0831fc036d4211de4d6207de5d88eccb60bf53ca434174215**

Documento generado en 30/05/2023 04:02:47 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 PENAL DE DECISIÓN**

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

CUI: 05031 60 00322 2022 50002 01 (2023-0665-3)
Procesados: Jhon Jairo Torres Zapata
Delito: Acto sexual abusivo con menor de 14 años
Asunto: Auto niega acompañamiento testigo de apoyo
Decisión: Revoca parcialmente
Acta y fecha: No. 139, mayo 18 de 2023

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

Aprobado mediante acta No. 139 de la fecha

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto de 20 de abril de 2023, mediante el cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, Antioquia, resolvió negar a la defensa el apoyo ininterrumpido del sicólogo Tobías Mesa Taborda durante la audiencia de juicio oral, tal como lo autoriza el artículo 396 de la Ley 906 de 2004.

HECHOS

La Fiscalía expuso los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de acusación de la siguiente manera:

“ ocurrieron el viernes 22 de abril de 2022, entre las 10:45 y las 11:15 horas, durante el recorrido entre la Institución Educativa Eduardo Montoya Montoya y la vereda la Gurria del Municipio de Amalfi, Antioquia, cuando transitaban más adelante del sitio conocido como El Zacatín, el señor Jhon Jairo Torres Zapata, identificado con CC. No. 8.011.056, quien por pedido de la madre de la menor, la transportada en su mototaxi, con ánimo lascivo realizó por sí mismo tocamientos con su mano izquierda, iniciando por el pie derecho, luego subió por la pierna, metió la mano por debajo de la falda, luego por debajo del short para finalmente tocarle la vulva y luego con el dedo medio tocarle la vagina a la menor de iniciales L.A.J.C. de 9 años de edad. La persona que siempre recogía a la menor al salir de la institución educativa a las 12:05 horas era su padre social, pero el viernes 22 de abril

la niña salió más temprano, a las 10:45 a.m., motivo por el cual la madre Denis Patricia Cárdenas Velásquez le solicitó al señor Jhon Jairo Torres, quien es mototaxista, que recogiera la niña en el colegio que ya iba a salir, este le dijo que la recogía y la llevaba a la casa. Efectivamente llegaron a las 11:17 de la mañana, la niña se bajó de la moto pálida y asustada, la madre le pagó la carrera y posteriormente indagó a la menor qué le ocurría y después de insistirle, le manifestó que en acusado en el viaje le venía manoseando la vagina.”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por lo hechos antes descritos la delegada de la fiscalía, en audiencia presidida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia, el ocho de septiembre de 2022, formuló imputación en contra de Jhon Jairo Torres Zapata por la presunta comisión del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años (Art. 209 del Código Penal¹).

Luego, la Vista fiscal radicó el escrito de acusación que por reparto le correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, Antioquia, ante el cual se formuló acusación el día dos de febrero de 2023 por la misma conducta punible imputada.

La audiencia preparatoria se adelantó los días 16 y 20 de abril del año que avanza, en ella la defensa manifestó que el descubrimiento realizado por la fiscalía fue completo y oportuno, realizó el descubrimiento probatorio, el procesado recaló su declaratoria de inocencia, se incorporaron estipulaciones probatorias² y finalmente, el despacho realizó el de decreto probatorio.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

El *a quo* decretó la totalidad de las pruebas solicitadas por la fiscalía, a la defensa le permitió el ingreso de la prueba pericial consistente en un informe de perfil psicológico realizado al procesado, el cual será sustentado por el psicólogo Tobías Mesa Taborda. Negó los análisis de credibilidad que haría el perito Mesa Taborda frente a la entrevista previa recepcionada a la menor víctima, el día 3 de febrero de 2023, ante el investigador

¹ En adelante C. Penal.

² Plena identidad del procesado, plena identidad de la víctima y que para la fecha de los hechos era menor de 14 años.

Luis Fernando rubio, así como a las declaraciones que en juicio oral rendiría la afectada y la psicóloga Natalia Estrada Sánchez.

Por último, dispuso sólo permitir la presencia del perito Tobías Mesa Taborda para que acompañe al defensor en el interrogatorio cruzado que en sede de juicio oral se le realice a la doctora Natalia Estrada Sánchez.

LA IMPUGNACIÓN

El auto de primera instancia fue recurrido por el defensor del señor Jhon Jairo Torres Zapata, luego de que se le denegara el acompañamiento ininterrumpido, durante la audiencia pública de juicio oral, del psicólogo Tobías Mesa Taborda, quien a la postre le brindaría asesoramiento técnico sobre asuntos que en su calidad de abogado desconoce, que ello es necesario porque al momento de contrainterrogar a los testigos de la fiscalía podría haber temas en los que no cuenta con el conocimiento suficiente, aspectos estos en los que podría ser aconsejado por un experto.

Pidió se revoque la decisión de primera instancia y que se le de aplicación al artículo 396 del Código de Procedimiento Penal³ en su integridad, ya que ésta norma permite que *“aquellos testigos o peritos que debido al rol desempeñado en la preparación de la investigación [estén presentes de manera] ininterrumpida en la sala de audiencias, bien sea apoyando a la Fiscalía o a la defensa.”*, advirtiendo que negarle esta prerrogativa significaría atentar contra el derecho a la defensa.

La fiscalía, ministerio público y la representación de las víctimas no intervinieron como no recurrentes.

CONSIDERACIONES

El Tribunal es competente para conocer de la providencia impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º, del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

³ En adelante C. de P. Penal.

Desde ya se anuncia que la decisión confutada será revocada parcialmente y, en su lugar, se autorizará la presencia ininterrumpida del sicólogo Tobías Mesa Taborda en la audiencia de juicio oral en apoyo de la defensa, acorde a lo solicitado.

Una vez escuchados los audios que contienen la decisión objeto de análisis, tal como se plasmó en el acápite de antecedentes, la petición génesis de la decisión confutada fue postulada por la defensa en los siguientes términos:

“...Solicito permiso y autorización para que el perito psicólogo comparezca o tenga presencia ininterrumpida en la sala de audiencia apoyando a la defensa por el rol desempeñado en la investigación, es necesario y pertinente porque debe rendir estos informes, como es el que rinda la menor víctima en juicio y el que rinda la perito psicóloga de la comisaría de familia.”

Como viene de verse, el opugnador expuso ante el A quo que requería de la presencia del profesional en el área de la psicología de manera ininterrumpida en la sala de audiencias para que lo apoyara.

En la sustentación del recurso de apelación la defensa explicó que la presencia del perito era necesaria no sólo para que pudiese evaluar la credibilidad de las testigos, sino porque en el debate probatorio podrían tocarse temas científicos o traerse conceptos psicológicos que él como abogado no manejaba, por lo que le sería útil estar acompañado ininterrumpidamente por el perito sicólogo Tobías Mesa Taborda, quien lo apoyaría para formular preguntas durante el contrainterrogatorio.

En respuesta a esa postulación, el juez de primera instancia autorizó la presencia en audiencia del sicólogo Tobías Mesa Taborda para que apoyara al defensor sólo durante el interrogatorio cruzado que se le realizara a la doctora Natalia Estrada Sánchez, en la audiencia de juicio oral.

Entonces, para la Sala la interposición del recurso no estuvo encaminada a debatir el auto por cuyo medio el juzgado resolvió las solicitudes probatorias, sino que se dirigió a que se permitiera la comparecencia ininterrumpida del perito, sicólogo Tobías Mesa Taborda, durante el juicio oral.

Lo anterior se traduce en la posibilidad que tienen las partes de hacer uso de la regla 396 del C. de P. Penal que, en su inciso segundo, hace referencia a la excepción de que algunos testigos o peritos, permanezcan en la sala de audiencias mientras los otros deponentes son interrogados, pues la regla general es que los declarantes deben ser examinados de forma separada.

Si bien esta petición puede considerarse extemporánea por anticipación, en razón a que su escenario natural es el marco de la audiencia de juicio oral durante la practica probatoria, también lo es que no hay nada que legalmente impida la resolución en sede de audiencia preparatoria, por tanto se resolverá en esta sede.

Ahora, teniendo en cuenta que la excepción a la regla de examinar por separado a los testigos invocada por el recurrente, al auspicio del Art. 396 Ley 906 de 2004, atañe a la posibilidad de contradicción de la prueba testimonial, la providencia que resuelve una postulación en esos términos adquiere la naturaleza de auto interlocutorio susceptible del recurso de apelación, pues la presencia del testigo de apoyo ininterrumpidamente en la audiencia de juicio oral permite la realización de esa garantía consagrada a favor de la defensa material y técnica en los artículos octavo literal J y 125 numeral cuarto ibidem.

Así, respecto de una determinación de esa naturaleza ha de garantizarse la doble instancia, de conformidad con el art. 20 del C de P Penal, pues está relacionada a la practica de la pruebas, concretamente a su contradicción.

Definido lo anterior, tenemos que el artículo 396 de la Ley 906 de 2004 expresa:

«Los testigos serán interrogados separadamente, de tal manera que no puedan escuchar las declaraciones de quienes les preceden.

Se exceptúa de lo anterior, además de la víctima y el acusado cuando decide declarar, aquellos testigos o peritos que debido al rol desempeñado en la preparación de la investigación se requiera de su presencia ininterrumpida en la sala de audiencias, bien sea apoyando a la Fiscalía o a la defensa.» (Negrillas fuera del texto).

En lo que tiene que ver con el acompañamiento que en juicio oral pueda hacer un testigo o petito en apoyo de una de las partes, en fallo de tutela de segunda instancia proferido por la Corte Suprema de Justicia indicó:

Por el contrario, la Corte considera que, la atribución de definir los causes de su estrategia litigiosa, implica que los sujetos procesales tienen la oportunidad de contar con la asesoría técnica de un determinado especialista durante la recolección de evidencias, preparación y presentación de la teoría del caso, y, en fin, producción de la prueba a través del interrogatorio cruzado.

[...]

Entonces, provisionalmente puede concluirse que el esquema procesal consagrado en el estatuto adjetivo del 2004 no descarta la existencia de los asesores científicos ni excluye la eventualidad de que apoyen a la Fiscalía o la defensa durante la celebración de las vistas públicas. Si ello es así, como en efecto lo es, los funcionarios judiciales no pueden restringir de antemano dicha facultad.⁴

Aplicando los anteriores criterios normativos y jurisprudenciales al caso en particular resulta procedente que el defensor durante la audiencia de juicio oral tenga la posibilidad, tal como lo solicitó, de la presencia ininterrumpida del psicólogo para que lo apoye durante los conainterrogatorios y de esa manera efectúe un mejor trabajo de contradicción de la prueba testimonial, especialmente donde se debatan conceptos atañedores a la psicología, pues así lo autoriza el citado artículo 396 el cual desarrolla la garantía de contradicción de las pruebas que le asiste a la defensa conforme los artículo octavo literal j y 125 numeral cuarto ibidem.

Por lo anterior, tal como se anticipó, es por lo que se revocará parcialmente el fallo confutado y, en su lugar, se autorizará que durante la practica probatoria esté presente de manera ininterrumpida el psicólogo Tobías Mesa Taborda para que acompañe a la defensa en calidad de apoyo.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA,**

RESUELVE

Primero: Revocar parcialmente el auto del 20 de abril de 2023, mediante el cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, Antioquia; en su lugar, de conformidad con el inciso segundo del artículo 396 de la Ley 906 de 2004, autorizar que el psicólogo Mesa

⁴ CSJ. MP MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ. STP12610-2014. Rad. 75743.18 de septiembre de 2014.

Taborda esté presente durante la audiencia de juicio oral, de manera ininterrumpida en apoyo de la defensa.

Segundo: Remitir el expediente al juzgado de origen para que se continúe con el trámite pertinente.

Tercero: Se informa que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez

Magistrada

Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 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: **d241d239a20f97675f7bb716d830afa2640023454651b9d29695ef7524b9c1ba**

Documento generado en 30/05/2023 04:02:39 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, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Radicado CUI 05154 61 08506 2013 80278-01
Radicado Interno 2023-0517-3
Delito Homicidio tentado y otros
Procesado **Guillermo León Castañeda Gómez**

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **OCHO (8) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS NUEVE (9:00 A.M.).**

Se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia.

CÚMPLASE

(firma digital)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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: **9baf073b2089ec3187ca4d98d79b3d1ca47ea98fc477accf4a92138bf6b38cd4**

Documento generado en 30/05/2023 02:19:04 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, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2023-0883-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 001 60 00207 2021 01388
Imputado : Sergio Antonio Agudelo Martínez
Delitos : Actos Sexuales con Menor de catorce
Años en concurso con Acceso Carnal
Violento Agravado y Porte de Armas
Decisión : Declara Infundado impedimento

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 145

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala de conformidad con lo preceptuado en materia de impedimentos, por el *artículo 57* de la legislación procesal penal *-Ley 906 de 2004-*, modificado por el *artículo 82, Ley 1395 de 2010*, a resolver en torno de la manifestación que en tal sentido efectuara la titular del *Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, Dra. Jhudy Francely Vásquez Arango, la cual no fue aceptada por el señor *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, a quien le fueron remitidas las diligencias.

ANTECEDENTES

Expone la señora *Juez Primera Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, en su declaratoria, que se encuentra impedida para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la

| | |
|------------|---|
| Nº Interno | 2023-0883-4 |
| CUI | 05 001 60 00207 2021 01388 |
| Imputado | Sergio Antonio Agudelo Martínez |
| Delitos | Actos Sexuales con Menor de catorce Años en concurso con Acceso Carnal Violento Agravado y Porte de Armas |
| Decisión | Declara Infundado impedimento |

decisión adoptada por el Juzgado Primero Penal Municipal Mixto de esa localidad con funciones de Control de Garantías, mediante la cual negó el decreto de las medidas cautelares solicitadas por la representación de víctimas, por cuanto, el día 19 de noviembre de 2021, por conocimiento previo, correspondió por reparto la actuación, en etapa de conocimiento.

Dicha situación se adecúa al numeral 13 del artículo 56 de la ley procesal penal, del siguiente tenor:

Artículo 56. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

(...)

13. Que el juez haya ejercido control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.”

Señala que, el deseo del legislador con esa normativa es mantener separadas las funciones de control de garantías y de conocimiento o juzgamiento, para garantizar así la imparcialidad del funcionario judicial, razón por la cual, de conocer del recurso interpuesto, devendría una causal de impedimento para el proceso que se encuentra en etapa de conocimiento quebrantándose los principios de inmediación y concentración de la prueba.

Bajo ese contexto, procedió la funcionaria en mención a remitir las diligencias ante el *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Ant)* para que, en caso de encontrar fundados sus argumentos trámite el recurso de apelación o por el contrario remita las diligencias al superior funcional de ambos juzgados para que decida lo pertinente.

El titular de este Despacho no aceptó el impedimento propuesto pues, según criterio de la Sala de

| | |
|-------------------|---|
| Nº Interno | 2023-0883-4 |
| CUI | 05 001 60 00207 2021 01388 |
| Imputado | Sergio Antonio Agudelo Martínez |
| Delitos | Actos Sexuales con Menor de catorce Años en concurso con Acceso Carnal Violento Agravado y Porte de Armas |
| Decisión | Declara Infundado impedimento |

Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, para que se estructure la mencionada causal, se hace necesario que la intervención del Juez sea sustancial o trascendente.

En este caso se tiene que la decisión repartida para conocer en segunda instancia, en ningún momento está ligada al debate sobre la responsabilidad penal del señor Sergio Antonio, es un asunto meramente accesorio como lo es la imposición de medidas cautelares sobre el patrimonio del acusado.

La señora Juez Primera Penal del Circuito más allá de citar las normas que consagran los impedimentos, no realizó una verdadera sustentación de cómo se afectaría su imparcialidad, porque pronunciarse en segunda instancia frente a una solicitud de medidas cautelares, con carácter de previas y que solo buscar asegurar el patrimonio rompería con esa neutralidad o su juicio frente a la valoración probatoria.

Es claro que la decisión a adoptarse en segunda instancia debe limitarse a estudiar si las medidas cautelares fueron debidamente sustentadas, si existe legitimación de quien las solicita y si son procedentes, todo con independencia de la responsabilidad penal, no deben valorarse en este escenario las pruebas practicadas o a practicar en juicio.

En razón de lo anterior, y por no compartir las razones esbozadas por el *Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, ordenó remitir la actuación ante esta Corporación para que se tomara la decisión pertinente.

| | |
|------------|---|
| Nº Interno | 2023-0883-4 |
| CUI | 05 001 60 00207 2021 01388 |
| Imputado | Sergio Antonio Agudelo Martínez |
| Delitos | Actos Sexuales con Menor de catorce Años en concurso con Acceso Carnal Violento Agravado y Porte de Armas |
| Decisión | Declara Infundado impedimento |

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 57 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Decisión es competente para resolver el impedimento declarado por la **Juez Primera Penal del Circuito de Rionegro**, al amparo de la causal 13 del artículo 56 *ibidem*, y no aceptado por el **Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa misma municipalidad**.

Es preciso indicar que en materia de impedimentos rige el principio de taxatividad, por lo tanto, sólo constituye motivo impeditivo aquel que de manera expresa señala la ley. Las causas que dan lugar a separarse del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario judicial, no pueden deducirse por similitud ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez¹.

En punto de la causal de impedimento prevista en el numeral 13 del artículo 56 del C.P.P se tiene que, anteriormente la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal², conceptuó que el impedimento previsto en el numeral 13 del artículo 56 del C.P.P., tenía una vocación objetiva sin que resultara necesario emitir juicios de valor frente a la presunta responsabilidad del implicado, pues sólo bastaba que el funcionario judicial que se declara impedido hubiera intervenido de cualquier manera dentro de la actuación como juez de control de garantías.

Esa posición ha variado y en la actualidad la Sala

¹ Al respecto se puede consultar la decisión AP1893 de 22 de mayo de 2019, Radicación N° 55.340, la Corte Suprema de Justicia.

² Radicado 32.693 del 30 de septiembre de 2009.

| | |
|------------|---|
| Nº Interno | 2023-0883-4 |
| CUI | 05 001 60 00207 2021 01388 |
| Imputado | Sergio Antonio Agudelo Martínez |
| Delitos | Actos Sexuales con Menor de catorce Años en concurso con Acceso Carnal Violento Agravado y Porte de Armas |
| Decisión | Declara Infundado impedimento |

Penal de la Corte entiende que la referida causal no puede operar automáticamente, por la simple intervención del funcionario en cualquier diligencia anterior a la etapa de juzgamiento como funcionario de control de garantías. Para que se configure la causal de impedimento prevista en el numeral 13 del artículo 56 del C.P.P. se requiere que la intervención anterior recaiga sobre aspectos esenciales que permitan anticipar un criterio definido de valoración con relación a la existencia de la conducta punible o la responsabilidad del procesado, para lo cual es preciso realizar el examen de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información con la que se cuenta.

En ese sentido se pronunció la Sala de Casación Penal en la providencia con radicado 58390 del 4 de noviembre de 2020:

“la teleología de la causal en comento apunta a que el juez a cargo del juzgamiento no tenga ninguna aproximación con los temas que serán debatidos en dicha fase, al tratarse de la etapa de mayor importancia en un modelo acusatorio.

Se busca evitar que pueda formarse un preconcepto derivado del hipotético conocimiento que llegase a adquirir previamente de los aspectos objeto de interés del proceso, de orden probatorio o jurídico, que pueda afectar su imparcialidad en el juicio.

Bajo este entendimiento, la causal no puede operar de manera automática, por la simple intervención del funcionario en cualquier diligencia anterior a la etapa de juzgamiento, como pareciera entenderlo el Juez de El Carmen de Bolívar.

Para su configuración se requiere que la intervención anterior recaiga sobre aspectos esenciales, que permitan anticipar un criterio definido de valoración, por ejemplo, con relación a la existencia de la conducta punible o la responsabilidad del procesado, concepto que necesariamente surgirá del estudio o contacto con los elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida durante la investigación.

Esto impone analizar cada caso en concreto, para establecer si confluye

| | |
|------------|---|
| Nº Interno | 2023-0883-4 |
| CUI | 05 001 60 00207 2021 01388 |
| Imputado | Sergio Antonio Agudelo Martínez |
| Delitos | Actos Sexuales con Menor de catorce Años en concurso con Acceso Carnal Violento Agravado y Porte de Armas |
| Decisión | Declara Infundado impedimento |

una postura pretérita relacionada con parámetros de esta naturaleza, pues lo pretendido con las causales de impedimento y recusación es, en general, que «las personas que acudan a la administración de justicia obtengan respuesta por parte de un funcionario imparcial, libre de cualquier preconcepción o de actuación que condicione su ánimo de decidir en algún sentido» (CSJ AP 2441-2020, Rad. 57967)”.

En este asunto, en concreto, la Sala escuchó la decisión proferida el 15 de mayo de 2023 por parte del Juzgado Primero Penal Municipal Mixto de esa localidad con funciones de Control de Garantías en la cual resolvió la solicitud elevada por la Representación de Víctimas.

En el marco de su argumentación indicó la norma que regula esa figura jurídica e indicó que, la petición radicada no se encontraba llamada a prosperar por cuanto, no se determinó el valor del inmueble sobre el cual se solicitaba la limitación del poder dispositivo y tampoco se dieron cuenta de la suma a la cual ascienden los perjuicios.

A su tenor indicó que, la improcedencia del requerimiento radica en **“la ausencia de precisión frente a la naturaleza de los daños y además por falta de estimación razonada de la cuantía...”**

En el recurso de reposición y apelación propuesto por el Representante de Víctimas éste indicó que, es a partir de la sentencia que se tazan en debida forma los perjuicios ocasionados a la víctima y además que, en etapas precedentes se ha dicho que los perjuicios equivalen a 250 SMLM.

Estima que, lo que se busca con la medida es

| | |
|-------------------|---|
| Nº Interno | 2023-0883-4 |
| CUI | 05 001 60 00207 2021 01388 |
| Imputado | Sergio Antonio Agudelo Martínez |
| Delitos | Actos Sexuales con Menor de catorce Años en concurso con Acceso Carnal Violento Agravado y Porte de Armas |
| Decisión | Declara Infundado impedimento |

impedir que el acusado disponga del bien inmueble sobre el cual tiene participación pues, ya ha realizado negocios jurídicos con otras propiedades

La finalidad de la medida es salvaguardar los intereses de su representada pues, en caso de que se emita una sentencia de condena en disfavor del acusado podría hacer uso del incidente de reparación integral.

Con similares argumentos a los ya expuestos, el Juez decidió no reponer su decisión y en su lugar, concedió el recurso de alzada.

Luego, la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro en el marco de sus funciones como Control de Garantías, no necesita realizar análisis de materialidad ni de responsabilidad del acusado frente a la conducta endilgada pues, nótese que el objeto jurídico se centra en determinar si la petición de medida cautelar se encuentra suficientemente motivada o no.

En ningún momento se hizo alusión a los aspectos que, serán objeto de análisis en sede de juicio oral, no obra de por medio una valoración probatoria frente a la presunta comisión del ilícito y, para resolver su pedido en sede de impugnación, tampoco es necesario que, se haga referencia a esa situación.

No se observa en el marco de esa diligencia la Juez se vea en la necesidad de establecer una postura definida, que implique un criterio anticipado de su parte, con relación a la

| | |
|-------------------|---|
| Nº Interno | 2023-0883-4 |
| CUI | 05 001 60 00207 2021 01388 |
| Imputado | Sergio Antonio Agudelo Martínez |
| Delitos | Actos Sexuales con Menor de catorce Años en concurso con Acceso Carnal Violento Agravado y Porte de Armas |
| Decisión | Declara Infundado impedimento |

acusación³ y, tampoco sustentó con suficiencia los motivos por los cuales considera que, su imparcialidad se vería comprometida.

Recuérdese que, la Corte Suprema de Justicia exige que no sea un acto meramente caprichoso o formalista en que se funde la misma, sino que surge la obligación de exponer con suficiencia los motivos por los cuales la imparcialidad resultaría comprometida, argumentos que no se vislumbraron el auto correspondiente.

Así las cosas, el conocimiento de esta actuación deberá seguir en cabeza de la **Juez Primera Penal del Circuito de Rionegro** a donde regresará el proceso para que continúe con su desarrollo.

Sin necesidad de más consideraciones, en mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA LA CAUSAL DE IMPEDIMENTO promovida por el **Juez Primera Penal del Circuito de Rionegro**, para fungir como Juez de control de garantías dentro de la presente actuación que se adelantada en contra de **Sergio Antonio Agudelo Martínez**, por los delitos de actos sexuales con menor de catorce años en concurso con acceso carnal violento agravado y porte de armas.

³ Providencia rad. 58390.

| | |
|-------------------|---|
| Nº Interno | 2023-0883-4 |
| CUI | 05 001 60 00207 2021 01388 |
| Imputado | Sergio Antonio Agudelo Martínez |
| Delitos | Actos Sexuales con Menor de catorce Años en concurso con Acceso Carnal Violento Agravado y Porte de Armas |
| Decisión | Declara Infundado impedimento |

SEGUNDO: En consecuencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al **Juzgado de origen** para que continúe con la etapa de juzgamiento.

TERCERO: Infórmese lo decidido a las partes interesadas.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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

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: **7a94b2a4254005049ab15072d4ca3087759b7243303e5c42ff7e9dc7b9908264**

Documento generado en 29/05/2023 10:54:16 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
SEDE CONSTITUCIONAL**

Medellín, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-0836-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00240
Accionante : Yoany Álvarez Londoño
Accionado : Juzgado Primero de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Antioquia
Decisión : Niega por hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 147

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano YOANY ÁLVAREZ LONDOÑO, contra el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA y el JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE BELLO por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y a la libertad.

ANTECEDENTES

Manifiesta el señor YOANY ÁLVAREZ LONDOÑO que, se encuentra privado de la libertad desde el 16 de junio de 2022 descontando la pena de 13 meses de prisión que le fue impuesta

N° Interno 2023-0836-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00240
Accionante Yoany Álvarez Londoño
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Antioquia
Decisión Niega por hecho superado

por el delito de hurto calificado.

Cuenta con tres certificados de estudio y trabajo del 27 de octubre de 2022 al 31 de diciembre de 2022; del 01 de enero de 2023 al 31 de marzo de 2023 y; del 01 de abril de 2023 al 08 de mayo de 2023, pero el Juzgado de conocimiento esto es, el Primero Penal Municipal de Bello no ha remitido el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad lo que le impide redimir pena y solicitar la libertad por pena cumplida.

Solicita que, por medio de un fallo de tutela se ordene la asignación de un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y se le conceda el beneficio liberatorio.

La titular del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** indicó que, el 15 de mayo de 2023 recibió el expediente en el cual se encuentra vinculado el señor Álvarez Londoño junto con una solicitud de libertad por pena cumplida.

Mediante autos N° 1044 y 1045 de la misma fecha, se le negó su pedido y se dispuso requerir al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Santa Rosa de Osos, Antioquia, para que de manera urgente remitiera los certificados TEE y certificados de conducta que aparecían reseñados en la ficha biográfica y que no habían sido objeto de reconocimiento de redención.

En esa misma fecha, el establecimiento de

N° Interno 2023-0836-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00240
Accionante Yoany Álvarez Londoño
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Antioquia
Decisión Niega por hecho superado

reclusión, allegó la documentación requerida y en consecuencia mediante, autos interlocutorios No. 1048, 1049 y 1050 del 15 de mayo de 2023, redimió pena en favor del sentenciado y dispuso su libertad por pena cumplida, decisión que, junto con la boleta de libertad, fue notificada de manera inmediata a través de correo electrónico al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santa Rosa de Osos, Antioquia.

Solicita la desvinculación del presente asunto pues, no se le ha vulnerado los derechos fundamentales del actor.

La citadora del **Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** indicó que, revisado el sistema de gestión, se evidencia que el 15 de mayo de 2023, el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, mediante auto interlocutorio 1049 concedió la libertad por pena cumplida al accionante.

Solicita la desvinculación de la dependencia que representa debido que, no se vulnerado o derecho fundamental alguno del accionante.

Dentro del término otorgado no se allegó respuesta por parte del Juzgado Primero Penal Municipal de Bello.

CONSIDERACIONES

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela ha sido instituida

N° Interno 2023-0836-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00240
Accionante Yoany Álvarez Londoño
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Antioquia
Decisión Niega por hecho superado

como mecanismo para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente de los particulares, en los casos específicamente previstos en la ley.

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentran conculcados los derechos fundamentales invocados por el procesado YOANY ÁLVAREZ LONDOÑO, al no habersele asignado un juzgado que vigile su condena, impidiéndosele con ello, la redención de los cómputos entregados por establecimiento carcelario y la obtención la libertad por pena cumplida.

Sin embargo, su pretensión se encontró satisfecha durante el trámite constitucional, pues tal y como lo manifestó la titular del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, el 15 de mayo de 2023 se allegó por parte del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el proceso que se tramitó en contra del accionante por el delito de hurto calificado.

Al advertir que, tenía petición de libertad por pena cumplida, de manera inmediata estudiaron las diligencias y mediante auto 1045 negaron su procedencia, sin embargo, en esa misma decisión, ordenaron al Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Santa Rosa de Osos, allegar los certificados de redención correspondientes al sentenciado.

N° Interno 2023-0836-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00240
Accionante Yoany Álvarez Londoño
Accionado Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión Niega por hecho superado

Horas más tarde se les remitió la documentación faltante, se realizaron nuevamente los cálculos y, de manera inmediata, mediante autos 1049 y 1050 concedieron el pedido liberatorio.

Al revisar la decisión en mención, la misma reza:

“PRIMERO: REDIMIR LA PENA impuesta a YOHANY ENRIQUE ÁLVAREZ LONDOÑO, en proporción de SESENTA Y CINCO (65) días, equivalentes a DOS (2) MESES Y CINCO (5) Días, por las actividades y razones expuestas en el proveído.

SEGUNDO: CONCEDER, por Pena Cumplida, la Libertad Incondicional y Definitiva, al sentenciado YOHANY ENRIQUE ÁLVAREZ LONDOÑO, el 15 de mayo de 2023, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Para tal efecto líbrense la correspondiente Boleta de Libertad en favor del sentenciado YOHANY ENRIQUE ÁLVAREZ LONDOÑO, ante Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Santa Rosa de Osos, Antioquia, acto liberatorio que se cumplirá frente a este proceso, SIEMPRE Y CUANDO EL MISMO NO SEA REQUERIDO EN DISTINTO PROCESO PENAL O CONTRAVENCIONAL U OTRA AUTORIDAD JUDICIAL, CASO EN EL CUAL DEBERÁ SER DEJADO DE INMEDIATO A SU DISPOSICIÓN.

TERCERO: DECRETAR la EXTINCIÓN tanto de la Pena Privativa de la Libertad como de la Accesoría, impuesta al sentenciado YOHANY ENRIQUE ÁLVAREZ LONDOÑO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1036603924, por las razones expuesta en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: DECLARAR que la Pena Accesoría de Inhabilitación para el Ejercicio de Derechos y Funciones Públicas, impuestas a YOHANY ENRIQUE ÁLVAREZ LONDOÑO, se cumplió de forma concurrente con la Pena Principal, lo que así se informará a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

QUINTO: Por el Centro de Servicios administrativos de estos Juzgados, COMUNÍQUESE esta decisión a las mismas autoridades a quienes se les informó del fallo condenatorio. En firme la presente decisión, por el Área de Sistemas PROCÉDASE al Ocultamiento de la Información correspondiente a este proceso y devuélvase las diligencias al juzgado fallador para su correspondiente archivo definitivo.

SEXTO: En contra de la presente decisión proceden los recursos de Ley...”

Esa decisión y la boleta de libertad fueron remitidas al correo electrónico del establecimiento carcelario de Santa Rosa de Osos, esto es, juridica.epcstarosos@inpec.gov.co.

N° Interno 2023-0836-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00240
Accionante Yoany Álvarez Londoño
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Antioquia
Decisión Niega por hecho superado

Bajo ese escenario, en el marco del trámite de la acción de tutela, los accionados allegaron constancia del trámite impartido a los requerimientos del accionante, radicaron el proceso en el cual se encontró vinculado y resolvieron su solicitud de libertad por pena cumplida quedando claro que, en relación con los derechos fundamentales invocados, se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado, pues en el marco del trámite de tutela se materializó el cumplimiento de sus obligaciones.

Según la interpretación que le ha otorgado la H. Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el hecho superado ocurre cuando *“entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que **por razones ajenas a la intervención del juez constitucional, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario**”*¹.

La presente acción de tutela fue radicada el 15 de mayo de 2023 y en esa misma fecha, se asignó el despacho que vigilaría su condena, Judicatura que, de manera inmediata realizó los trámites necesarios para resolver la situación jurídica del sentenciado, concediendo en su favor libertad por pena cumplida.

En el marco de la acción constitucional, se satisfizo entonces la pretensión del promotor, terminando así cualquier vulneración de sus derechos.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

N° Interno 2023-0836-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00240
Accionante Yoany Álvarez Londoño
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Antioquia
Decisión Niega por hecho superado

Así las cosas, se declarará que estamos en el presente trámite constitucional frente a la configuración de un hecho superado y, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la parte interesada, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR LA TUTELA solicitada por YOANY ÁLVAREZ LONDOÑO, frente al derecho fundamental al debido proceso y libertad, al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

SEGUNDO: De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *Decreto 2591 de 1991, artículo 31*.

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

N° Interno 2023-0836-4
Radicado 05000-22-04-000-2023-00240
Accionante Yoany Álvarez Londoño
Accionado Juzgado Primero de Ejecución
de Penas y Medidas de
Seguridad de Antioquia
Decisión Niega por hecho superado

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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

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: **0f32e20fbc1dab192375dfeafad110a71508f38d93f2564f5d49adcd5f717111**

Documento generado en 29/05/2023 10:53:56 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, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

N° interno : 2023-0702-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 053683189001-2023-00029-00
Accionante : Juan Pablo Moncada Carvajal
Afectada : Teresa de Jesús Carvajal Moncada
Accionada : NUEVA EPS
Decisión : Confirma Tratamiento Integral

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 146

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 13 de abril de 2023, por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó (Ant.)*, a través de la cual se concedió el amparo de las garantías fundamentales en favor de TERESA DE JESÚS CARVAJAL MONCADA, diligencias que se adelantaron contra la NUEVA EPS.

ANTECEDENTES

Manifestó el señor Juan Pablo Moncada Carvajal que, su madre Teresa de Jesús Carvajal Moncada de 68 años de edad, está en tratamiento con medicina interna desde hace dos años por los siguientes diagnósticos: *marcapasos por disfunción del NS – HTA -SX intestino irritable, depresión mayor, migraña en seguimiento por neurología, osteoporosis, insuficiencia venosa, cateterismo cardiaco hace 12 años y dolor lumbar irradiando el miembro inferior bilateral con características neuropáticas.*

N° interno : 2023-0702-4
Radicado : 053683189001-2023-00029-00
Accionante : Juan Pablo Moncada Carvajal
Afectada : Teresa de Jesús Carvajal Moncada
Accionada : NUEVA EPS

El médico internista le ordenó el ***ácido zoledrónico iv solución concentrada para infusión 5 MG/100ML, 5 dosis, una cada año***, cuya entrega ha sido negado en dos ocasiones con la justificación que no está autorizado por el INVIMA en Colombia, pese a que la NUEVA EPS le ha suministrado ese mismo medicamento por 02 años.

Ya recurrió ante la Superintendencia Nacional de Salud, pero no han obtenido solución a su requerimiento.

Pretende que se tutelen los derechos fundamentales presuntamente vulnerados y, se ordene a la accionada autorizar y entregar de manera inmediata el medicamento prescrito además de conceder el tratamiento integral para los diagnósticos actuales.

Fue así como el Juez de instancia procedió a amparar el derecho a la vida, salud, integridad física y a la seguridad social de la señora TERESA DE JESÚS CARVAJAL MONCADA ordenando al representante legal de la NUEVA EPS que, a través de su red propia o contratada, a más tardar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, autorice, entregue y suministre el medicamento requerido, esto es, *ácido zoledrónico iv solución concentrada para infusión 5 G/100ML*, para el manejo de sus enfermedades y, de acuerdo a los parámetros establecidos por el médico especialista tratante.

Aunado a ello, concedió tratamiento integral para sus patologías de MARCAPASOS POR DISFUNCIÓN DEL NS – HTA -SX INTESTINO IRRITABLE, DEPRESIÓN MAYOR, MIGRAÑA, OSTEOPOROSIS, INSUFICIENCIA VENOSA, CATETERISMO CARDIACO, DOLOR LUMBAR IRRADIANDO EL MIEMBRO INFERIOR BILATERAL CON CARACTERÍSTICAS NEUROPÁTICAS.

N° interno : 2023-0702-4
Radicado : 053683189001-2023-00029-00
Accionante : Juan Pablo Moncada Carvajal
Afectada : Teresa de Jesús Carvajal Moncada
Accionada : NUEVA EPS

Frente a dicha decisión, el apoderado judicial de la NUEVA EPS interpuso recurso de apelación, quien manifestó que la acción de tutela es procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado y no puede presumirse que ante un eventual atraso ocurrido una vez, en lo sucesivo la conducta será repetitiva y, por lo tanto, adelantarse a ello. Así mismo, no puede fallar órdenes inciertas, futuras, que carezcan de fundamento legal.

Por lo tanto, la representante de la NUEVA EPS solicita revocar el tratamiento integral toda vez que no es dable al fallador emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Evidentemente, la inconformidad de la accionada *NUEVA EPS*, se suscita con ocasión del fallo de tutela de primera instancia proferido por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó (Ant.)*, en punto a la concesión del tratamiento integral.

Advierte esta Sala, que si bien la normatividad en materia de seguridad social en salud, claramente distribuye las competencias para la atención entre las diversas entidades que conforman el sistema, es necesario seguir los lineamientos de la Honorable Corte Constitucional al respecto, en cuanto ha sostenido en algunos casos la viabilidad de que la *EPS*, a la cual se encuentre afiliado el paciente, en este caso la *NUEVA EPS*, asuma la atención médica requerida, aunque la misma no se encuentre contemplada en el POS.

N° interno : 2023-0702-4
Radicado : 053683189001-2023-00029-00
Accionante : Juan Pablo Moncada Carvajal
Afectada : Teresa de Jesús Carvajal Moncada
Accionada : NUEVA EPS

En sentencias como la T-644 de 2008, se ha decantado que las EPS, como entidades aseguradoras del sistema general de seguridad social en salud, están obligadas a prestar el servicio a sus afiliados de manera íntegra y continua, con arreglo a los principios de universalidad y eficiencia, defendidos desde nuestra carta política, evitando de esta manera supeditar la defensa de los derechos fundamentales a litigios de orden administrativo que obstaculizan la prestación oportuna de los servicios en salud.

En lo que respecta al *principio de integralidad*, básicamente constituye una garantía esencial de protección en el derecho a la salud, a través del cual se propende porque de manera continua y eficiente se brinden las atenciones médicas requeridas, sin que medien barreras para su acceso hasta que se concluya el tratamiento o se extinga la dolencia. Frente al tópico referido, ha reiterado la Corte Constitucional en la Sentencia T-039 de 2013, con ponencia del H. Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, lo siguiente:

“...Al respecto esta Corporación, en la sentencia T-576 de 2008, precisó el contenido del principio de integralidad de la siguiente manera:

“(...) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente¹.

17.-El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud-SGSSS- deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un

¹ Consultar Sentencia T-518 de 2006.

N° interno : 2023-0702-4
Radicado : 053683189001-2023-00029-00
Accionante : Juan Pablo Moncada Carvajal
Afectada : Teresa de Jesús Carvajal Moncada
Accionada : NUEVA EPS

servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento².

(...)

5.2. En síntesis, el principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología"³...

Es claro entonces para esta Magistratura, que la prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y en condiciones de continuidad, en donde se suministre un tratamiento integral al usuario, sin que ello implique que por cada prescripción del profesional tratante tenga que acceder a este mecanismo cautelar, pues es deber de los jueces constitucionales asegurar que sean prestadas todas las asistencias médicas necesarias hasta que la persona afectada se restablezca en sus dolencias.

En ese orden de ideas, es que puede colegirse que la condición de salud que presenta la señora TERESA DE JESÚS CARVAJAL MONCADA, requiere de un tratamiento integral para la recuperación total de su salud, de ahí, que el juez constitucional avizore la necesidad de brindar la protección que sea necesaria para garantizar que se presten oportunamente todos los servicios relacionados con las patologías que motivaron la acción, a fin de evitar que la afectada deba acudir a esta vía por cada procedimiento o medicamento que le sea prescrito, ya que de otro modo la tutela se tornaría ineficaz y el servicio a brindar no estaría acorde con los postulados constitucionales que ha referido la alta Corporación. Al respecto sostuvo:

² Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

³ Corte Constitucional, Sentencias T-103 de 2009 y T-022 de 2011.

N° interno : 2023-0702-4
Radicado : 053683189001-2023-00029-00
Accionante : Juan Pablo Moncada Carvajal
Afectada : Teresa de Jesús Carvajal Moncada
Accionada : NUEVA EPS

“...entre las características propias del servicio público de salud que prevé el ordenamiento legal, se establece que éste debe ser prestado de manera eficaz, lo que implica que la atención se preste de manera continua, oportuna, integral y acorde con la dignidad humana, ello en razón de que la mayoría de las veces para superar las dolencias que aquejan a los seres humanos, se requiere que los tratamientos médicos sean brindados en el momento oportuno, de manera continua e integral evitando cualquier tipo de interrupción, máximo cuando se trata de afecciones graves a la salud...”⁴

“...queda entonces claro que la atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley...”⁵

No obstante lo anterior, también es menester aclarar que en el tratamiento integral amparado por la primera instancia no se hace alusión a cualquier enfermedad que padezca la afectada, sino que se encuentra circunscrito única y exclusivamente a las patologías que originaron la acción de tutela, esto es, los diagnósticos de MARCAPASOS POR DISFUNCIÓN DEL NS – HTA -SX INTESTINO IRRITABLE, DEPRESIÓN MAYOR, MIGRAÑA, OSTEOPOROSIS, INSUFICIENCIA VENOSA, CATETERISMO CARDIACO, DOLOR LUMBAR IRRADIANDO EL MIEMBRO INFERIOR BILATERAL CON CARACTERÍSTICAS NEUROPÁTICAS, tal y como fue establecido por el Juez de primera instancia.

En ese sentido, el conceder un tratamiento integral supone un privilegio excepcional, transitorio en relación con la inclusión en unos específicos procedimientos médicos, pero nunca implicará como lo entiende el impugnante, una carta abierta para dolencias futuras que pueda llegar a padecer el titular de los derechos salvaguardados.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-405 de 2005. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis (La negrilla no es del texto original).

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-133 de 2001. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. (La mayúscula y la negrilla no son del texto original).

N° interno : 2023-0702-4
Radicado : 053683189001-2023-00029-00
Accionante : Juan Pablo Moncada Carvajal
Afectada : Teresa de Jesús Carvajal Moncada
Accionada : NUEVA EPS

De suerte, que el reconocimiento de las prestaciones futuras amparadas bajo el principio de integralidad del servicio de salud, siempre van acompañadas de indicaciones precisas –órdenes-, emitidas por el profesional de la medicina adscrito a la entidad, que hace determinable el fallo del funcionario judicial, no tratándose de dolencias, procedimientos e insumos que sean dables al libre arbitrio del usuario.

Así lo ha determinado el tribunal de cierre en lo constitucional en sentencias como la T- 365 de 2009 y T-056 de 2015, ante eventos similares al que nos ocupa, imponiendo el deber a las EPS de brindar la atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.

Sin necesidad de otras consideraciones, esta Sala **CONFIRMARÁ** íntegramente la decisión de tutela objeto de impugnación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISION PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela objeto de impugnación, según fue proferida por el Juzgado de origen y conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de

N° interno : 2023-0702-4
Radicado : 053683189001-2023-00029-00
Accionante : Juan Pablo Moncada Carvajal
Afectada : Teresa de Jesús Carvajal Moncada
Accionada : NUEVA EPS

segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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

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: **32e371bcb327f48e4e39a3920c2640d374b5936916f84f29ed036cfe2a7d1d3f**

Documento generado en 29/05/2023 10:54:07 PM

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

Radicado: 05-000-22-04-000-2023-00194 (N.I.: 2023-0677-5)

Accionante: Alexander Góez

Accionado: Juzgado 1° de E.P.M.S. de Antioquia y otros

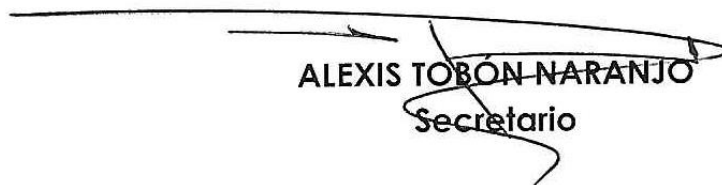
CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado RENÉ MOLINA CÁRDENAS expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro del cual el accionante interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Se resalta H. Magistrado que el accionante se encuentra privado de la libertad y en aras de realizar notificación personal al mismo, se libró el respectivo exhorto al área jurídica del CPMSAPD (Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Apartadó), siendo efectiva la notificación del accionante el día 15 de mayo de 2023²; para el día 18 de los corrientes desde el Juzgado 01 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia se remitió escrito de impugnación allegado desde el correo electrónico alexandragoezhernandez@gmail.com³.

Es de anotar que dentro del trámite de notificación hubo de tenerse notificados para el día 16 de mayo de 2023, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 a los accionados Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Apartadó, al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia, a quienes se les remitió la respectiva notificación del fallo de tutela a sus correos electrónicos institucionales sin que acusaren recibido del mismo, siendo efectivo su envío el día 12 de mayo de 2023⁴.

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día 17 de mayo de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 19 de mayo de 2023.

Medellín, mayo veinticinco (25) de 2023.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivos 24-25

² Archivo 22

³ Archivo 24

⁴ Archivos 20

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 05-000-22-04-000-2023-00194 (N.I.: 2023-0677-5)
Accionante: Alexander Góez
Accionado: Juzgado 1° de E.P.M.S. de Antioquia y otros

Medellín, mayo veintiséis (26) de dos mil veintitrés

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante Alexander Góez, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO**

Firmado Por:
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: **b9f39ca571e28f99850d55658c3f08e9d0611ba3724a004cac386239f60bf99**

Documento generado en 30/05/2023 04:02:10 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050002204000202300233

NI: 2023-0819-6

Accionante: Guillermo de Jesús Hincapié Herrera

Accionados: Fiscalía 111 Seccional de Marinilla (Antioquia)

Decisión: Concede

Aprobado Acta No: 75 de mayo 29 del 2023

Sala

No: 6

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, mayo veintinueve del año dos mil veintitrés

VISTOS

Procede esta Corporación a resolver la acción de tutela que interpone el señor Guillermo de Jesús Hincapié Herrera reclamando la protección de derechos fundamentales que en su sentir le vienen siendo vulnerados por parte de la Fiscalía 111 Seccional de Marinilla (Antioquia).

LA DEMANDA

El señor Guillermo de Jesús Hincapié, reclama la protección a sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, y en ese sentido demanda que, desde el 5 de mayo de 2016, presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, la cual fue asignada a la Fiscalía 111 Seccional de Marinilla con el CUI 050016000248201609738, pretendiendo la celeridad en la investigación por medio de solicitudes de labores de trabajo, como que se promueva la realización de la audiencia de control de garantías, solicitando la cancelación de la escritura pública 1155 del 7 de abril de 2014 de la Notaría Doce de Medellín y otras semejantes.

Su inconformidad radica en que han transcurrido 7 años desde que interpuso la denuncia penal y la fiscalía delegada no ha realizado actuación alguna, lo que ocasiona vulneración de sus derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y ocasionando perjuicio económico dado que no ha logrado iniciar proceso ejecutivo.

Como pretensión constitucional insta por la protección a sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia y en ese sentido, se le ordene a la Fiscalía 111 Seccional de Marinilla, proceda a emprender las actuaciones pertinentes con el fin de reivindicar sus derechos como víctima.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del día 12 de mayo de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar a la Fiscalía 111 Seccional de Marinilla (Antioquia), en el mismo auto se ordenó la vinculación de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia.

La Dra. Luz Stella Guisao Castaño Fiscal 111 Seccional de Marinilla (Antioquia), informa que en el caso del señor Guillermo de Jesús Hincapié Herrera, la carpeta contentiva de la denuncia a la cual hace alusión el actor, arribó a ese despacho procedente de la ciudad de Medellín el 31 de octubre de 2016, en cuanto a las labores de campo, el 3 de junio de 2017 envió orden de trabajo, obteniendo respuesta el 22 de marzo de 2018 por medio del cual se efectuó la ampliación de la denuncia al actor, seguidamente, el 26 de agosto de 2018 remite orden de grafología al investigador Jhoan Yepes Ramírez, aun así no recibió respuesta alguna.

El 24 de noviembre de 2022 cuando se encontraba en periodo de vacaciones, la fiscal que la reemplazo emitió orden de trabajo al investigador Guillermo Luis Castillo, de la cual tampoco ha obtenido respuesta alguna.

Asegura la delegada fiscal, que no ha sido pasiva en dicho trámite, dado que ha emitido alrededor de 3 órdenes a distintos investigadores judiciales, pero en dos de ellas no ha obtenido repuesta.

Advierte que, para realizar la cancelación definitiva de registros obtenido de manera fraudulenta, solo es posible mediante sentencia. Añadiendo como respuesta a las solicitudes del actor lo siguiente: *“es claro que esta delegada no podrá proceder a realizar ningún tipo de actuación, tal y como lo solicita el accionante, pues no cuento con las grafías para realizar el análisis comparativo, tanto de las firmas que aparecen en la hipoteca inicial que firmara el señor Guillermo de Jesús hincapié (para que pueda realizar el cobro ejecutivo del dinero que prestó), así como la cancelación de esa hipoteca realizada por la señora maría Eugenia Martínez Muñetón, para luego solicitar al juez de conocimiento que emita sentencia condenatoria, absolutoria o preclusión a favor de quien considere le asista la razón.*

Tampoco sería viable acudir ante el Juez de Control de Garantías a solicitar un medida de carácter provisional que reviva aquel acto realizado por el señor Guillermo de Jesús Hincapié, cuando hipotecó la propiedad como garantía al dinero que prestó, pues como ya se advirtió, también el señor CARLOS MARIO HURTADO SALAZAR, fue engañado, dado que afirma no haber prestado dinero en su finca; además de contar con el análisis de las firmas dubitadas e indubitadas”.

Culmina su intervención, solicitando no tutelar el derecho reclamado ya que no cuenta con el material probatorio suficiente para tomar una decisión de fondo.

Por su parte, **la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia**, informó que la investigación bajo SPOA 050016000248201609738, se encuentra asignada a la Fiscalía 111 Seccional de Marinilla (Antioquia), dicho despacho es el

competente para pronunciarse al respecto sobre el derecho de petición objeto de la presente acción constitucional.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del decreto 1983 de 2017 y decreto 333 de 2021 que modificara el decreto 1069 de 2015 respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el señor Guillermo de Jesús Hincapié Herrera, demanda la mora judicial en que ha incurrido la Fiscalía 111 Seccional de Marinilla, al haber trascurrido alrededor de 7 años desde la fecha de la recepción de la noticia criminal y aún no ha realizado labores investigativas, como tampoco ha tomado una decisión de fondo, lo cual vulnera su derecho a la administración de justicia y atenta en contra de su patrimonio.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea

suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del caso concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Ahora, según el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, establece las funciones de la Fiscalía General de la Nación, en efecto, la misma está obligada adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito. Al igual que deberá ser diligente y cumplir con los plazos establecidos. Aunado a ello velar por la protección de la víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso penal.

Por su parte el parágrafo 1 del artículo 175 de la ley 906 de 2004 preceptúa lo siguiente:

“PARAGRAFO. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de las indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializados el término máximo será de cinco años.”

Establecido lo anterior y dado que la noticia criminal interpuesta por el señor Guillermo de Jesús Hincapié, data del 5 de mayo de 2016, el término establecido en la ley feneció el 5 de mayo de 2018, transcurrido este lapso, es decir, al día de hoy, 7 años después, la fiscal delegada no ha definido si los hechos denunciados ocurrieron o si revisten las características de delito, y en ese sentido determinar si imputa o por el contrario su decisión es archivar las diligencias.

Bajo el anterior escenario, si bien es evidente la inactividad de la delegada fiscal dentro de la investigación penal interpuesta por el actor, dado que actualmente han transcurrido alrededor de 7 años, y manifiesta no contar con el suficiente material probatorio para tomar una decisión de fondo, se escuda en que la carpeta la recibió el 31 de octubre del año 2016, desde esa calenda ha afectado los siguientes órdenes a la Policía Judicial:

1: el 3 de junio de 2017 emitió orden de trabajo, obteniendo respuesta del investigador Juan David Toro el 22 de marzo de 2018.

2: El día 26 de septiembre de 2018 emitió orden para toma de grafías, sin recibir respuesta por parte del investigador Jhoan Yepes Ramírez.

3: el 24 de noviembre de 2022, orden de trabajo al investigador Guillermo Luis Cantillo Arteaga, a la fecha no ha obtenido respuesta alguna.

En síntesis, el actor demanda la mora judicial en el trámite de la investigación por la presunta comisión del delito de fraude procesal, que interpuso desde el 5 de mayo de 2016, derivado de ella una serie de inconvenientes y perjuicios económicos dado que no ha logrado iniciar el proceso ejecutivo. Lo que amerita entonces ocuparnos si nos encontramos frente a un asunto de mora judicial en la toma de decisiones que amerite la protección constitucional por vía de tutela del derecho a un debido proceso.

Sobre el tema la Corte Constitucional¹ precisa:

58. *El artículo 229 de la Constitución garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia reconoce que la justicia es un valor superior que debe guiar la acción del Estado. En concreto, la Ley 270 de 1996 dispone que el Estado está llamado a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Asimismo, a lograr la convivencia pacífica entre los colombianos.*

59. *La Sala Plena de este tribunal definió el derecho de acceso a la administración de justicia como la garantía de que cualquier persona pueda acudir ante tribunales y jueces, en condiciones de igualdad. Además, el tribunal constitucional fijó como fin de este derecho fundamental “propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos”. Para la Corte, el goce de esta garantía está supeditado a la estricta sujeción de los procedimientos previamente establecidos y con total observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la ley.*

60. *El contenido de este derecho fundamental se erige como un pilar fundamental del Estado Social de Derecho. En todo caso, el Estado debe garantizar su materialización y “(i) abstenerse de adoptar medidas discriminatorias o que obstaculicen el acceso a la justicia y su realización, (ii) impedir la interferencia o limitación del derecho y (iii) facilitar las condiciones para su goce efectivo”.*

61. *La garantía del derecho de acceso a la administración de justicia incluye el deber de dar una solución pronta a los asuntos adelantados ante los funcionarios judiciales. Sin embargo, esta prerrogativa fundamental no se agota en “la mera facultad de presentar solicitudes ante las autoridades judiciales”. Para la Corte, esta “también se extiende a la salvaguarda de obtener decisiones de fondo en las controversias, las cuales deben ser adoptadas en un término razonable de tal forma que la respuesta judicial sea oportuna”. En consecuencia, están prohibidas las dilaciones injustificadas en la administración de justicia.*

62. *La Corte Constitucional definió la mora judicial como “un fenómeno multicausal, muchas veces estructural, que impide el disfrute efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia”. Asimismo, este tribunal determinó que la mora judicial “se presenta como resultado de acumulaciones procesales estructurales que superan la capacidad humana de los funcionarios a cuyo cargo se encuentra la solución*

¹ Sentencia T 099 del 2021

de los procesos". La Corte Constitucional ha reconocido la realidad del país en materia de congestión del sistema judicial y el exceso de las cargas laborales. Este tribunal es consciente que, en la mayoría de los casos, el represamiento de procesos "no permite a los funcionarios cumplir con los plazos legalmente establecidos".

63. *No obstante, la jurisprudencia constitucional ha fijado las circunstancias en las cuales se configura la mora judicial injustificada. En primer lugar, cuando se presente un incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial. En segundo término, cuando no exista un motivo razonable que justifique dicha demora (i.e. congestión judicial o el volumen de trabajo). Por último, cuando la tardanza sea imputable a la omisión en el cumplimiento de las funciones por parte de una autoridad judicial.*

64. *Finalmente, la Corte Constitucional ha señalado que para determinar la existencia de la mora judicial se debe tener en cuenta qué tipo de derechos son objeto de limitación durante el proceso judicial. Dicho estudio influirá en la flexibilidad del examen. A manera de ejemplo, "si las actuaciones comprometen el derecho a la libertad deben ser analizadas de forma más rigurosa en comparación con aquellas restricciones sobre el derecho a la propiedad".*

En ese sentido, es palpable la inactividad de la delegada fiscal, pues a la fecha no existe información clara sobre las diligencias investigativas que se adoptaron durante estos años o los inconvenientes que se suscitaron en el desarrollo de la investigación que justifiquen en alguna medida la mora en que ha incurrido la Fiscalía General de la Nación.

Concluye esta Sala que se hace evidente la negligencia en el impulso de la investigación por parte de la Fiscalía 111 Seccional de Marinilla, que ha desbordado ampliamente los términos judiciales, en ausencia de justificación alguna, dado que se cumplió con el tiempo establecido y aún no se ha decidido de fondo, si imputa cargos o por el contrario su decisión es archivar las diligencias motivadamente.

Así las cosas, resulta evidente el quebrantamiento a los derechos fundamentales invocados por el señor Guillermo de Jesús Hincapié Herrera, por ende, no le queda más a esta Sala que CONCEDER las pretensiones imploradas.

En consecuencia, se le ORDENA a la Fiscalía 111 Seccional de Marinilla (Antioquia), que, dentro de un plazo de seis (6) meses contados a partir de la

notificación del presente fallo de tutela, proceda a definir la situación dentro de la indagación preliminar identificada con el número SPOA 050016000248201609738, por la comisión del presunto delito de fraude procesal, donde es víctima el señor Guillermo de Jesús Hincapié Herrera, según lo establecido en el artículo 157 de la ley 906 de 2004.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Guillermo de Jesús Hincapié Herrera, en contra de la Fiscalía 111 Seccional de Marinilla (Antioquia).

SEGUNDO: SE ORDENA a la Fiscalía 111 Seccional de Marinilla (Antioquia), que, dentro de un plazo de seis (6) meses contados a partir de la notificación del presente fallo de tutela, proceda a definir la situación dentro de la indagación preliminar identificada con el número SPOA 050016000248201609738, por la comisión del presunto delito de fraude procesal, donde es víctima el señor Guillermo de Jesús Hincapié Herrera, según lo establecido en el artículo 157 de la ley 906 de 2004. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: La notificación de la presente providencia se realizará por parte la secretaría de esta Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

QUINTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **8f250e889222ff027ce0f7d7f8d50d686efd93742defc504d77ac2cfa9dd9f54**

Documento generado en 29/05/2023 03:34:14 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050002204000202300237

NI: 2023-0828-6

Accionante: Luis Guillermo Jaramillo Montoya

Accionados: Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Decisión: Declara improcedente por hecho superado

Aprobado Acta No: 75 de mayo 29 del 2023

Sala

No: 6

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, mayo veintinueve del año dos mil veintitrés

VISTOS

Procede esta Corporación a resolver la acción de tutela que interpone el señor Luis Guillermo Jaramillo Montoya en procura de la protección a los derechos fundamentales, que en su sentir le vienen siendo vulnerados por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

LA DEMANDA

Manifiesta el señor Jaramillo Montoya, quien se encuentra detenido en la Cárcel y Penitenciaria de Acacias, que el día 7 de marzo de 2023 elevó derecho de petición ante el Juzgado Primero Penal Especializado de Antioquia, por medio del cual solicitó información del envío de la copia del preacuerdo celebrado al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de Acacias, solicitadas por dicho despacho con el fin de resolver de fondo su solicitud de libertad. No obstante, hasta la fecha de radicación de la presente acción de tutela no había recibido respuesta alguna.

Como pretensión constitucional insta por la protección de los derechos fundamentales, y en ese sentido se le ordene al despacho judicial demandado, resuelva de fondo su petición.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del día 19 de mayo de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en el mismo auto se ordenó la vinculación al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias (Meta), al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias y a la Cárcel y Penitenciaria de Acacias.

El Dr. Carlo Andrés Ospina Villamil Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias (Meta), asintió que vigila al señor Jaramillo Montoya la pena de 198 meses de prisión y multa de 2.700 SMLMV, impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 19 de junio de 2015, dentro del proceso identificado con el CUI 05310 60 00 000 2015 0000100.

Así mismo, por medio de auto interlocutorio N 1239 calendado el 1 de agosto de 2022, negó la libertad condicional al sentenciado por prohibición legal del artículo 26 de la ley 1121 de 2006, dado que, *“en razón a que la conducta punible de concierto para delinquir agravado uno de los fines de su realización fue la extorsión, igualmente se negó el subrogado penal por la valoración de la conducta punible”*. Decisión que fue confirmada por el juzgado fallador el 21 de noviembre de 2022.

Por medio de auto interlocutorio 250 del 8 de febrero de 2023, y previo a resolver nueva solicitud de libertad condicional, ordenó lo siguiente:

"4.3. Previo a resolver sobre petición de libertad condicional elevada por la PPL, y teniendo en cuenta lo manifestado por el Juzgado fallador a folio 4 de la providencia de fecha 21 de noviembre de 2022 que resolvió la segunda instancia, se dispone, por el Centro de Servicios Administrativos, oficiar al Juzgado Fallador, para que remita por el medio más expedito copia del preacuerdo suscrito con el condenado".

Así mismo, hasta el día que emitió respuesta a la presente solicitud de amparo, no recibí las copias requeridas. Por ende, por medio de auto 1028 de 23 de mayo de 2023, negé de nuevo la solicitud impetrada por el actor

El Dr. Jaime Herrera Niño Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, informó que emitió sentencia condenatoria en contra del actor dentro del proceso identificado con el CUI 053106000000201500001, posteriormente ordenó la remisión del expediente a los juzgados de ejecución de penas.

Si bien, el actor elevó derecho de petición el mismo fue resuelto el 24 de marzo, pero cometió un error, dado que remitió al juzgado executor la sentencia y no el preacuerdo que era precisamente lo solicitado por el actor. Así que, el día 24 de mayo, enmendó su actuar y remitió al Juzgado de Ejecución de Acacias y al procesado, copia del preacuerdo y de la sentencia.

El Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias (Meta), pregona la debida notificación de los autos proferidos por el Juzgado de Segundo de Ejecución de Acacias, a las partes, al juzgado fallador y relativo al actor, le fueron debidamente notificados los autos 1028 y 866 del 23 de mayo de 2023 de manera personal el día 25 de mayo de 2023.

Posteriormente como complementación a la respuesta de tutela, la secretaria del centro de servicios, aseguró que el acta de preacuerdo solicitada por el Juzgado de ejecución, fue suministrada por parte del Juzgado Primero

Especializado de Antioquia vía correo electrónico el día 24 de mayo de 2023, y que fue ingresada al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias, junto con el expediente el día 25 de mayo de 2023.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017 y decreto 333 de 2021, que modificara el Decreto 1069 de 2015, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el señor Luis Guillermo Jaramillo Montoya, solicitó se amparen en su favor sus derechos fundamentales, presuntamente conculcado por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, al omitir brindarle respuesta de fondo a su petición, por medio del cual solicitó la remisión de la copia del acta de preacuerdo suscrito con la fiscalía al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de Acacias (Meta).

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos

legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del caso en concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad es que el señor Luis Guillermo Jaramillo Montoya, considera vulnerados sus derechos fundamentales al omitir el despacho judicial encausado, pronunciarse de fondo frente la solicitud elevada desde el pasado 7 de marzo de 2023.

El Juzgado Primero Especializado de Antioquia, aseguró que remitió la copia del acta de preacuerdo y la sentencia con destino al juzgado executor el día 24 de mayo de 2023; por su parte, la secretaria del Centro de Servicios de los Juzgado de Ejecución de Penas de Acacias, como complementación a la respuesta de tutela, aseguró que el 24 de mayo de 2023 recibió proveniente del juzgado fallador las copias solicitadas por el actor, copias que fueron remitidas al Juzgado Segundo de Ejecución de Acacias junto al expediente digital el 25 de mayo de 2023.

En este punto es relevante precisar que se intentó la comunicación con la Cárcel y Penitenciara de Acacias, para corroborar la notificación al demandante de la respuesta al derecho de petición, tal como lo asegura el juzgado fallador, pero pese a múltiples intentos y requerimientos por medio electrónico, esto no fue posible.

Así que, una vez analizado el caso concreto, se avizora que si bien el Juzgado Primero Especializado de Antioquia, omitió suministrar el material solicitado pese a varios requerimientos, en el curso del presente trámite constitucional procedió a remitir el acta de preacuerdo y la respectiva sentencia al juzgado executor y al centro de reclusión donde permanece detenido el sentenciado. Así mismo, la recepción del acta de preacuerdo y la sentencia fue confirmado por la secretaria del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas de Acacias, quien asintió que el 25 de mayo direccionó al Juzgado Segundo de Ejecución de Acacias, el acta de preacuerdo, la respectiva sentencia y el expediente digital.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que frente a la pretensión del señor Luis Guillermo Jaramillo Montoya, de cara a que el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, remitiera al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de Acacias copia del acta de preacuerdo suscrito con la fiscalía, ya se agotó, esto es, conforme al material probatorio recolectado, es decir, la constancia de remisión vía correo electrónico del acta de preacuerdo junto a la respectiva sentencia al juzgado executor y al establecimiento penitenciario

donde permanece recluido el actor, sumado a lo manifestado por la secretaria del Centro de Servicios de Ejecución de Acacias, quien corroboró lo dicho y aseguró que el acta de preacuerdo se encuentra a despacho del Juzgado Segundo de Ejecución de Acacias desde el 25 de mayo de 2023.

Así las cosas, debe indicarse que, del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que, frente a la solicitud extendida por el señor Luis Guillermo Jaramillo Montoya, nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, lo cual torna improcedente el amparo.

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario,

pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

Se reitera entonces, en este caso nos encontramos frente al fenómeno denominado carencia actual de objeto por hecho superado, pues que para este momento ha variado la situación que originó la acción constitucional, toda vez que en el trámite de esta acción constitucional se ha gestionado lo necesario para conseguir se ejecute el objeto de esta solicitud de amparo, por lo que perdería entonces eficacia dar una orden en tal sentido.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Luis Guillermo Jaramillo Montoya, en contra del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, al presentarse la carencia actual de objeto por hecho superado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **378ef36fb56b50c5289f0dcf8e1749d20c2dc92ecfb6e689721879553a195558**

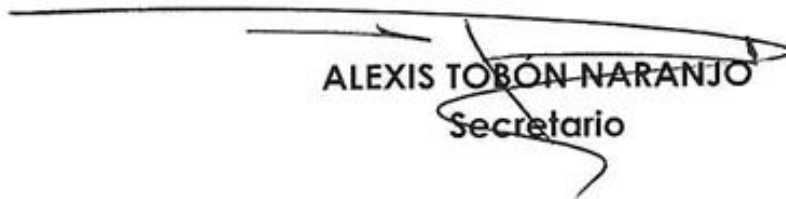
Documento generado en 29/05/2023 03:34:05 PM

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

Radicado: 05 001 60 00206 2015 53536 (2022-2000-6)
ACUSADO: JHON FREDYS CARVAJAL MENDOZA
DELITO: ACCESO CARNAL VIOLENTO

Constancia Secretarial: informo al H. Magistrado que una vez corridos los términos de rigor dentro del presente trámite, el **Dr. Eder Rolando Valbuena Bustos** en calidad de apoderado del sentenciando **Jhon Fredys Carvajal Mendoza**, dentro del término oportuno interpuso y sustentó el recurso **de impugnación especial**¹; es de anotar que dentro del término conferido a los sujetos procesales no recurrentes², no hubo pronunciamiento alguno por parte de éstos, término que expiró el pasado viernes veintiséis (26) de mayo.

Medellín, mayo treinta (30) de dos mil veintitrés (2023)


ALEXIS TOBÓN-NARANJO
Secretario

¹Archivo 14 y 17

²Archivo 18

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, mayo treinta (30) de dos mil veintitrés

Radicado: 05 001 60 00206 2015 53536 (2022-2000-6)

ACUSADO: JHON FREDYS CARVAJAL MENDOZA

DELITO: ACCESO CARNAL VIOLENTO

En atención a la constancia Secretarial que antecede, y como quiera que el apoderado del señor Jhon Fredys Carvajal Mendoza presentó y sustentó oportunamente el recurso de Impugnación Especial, se ordena remitir ante la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal a través de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, las presentes diligencias a fin de que se imprima el trámite pertinente por parte de la Alta Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUSTAVO ADOLFO ÍNZÓN JÁCOME
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **43b3ce796e7a73f0f24ab79e9f3ea6d1d6bb2ab8a7939001de9996579e8f0137**

Documento generado en 30/05/2023 03:04:08 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicación No. 058906000356202100033 **NI:** 2023-0814
Acusados: YEISON ESTIVEN MARIN SANCHEZ, JORGE MARIO VALENCIA CASTRILLON y
NELSON ANDRES CASTRILLON MESA
Delito: Uso de menores para la comisión de delitos y suministro a menores
Decisión: Nulidad parcial
Aprobado Acta virtual: 72 de mayo 23 del 2023 **Sala No.:** 6

Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**

Medellín, Mayo veintitre del año dos mil veintitrés

I. ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de YEISON ESTIVEN MARIN SANCHEZ, contra la sentencia emitida el pasado 14 de abril del 2023.

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

II. HECHOS Y ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

JORGE MARIO VALENCIA CASTRILLON y NELSON ANDRES CASTRILLON MESA, en los años 2021 y 2022 en el municipio de YOLOMBO, le enseñaron al menor J.S.A.L. de 13 años de edad, a consumir estupefacientes, a cambio de los mandados que les hacía a estos para llevar estupefacientes a la casa de NELSON ANDRES.

Igualmente, durante los meses de enero a marzo del 2022, en la residencia de YEISON ESTIVEN MARIN SANCHEZ, este le entregaba al menor J.D.M. de 12 años de edad cigarrillos de marihuana, con la finalidad de que el menor los vendiera en el sector conocido como los Yolombos o cancha sintética de YOLOMBO.

Después de formulada la imputación y cuando debía adelantarse la acusación, se presenta ante la judicatura un preacuerdo en el que los señores JORGE MARIO VALENCIA CASTRILLON y NELSON ANDRES CASTRILLON MESA aceptan los cargos que en su contra se habían formulados como coautores del delito de suministro a menor, artículo 381 del Código Penal, a cambio de que se le reconoce para efectos de la pena la rebaja por complicidad en un 40 % sobre el mínimo previsto de 96 meses, pactando una pena de 4 años y 8 meses.

En cuanto a YEISON ESTIVEN MARIN SANCHEZ, este acepta los cargos formulados en su contra como autor del delito de uso de menores en la comisión de delitos agravado por ser la víctima menor de 14 años, concediéndole la rebaja de pena por la complicidad, se establece entonces que tomando la pena mínima de 160 meses se le reconoce una rebaja del 40 % pactando una pena de 8 años de prisión.

Se da curso a la audiencia de individualización de la pena, donde en relación a JORGE MARIO VALENCIA CASTRILLON y NELSON ANDRES CASTRILLON MESA, la Fiscalía señala que por ser un delito enlistado en el artículo 68 A por el que aceptan responsabilidad no hay lugar a ningún benéfico o subrogado y en relación a MARIN SANCHEZ, la conducta se ejecutó contra un menor de edad, sujeto de especial protección lo que impide se acceda a la prisión domiciliaria. A su vez la defensa de MARIN SANCHEZ, reclama se le dé la prisión domiciliaria pues cumple con los requisitos de ley y es condenado como cómplice.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primera instancia encontró debidamente probada la materiales de las conductas punibles aceptadas en el preacuerdo, y vista la asunción de responsabilidad de los procesados encontró procedente condenar a JORGE MARIO VALENCIA CASTRILLON y NELSON ANDRES CASTRILLON MESA, como autores de delito de suministro a menores a la pena de cuatro años y 8 meses de prisión, y a YEISON ESTIVEN MARIN SANCHEZ, a la pena de 8 años de prisión como autor del delito de uso de menores par la comisión de delitos.

En cuanto al cumplimiento de la sanción penal, señaló que siendo los señores VALENCIA CASTAÑO Y CASTRILLON MESA, condenados por un delito relacionado con el narcotráfico no tiene derecho a ningún beneficio o subrogado conforme lo establece el artículo 68 A del Código Penal, en relación a MARIN SANCHEZ, señaló que aunque la pena impuesta de 8 años satisface el requisito objetivo para la concesión de la prisión domiciliaria, visto que se trata de una conducta en la que se involucra a un menor de edad, en la que se le estaba utilizando para actividades de narcotráfico, no resulta posible permitirle cumplir la prisión en su domicilio vista la magnitud y gravedad de la conducta enrostrada que atenta contra el interés superior de un menor.

IV. APELACION

Inconforme con la sentencia de primera instancia únicamente el defensor de MARIN SANCHEZ interpone recurso de apelación, señalando que su prohijado aceptó cargos por el delito de uso de menores, en calidad de cómplice por lo mismo la pena que se le impuso fue de 8 años y tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Pena, la pena que debe tenerse en cuenta para estudiar la prisión domiciliaria es la que finalmente se impone

incluidos los dispositivos amplificadores del tipo penal, y no la que legalmente se establece para el delito, por lo que su representado cumple con el requisito objetivo para la prisión domiciliaria, y el subjetivo pues tiene arraigo y no fue condenado por un delito que tenga prohibición legal para acceder a la prisión domiciliaria por lo tanto las consideraciones expuesta en el fallo de primera instancia no resultan validad para negar el derecho al que tiene para acceder a la prisión domiciliaria.

La representante de la fiscalía general de la Nación, solicita la confirmación de la sentencia pues considera que es erróneo como lo pretende el recurrente considerar que la prisión domiciliaria es un derecho, cuando solo es un beneficio para quien cumple a cabalidad con todos los requisitos de ley y aquí vista la modalidad de la conducta en la que se usa a un menor no resulta posible considerar que el acusado no va a poner en peligro a la comunidad.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que, aunque son varios los condenados, solo se presenta apelación del defensor de YEISON ESTIVEN MARIN SANCHEZ, la que se circunscribe a la negativa de otorgar la prisión domiciliaria y este será entonces el tema exclusivo que tratara la Sala.

Para abordar el tema resulta indispensable visto que estamos frente a una sentencia que se emite como consecuencia de un preacuerdo, recordar las reglas que se han fijado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema de los preacuerdos sin base fáctica, visto que tal y como quedó plasmado al momento de presentarse el preacuerdo, MARIN SANCHEZ, aceptaba su responsabilidad como autor en el delito de uso de menores en la comisión de delitos, pero se le reconoce la rebaja de la pena de la complicidad, pactándose entonces una pena de 96 meses de prisión.

Al respecto debe la Sala transcribir en extenso el pronunciamiento la Sala Penal de la Corte

Suprema de Justicia en Sentencia del 24 de junio del 2020. M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR en el radicado 5227, donde se hacen importantes precisiones sobre los preacuerdos:

...Los límites al monto de los beneficios otorgados en virtud de un acuerdo consistente en el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica.

Frente a los cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a la rebaja de pena, no solo existe el debate sobre la falta de correspondencia entre los hechos y las normas elegidas.

*Sin perjuicio de lo expuesto sobre el particular en los numerales anteriores, **también** debe establecerse si, bajo esa modalidad, la Fiscalía puede conceder beneficios sin ningún límite.*

Según se ha venido indicando, en la SU479 la Corte Constitucional analizó dos casos que guardan similitud con el asunto sometido a conocimiento de la Sala, pues en todos ellos el cambio de la calificación jurídica dio lugar a una rebaja punitiva superlativa, equivalente a más del 80% de la pena establecida legalmente para los hechos objeto de investigación y juzgamiento.

La Corte Constitucional resaltó que (i) el cambio de calificación jurídica, cuando no tiene base fáctica, no puede ser utilizado para conceder beneficios desproporcionados; (ii) los acuerdos deben ajustarse al marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y (iii) en cada caso, los fiscales deben considerar las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación.

En tal sentido, la Corte Constitucional hizo hincapié en que la actuación de los fiscales está regida por el concepto de discrecionalidad reglada, conforme al cual deben armonizarse el necesario margen de maniobrabilidad para la solución temprana de los casos y la sujeción a la Constitución Política, la ley y las directrices trazadas por la Fiscalía General de la Nación.

El concepto de discrecionalidad reglada también ha sido desarrollado por esta Sala, principalmente en lo que atañe al “juicio de imputación” y “el juicio de acusación”. En efecto, se ha aclarado que aunque los jueces no pueden ejercer control material sobre las actuaciones reguladas en los artículos 286 y siguientes (imputación) y 336 y siguientes (acusación), los fiscales tienen la obligación de acatar los presupuestos materiales de esas decisiones y deben cumplir los requisitos formales establecidos por el legislador, en buena medida orientados a garantizar los derechos del procesado y la debida configuración del debate acerca de la responsabilidad penal (CSJSP, 8 mar 2017, Rad.

44599, entre otras).

En armonía con lo expuesto en la referida sentencia de unificación, la Sala considera que la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite concluir que esta forma de acuerdos (cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena) no tiene aparejado un poder ilimitado para conceder beneficios, al punto que los mismos puedan consistir en la supresión de prácticamente la totalidad de la pena procedente frente a los hechos jurídicamente relevantes.

Por el contrario, se advierte que en los ámbitos de “disposición” de la acción penal se acentúa el concepto de discrecionalidad reglada.

Así, por ejemplo, para solicitar la preclusión, el fiscal debe indicar “los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación”, y, a partir de ello, debe fundamentar “la causal incoada” (Art. 333).

En esta norma subyace una idea trascendente para el tratamiento sistemático del tema que ocupa la atención de la Sala. En efecto, si se parte de la base de que los fiscales deben realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación, lo que implica, principalmente, la constatación de los estándares previstos en los artículos 287 y 336 de la Ley 906 de 2004, así como un estudio cuidadoso de la normatividad aplicable, resulta razonable que expliquen en qué sentido ha variado esa situación, al punto que sea procedente la preclusión de la acción penal.

Lo anterior confirma, además, que aunque los jueces no controlan materialmente la imputación y la acusación (en el momento de la actuación en que ocurren estas actuaciones), tienen amplias facultades para constatar los presupuestos fácticos y jurídicos de las decisiones que las partes les solicitan, precisamente porque las mismas son expresión del ejercicio jurisdiccional, tal y como se explicó en el numeral 6.2.2.1.

Lo anterior se aviene a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la posibilidad que tienen los jueces de emitir sentencia condenatoria a pesar de que la Fiscalía solicite la absolución (CSJSP, 25 mayo 2016, Rad. 43837, entre otras), toda vez que en esa regla subyace la idea de que el fiscal no puede disponer a su arbitrio de la acción penal.

Lo mismo sucede en materia de principio de oportunidad. Aunque en las discusiones previas a la expedición de la Ley 906 de 2004 se consideró la posibilidad de que el control a esta actividad fuera rogado, finalmente se optó porque operara automáticamente frente a la modalidad de renuncia al ejercicio de la acción penal. Luego, la Corte Constitucional concluyó que el control automático también procede frente a las modalidades de suspensión e interrupción (C-979 de 2005). Igualmente, existe consenso en que el control que realizan los jueces es formal y material, así como frente a la

obligación de considerar los intereses de las víctimas y los demás aspectos constitucionalmente relevantes (C-209 de 2007, C-591 de 2005, entre otras).

Frente a este tema, quedaría por resaltar que incluso en materia de archivos la actividad de la Fiscalía está sometida a reglas puntuales, no solo porque debe comunicar este tipo de decisiones a las víctimas y al Ministerio Público, sino además porque existe la oportunidad de solicitar al juez de control de garantías su revisión (art. 79 de la Ley 906 de 2004, desarrollado en la sentencia C-1154 de 2005).

Lo anterior, que se ha expuesto a título meramente enunciativo, le permite a la Sala abordarlo concerniente a los límites que tienen los fiscales para conceder beneficios en virtud de los acuerdos que celebren con el procesado, puntualmente cuando ello se hace a través del cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, con la única finalidad de disminuir la pena, sin perjuicio de la incidencia que ello puede tener en los subrogados y otros aspectos penalmente relevantes.

Al respecto, la Sala encuentra que la Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de los beneficios que pueden otorgársele a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad.

Finalmente concretiza una serie de reglas, entre las que resulta pertinente resaltar las siguientes:

***“Primero.** En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que **en la condena** se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.*

***Segundo.** Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes **no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde**, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde **solo se orienta a establecer el monto de la pena**, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) el*

principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.

Tercero. *En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador;*

...

ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.

Descendiendo al caso puesto a consideración encontramos que si bien es cierto tanto en la exposición del preacuerdo como en el interrogatorio que posteriormente hizo el juez a los procesados, claramente se les hizo saber que serían condenados como autores, pero se les reconocería una rebaja de pena por complicidad, en momento alguno en lo que respecta al procesado YEISON se indicó si tendrían o no derecho a los subrogados o mecanismo sustitutivo de la pena pues nada, pese a que conforme a las reglas jurisprudenciales atrás señalada, cuando se está en presencia de un preacuerdo sin base fáctica, en el que se acude a otras normas que disminuyen la pena, sin modificar la realidad fáctica y jurídica, se debe precisar las consecuencias de tal disminución punitiva en aspectos fundamentales, para la cabal comprensión del preacuerdo como lo son la posibilidad de acceder a subrogados penales u otras medidas sustitutivas en la ejecución de la pena, valga aquí la pena volver a transcribir el acápite correspondiente de lo expuesto por la Sala Penal que es del siguiente tenor: “ *el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera*”.

Como el acuerdo no fue claro, una vez se dio inicio a la audiencia de individualización de la pena, el defensor de YEISON reclamó la prisión domiciliaria, señalando que como la pena finalmente fijada era solo de ocho, años tenía derecho a tal beneficio, pues se le condenó como cómplice, y tal argumento lo presenta ahora en la apelación, con lo que denota que la información suministrada al procesado y su defensor no fue completa, pues se aceptó cargos con la expectativa de un posible beneficio, visto que no se le informó cabalmente que no tenía derecho al mismo, pues la rebaja de la pena era producto de una ficción y por lo mismo no podría acceder algún subrogado o mecanismo sustitutivo de la ejecución del apena intramural .

En ese orden de ideas, visto que no hubo una información cabal de las consecuencias que aparejaba el aceptar el preacuerdo, no le queda otro camino a la Sala que decretar la nulidad parcial de la actuación en relación a la aceptación del preacuerdo con el acusado YEISON ESTIVEN MARIN SANCHEZ, para que en el acto de verificación del parecido se le informe las consecuencias del tipo de preacuerdo que suscribe conforme la línea jurisprudencial señalada en este proveído.

Sobre el papel del Juez en la verificación de legalidad de preacuerdos ha reseñado la Corte Suprema de Justicia¹:

“Con la óptica del sistema penal acusatorio colombiano, la facultad del procesado a través de la aceptación de cargos o de la celebración de acuerdos con la Fiscalía, de renunciar a la garantía de no autoincriminación (artículo 33 del texto superior), así como a contar con un juicio oral, público, concentrado, con inmediación probatoria, está sujeta a la aprobación del juez, sea de control de garantías o de conocimiento.

Así, el artículo 131 de la Ley 906 de 2004 preceptúa que uno u otros funcionarios judiciales deberán verificar si se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.”.

¹ Proceso 31280. Julio 8 de 2009. M.P. Julio Enrique Soca Salamanca

De tal manera que una de las principales tareas que le asiste al Juez al momento de verificar las condiciones de la aceptación de cargos y como requisito esencial y previo a su aprobación, debe ser entonces velar por que la parte que concurra al allanamiento o al preacuerdo conozca de manera clara y nítida, las consecuencias relacionadas con su libertad, esto es, que la aceptación debe ser debidamente informada incluyendo visto que es un preacuerdo en el que solo se reconoce la complicidad como una ficción para la tasación de la pena, que consecuencia tendrá esto en materia de subrogados y mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena.

En consecuencia, se decreta la nulidad parcial de la actuación en lo que respecta al procesado YEISON ESTIVEN MARIN SANCHEZ, para que la misma se rehaga conforme a lo señalado en este proveído.

Como quiera que el trámite de los preacuerdos suspende los términos judiciales, no hay lugar a emitir pronunciamiento sobre la libertad de MARIN SANCHEZ, tal y como lo ha reiterado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al señalar:

«(...) la celebración de un preacuerdo suspende los términos procesales de que tratan los numerales 4º y 5º, pues no de otra forma se entendería que, de resultar improbadada la negociación, aquéllos se reestablezcan. No puede reestablecerse lo que nunca se ha visto detenido o interrumpido».²

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

² CSJ SP1657-2018

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Salade Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Decretar la nulidad parcial de la actuación en relación a YEISON ESTIVEN MARIN SANCHEZ, para que se rehaga la actuación en relación exclusivamente a esta persona desde la audiencia de verificación de allanamiento conforme a la exposición hecha en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Como el trámite de los preacuerdos suspenden los términos judiciales, no hay lugar a tomar determinación sobre la libertad de MARIN SANCHEZ sobre un eventual vencimiento de los mismos, visto que soporta medida de detención preventiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Miranda Magistrado

Nancy Ávila de
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **735aa35817cda34f0c0b4b406e1c90fe279d6fe2076f6b8e64a21e15ae49f57c**

Documento generado en 23/05/2023 03:19:57 PM

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

Proceso No: 05-001-60-00000-2020-00935 **NI:** 2023-0806-6
Acusados: GABRIEL MUÑOZ RAMIREZ, ANDRES FELIPE HOYOS CASTRO Y OTROS
Delito: Concierto para delinquir agravado y otro
Motivo: Apelación de auto
Decisión: Modifica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050016000000202000935 **NI:** 2023-0806
Acusados: GABRIEL MUÑOZ RAMIREZ, ANDRES FELIPE HOYOS CASTRO y OTROS
Delito: Concierto para delinquir agravado y
Motivo: Apelación de auto
Decisión: Modifica
Aprobado Acta Número: 72 de mayo 23 del 2023
Sala No: 6

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

Medellín, mayo veintitrés de dos mil veintitrés.-

(Hora:)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN.-

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto calendarado el día 24 de abril del año en curso proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en el cual se negó las solicitudes probatorias del apoderado judicial de los procesados GABRIEL MUÑOZ RAMIREZ, JORGE ANDRES MOSQUERA GONZALEZ y ALEXANDER VELEZ GALEANO, en lo que respecta a la prueba testimonial de los coprocesados.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA. -

La Juez de Instancia una vez efectuada las solicitudes probatorias y argumentado por cada uno de los apoderados judiciales lo atinente a pertinencia, conducencia y utilidad de cada uno de los medios de prueba deprecados procede con el decreto de la prueba y en lo que respecta a la prueba testimonial solicitada por el apoderado de GABRIEL MUÑOZ RAMIREZ, JORGE ANDRES MOSQUERA GONZALEZ y ALEXANDER VELEZ GALEANO, que además de los testimonios de estos solicitó fueran escuchados en juicio JUAN ALBERTO LÓPEZ GIRALDO, ANDRES FELIPE HOYOS CASTRO, RAUL EDUARDO SUAREZ, ALDEMAR

PAMPLONA GIL, OCTAVIO MUÑOZ RAMIREZ, y ALVARO MUÑOZ RAMIREZ coprocesados dentro de la presente investigación, ello tras considerar que no podían ser decretados por cuanto se trataba del derecho a guardar silencio que cobija a cada uno de los procesados, no pudiendo obligarlos a declarar en su propio juicio.

III. RECURSO DE APELACIÓN. -

Refiere el recurrente que la calidad de coprocesados no convierte en ilegal, ni mucho menos en ilícita la solicitud o el decreto de prueba, señala que el decreto de prueba solo está condicionado por la jurisprudencia de la Corte a la pertinencia de la prueba, y aduce que cuando se mencionó uno a uno de los investigados dentro de esta actuación, así como al señor Juan Giraldo investigado en un proceso paralelo por los mismos hechos, hizo alusión a la pertinencia de cada uno de ellos.

Indica que esta de acuerdo con la señora juez de que no se les puede obligar a ninguno de los coprocesados a declarar, pero el decreto de la prueba no los va a obligar a rendir testimonio, sencillamente los va a citar como testigos y en el juicio oral cada uno de ellos harán valer su derecho de si quieren rendir o no el testimonio, que de ninguna manera a ellos se les va a coaccionar para que lo rindan.

Señala que no hay una prohibición legal para que no se decrete, refiere que hasta el propio representado cuando se solicita como testigo en su propio juicio debe ser decretado, y lo ha dicho la Jurisprudencia de la Corte, y ya será decisión del enjuiciado si rinde o no su testimonio pero debe ser decretado desde la audiencia preparatoria, por ello considera que los testimonios deprecados de los señores ANDRÉS FELIPE HOYOS CASTRO, ALVARO MUÑOZ, OCTAVIO MUÑOZ, JUAN GIRALDO, ALDEMAR PAMPLONA, JORGE ANDRES MOSQUERA, RAUL EDUARDO SUAREZ, ALEXANADER VELEZ GALENAO, deben ser decretados si se cumple la carga de pertinencia y sus derechos sean salvaguardados en la audiencia en la cual decidirá cada uno si desea o no declarar.

NO RECURRENTE

La Fiscal refiere que entiende que la decisión de la judicatura no va encaminado a limitar el derecho de defensa de los procesados, la defensa considera que se deben decretar estos testimonios, pero lo cierto es que los procesados tienen derecho a renunciar a su derecho de declarar en juicio, por ello considero que no es necesario su decreto, porque al ser un derecho es renunciabile.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA. -

El asunto que concita el interés de la Sala es establecer si con el decreto de los testimonios de los señores JUAN ALBERTO LÓPEZ GIRALDO, ANDRES FELIPE HOYOS CASTRO, RAUL EDUARDO SUAREZ, ALDEMAR PAMPLONA GIL, OCTAVIO MUÑOZ RAMIREZ, y ALVARO MUÑOZ RAMIREZ, coprocesados dentro de la presente actuación se vulneran sus garantías fundamentales a guardar silencio y el derecho de no autoincriminación, o si por el contrario estos no se ven afectados con su decreto.

En lo que respecta a la posibilidad que tiene un acusado o coacusado para declarar en su propio juicio, tenemos que dicha posibilidad se encuentra prescrita en el artículo 394 del Código de Procedimiento Penal, y como tal en la sentencia C-782 de 2005, se estudió a fondo la misma, desde si contraria el derecho de no autoincriminación, hasta si requiere la toma de juramento, declarándose la exequibilidad de los términos *“como testigo”*, y *“...comparecerán como testigos bajo la gravedad del juramento...”* contenidas en el citado artículo, por cuanto el hacer parte de su propio juicio es un derecho renunciabile, el cual no acarreará sanciones penales diferentes por las que se le investiga en caso de faltar a la verdad.

Es claro que la posibilidad que tiene el procesado de declarar en su propio juicio, más que una simple facultad probatoria, es un verdadero derecho – garantía (el de ser oído), que está vinculado con el de defensa material, que le asiste en su condición de inculcado, así como que dicho derecho puede ser limitado

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal se ha ocupado también de otro aspecto que puede resultar problemático atinente a la declaración en juicio de un acusado, y es en lo que respecta a si debe aceptarse dicha declaración pese a no haberse descubierto y solicitado como prueba en la audiencia preparatoria, al ser un asunto que no se encuentra regulado al interior del Proceso Penal y jurisprudencialmente no se ha fijado una regla para dirimir el asunto, siendo entonces permitido que el acusado o coacusado renuncie a su derecho a guardar silencio en cualquier momento antes de que se culmine la practica probatoria para que sea escuchado como testigo sin haberse solicitado como tal, así como también puede pedirse como testigo siguiendo los lineamientos preestablecidos conforme a los artículos 356 y 357 del C.P.P.

Frente a lo antes señalado adujo el máximo órgano colegiado lo siguiente:

“2.2.1 El testimonio del acusado como medio de prueba.

Como particularidades, el dicho del imputado en la Ley 906 de 2004 se caracteriza porque i) el juramento rendido previo a atestar, de acuerdo con lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia C – 782 de 2005, «no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta»; ii) el acusado puede ser interrogado, contrainterrogado y puede abstenerse de contestar las preguntas formuladas por su propio defensor, incluso, las que en desarrollo del contra interrogatorio efectúe la Fiscalía; iii) se le permite, conforme el artículo 396 de la Ley 906 de 2004 y a diferencia de los testigos comunes, presenciar el debate probatorio antes de rendir declaración; iv) no está permitida su conducción forzosa a efectos de que rinda testimonio, pues deponer o abstenerse de hacerlo es una decisión suya a la que no puede ser obligado; v) el inculcado es el sujeto pasivo de la investigación, tiene amparo de autoincriminación y derecho a la asistencia técnica.

Las diferencias advertidas entre la indagatoria (Ley 600 de 2000) y el testimonio del acusado (Ley 906 de 2004) son más procesales o formales que sustanciales o de garantías, pues en el proceso penal, en todo caso, cualquiera que sea la forma en que se nomine la versión del indiciado, éste debe ser vinculado y estar asistido por un profesional del derecho para que su versión sea libre, consciente, voluntaria, informada y asesorada, pudiendo confesar o no y guardar silencio; bajo estos supuestos, lo que se pretende es materializar dos propósitos: que la información aportada sirva como prueba y, a su vez, constituya el medio de defensa material, derecho éste que es de carácter personalísimo y sólo puede ejercer el procesado.

El testimonio que proviene de la persona sometida a juicio tiene entonces características especiales en razón de las cuales admite tratamiento jurídico diferenciado; por esas connotaciones y los alcances de los que está revestido se hace necesario darle un rito acorde para su decreto, sin que ello afecte derechos y garantías de las demás partes e intervinientes, pues más que innecesario es indispensable que el juez se informe a través del acusado de cómo ocurrieron los hechos y cuáles fueron las razones de su obrar, por lo 7 Sentencia C – 782 de 2005. que su utilidad para el proceso es evidente, a más que el titular de derecho a la defensa material es de carácter personalísimo y exclusivamente le corresponde al procesado.

Las diferencias ontológicas que existen entre los testimonios del acusado y el testigo común se manifiestan en sede de la práctica de la prueba, generando también por sus efectos y alcances la justificación de un trámite jurídico distinto, que irradia a la fase de decreto. Esta diversidad de supuestos entre las mencionadas pruebas, sustentan el trato desigual que se tolera por la Corte en esta providencia en cuanto a la oportunidad de solicitar la prueba, así como a las reglas que deben observarse para la práctica y valoración de consecuencias de la declaración del inculpado.

Las diferencias advertidas desde la óptica de las garantías ponen de presente que la única parte que se afecta por no atender su petición de ser oído cuando ésta es formulada en el juicio oral es el mismo procesado, sin que de ello se sigan consecuencias negativas para los derechos de las demás partes e intervinientes, que no pueden afirmarse sorprendidas con la declaración de la persona vinculada al proceso, cuya identidad es conocida desde la audiencia de formulación de imputación y desde este momento procesal se advierte la posibilidad que declare en el juicio oral sobre hechos concretados en esa audiencia preliminar. (Subrayas fuera del texto original.)

Además, el imputado que acude al juicio como testigo puede ser contra interrogado y sus afirmaciones pueden ser controvertidas mediante otros medios de prueba directos, o a través de la impugnación de credibilidad o de la refutación, lo que permite agotar, entre otras exigencias, la contradicción de la prueba.

Lo expresado resulta suficiente para sostener que las disposiciones de la Ley 906 de 2004 que regulan el asunto no admiten una hermenéutica a partir de la cual se excluya como ajustada a derecho la solicitud del inculpado en el juicio oral de ser oído en declaración, renunciando al derecho a guardar silencio. Dicho de otra forma, esa declaración, conforme se sigue de lo previsto en el artículo 394 ibídem y del ordenamiento jurídico constitucional en sentido amplio, incluyendo la legislación internacional, conllevan a una interpretación sistemática y teleológica sobre el derecho del procesado a ser oído en su propia causa, emergiendo que no necesariamente hace parte del debido proceso probatorio que el testimonio del inculpado deba haberse descubierto y solicitado en la audiencia preparatoria, sustentando su pertinencia, conducencia y utilidad para obtener del funcionario de conocimiento un pronunciamiento favorable a tal solicitud probatoria.”

...

2.3 Conclusión.

En suma, limitar el derecho del acusado a ser escuchado en su propio juicio solamente cuando así lo solicite en la audiencia preparatoria, comporta la ruptura de la estructura del proceso de tendencia acusatoria, la violación de principios, valores y argumentos de lógica que le subyacen a ese sistema de juzgamiento, como ha quedado explicado, resulta ser esa una interpretación arbitraria por lo innecesaria, inútil e irrazonable, dado que la ponderación de sus efectos deja un resultado únicamente negativo para el procesado, pues no media afectación sustancial para las demás partes e intervinientes.

Como se adelantó, el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, que regula la intervención del acusado y el coacusado como testigos, no regula de manera inequívoca el tema y no permite inferir cuáles son las condiciones en que dichas pruebas pueden practicarse y, específicamente, si deben o no ser solicitadas y decretadas en la audiencia preparatoria para tal efecto. Igual podría afirmarse de lo consignado en los artículos 8° y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, en tanto no establecen, al menos con claridad, si el derecho reconocido al acusado de hablar en su propia causa tiene limitaciones temporales o procedimentales de alguna índole.

En ese contexto, adquieren absoluta relevancia las reglas interpretativas previstas en el artículo 29 del primer instrumento citado, conforme la cual ninguna disposición convencional «puede ser interpretada en el sentido de... limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados».

Esta Sala ha acogido dicho criterio para afirmar la vigencia de «el principio pro homine, conocido igualmente como cláusula de favorabilidad o favor rei en la interpretación de las normas a que aluden los tratados de derechos humanos»¹³ De ahí que, ante la escasa claridad que ofrecen las disposiciones relevantes, que admiten posibilidades hermenéuticas disímiles y excluyentes, la ambigüedad debe necesariamente resolverse acogiendo el criterio que garantice con la mayor amplitud posible el ejercicio y la materialización de esa garantía.

Así las cosas, conocida la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal al respecto, y analizando el tema en concreto, se tiene que la prueba testimonial que fuera deprecada por la defensa de GABRIEL MUÑOZ RAMIREZ, JORGE ANDRES MOSQUERA GONZALEZ y ALEXANDER VELEZ GALEANO, no solo se contrae a los testimonios de sus propios prohijados, sino de los demás compañeros de causa de los antes mencionados, por lo que no podría darse plena aplicación a lo dispuesto en párrafos precedentes,

por lo que la prueba denegada al recurrente no se contrae a sus propios prohijados, sino que son coacusados que se encuentran siendo representados por otros profesionales del derecho, respecto de los cuales la Sala considera deben ser descubiertos, enunciados y solicitados como pruebas testimoniales, siguiendo los lineamientos normativos existentes dentro de la audiencia preparatoria, para posteriormente ser decretados bajo la observancia de que comparecerán al juicio a declarar si así lo desean ello en atención al derecho a guardar silencio que cobija a cada uno de ellos.

En consecuencia, se modifica el auto proferido en audiencia preparatoria efectuada el pasado 24 de abril de 2023, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en el sentido de decretar como prueba testimonial de la defensa de los procesados GABRIEL MUÑOZ RAMIREZ, JORGE ANDRES MOSQUERA GONZALEZ y ALEXANDER VELEZ GALEANO, los testimonios de JUAN ALBERTO LÓPEZ GIRALDO, ANDRES FELIPE HOYOS CASTRO, RAUL EDUARDO SUAREZ, ALDEMAR PAMPLONA GIL, OCTAVIO MUÑOZ RAMIREZ, y ALVARO MUÑOZ RAMIREZ, coprocesados dentro de la presente actuación, quienes podrán hacer uso de su derecho a guardar silencio y no autoincriminación si a bien lo quieren, así como los demás procesados, GABRIEL MUÑOZ, JORGE ANDRES MOSQUERA GONZALEZ y ALEXANDER VELEZ GALEANO. En todo lo demás rige el auto de primer grado.

OTRAS DETERMINACIONES

Mientras que se daba trámite al recurso de apelación de la referencia, fue comunicado por parte del Juzgado de instancia que el apoderado del señor OCTAVIO MUÑOZ RAMIREZ, renunció al poder a él otorgado y dicha renuncia fue aceptada, por lo que se procedió a solicitar defensor público para el antes mencionado habiéndose designado al Doctor JUAN CAMILO GIL ZULUAGA, para que continúe con la representación de los intereses del antes mencionado. En consecuencia, se procede a reconocer personería jurídica para actuar dentro del presente proceso al Doctor GIL ZULUAGA.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el auto proferido el pasado 24 de abril del año en curso objeto de impugnación proferido por el que el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en el sentido de decretar como pruebas testimoniales las siguientes: JUAN ALBERTO LÓPEZ GIRALDO, ANDRES FELIPE HOYOS CASTRO, RAUL EDUARDO SUAREZ, ALDEMAR PAMPLONA GIL, OCTAVIO MUÑOZ RAMIREZ, ALVARO MUÑOZ RAMIREZ, GABRIEL MUÑOZ, JORGE ANDRES MOSQUERA GONZALEZ y ALEXANDER VELEZ GALEANO, quienes podrán hacer uso de su derecho a guardar silencio y no autoincriminación si a bien lo quieren. En todo lo demás rige el auto de primer grado.

SEGUNDO: Reconocer personería jurídica para actuar al Doctor JUAN CAMILO GIL ZULUAGA, como apoderado judicial del señor OCTAVIO MUÑOZ RAMIREZ.

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **0c8c2b56c73710580af3e1cfa6b5fad3bf0e145a75f1354647fe5508e8aa45fc**

Documento generado en 23/05/2023 03:20:05 PM

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

Proceso NI: 058376000000202000014 NI: 2023-0110-6

Acusado: FRANCISCO MANUEL PITALUA CONTRERAS

Delito: Homicidio agravado y porte ilegal de armas

Decisión: Revoca

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso NI: 05 837 60 00 000 2020 00014

NI: 2023-0110-6

Acusado: FRANCISCO MANUEL PITALUA CONTRERAS

Delito: Homicidio agravado porte ilegal de armas

Decisión: Revoca

Aprobado Acta No: 32 de mayo 23 del 2023

Sala: 6

Magistrado Ponente: Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -

Medellín, mayo veintitrés de dos mil veintitrés.

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO.

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el pasado 31 de octubre del 2022.

II. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

En lo que respecta a los delitos que no fueron objeto de aceptación de cargos y se siguieron por el trámite ordinario tenemos los siguientes hechos que se extractan de la redacción de la sentencia conforme los cargos incluidos en la acusación:

“El día 21/05/2019, siendo las 12:20 horas aproximadamente, fueron asesinados dos funcionarios de la policía Nacional, adscritos a la SIPOL Urabá y Gaula Urabá, mientras realizaban actividades propias de su cargo, en el casco urbano del Corregimiento El Tres

del Municipio de Turbo Antioquia, PT. WALTER OSORIO DORIA, identificado con cedula número 8.029.144 edad 34 años, PT. CRISTOBAL BEDOYA HERNANDEZ, identificado con cedula número 11.004.470 edad 40 años, los cuales fueron impactados con proyectil de arma de fuego, cuando se encontraban desprevenidos, por varios sujetos, entre ellos, el señor FRANCISCO MANUEL PITALUA CONTRERAS. Conforme a las investigaciones realizadas, se estableció que la coordinación de estos hechos fue realizada por FRANCISCO MANUEL PITALUA CONTRERAS alias "Barranquilla" quien cumplía el rol de jefe de sicarios dentro de la mencionada facción, desde el año 2019 hasta el momento de su captura".

III. SENTENCIA OBJETO DE APELACIÓN. -

Contiene un recuento de los hechos, la actuación procesal relevante, la filiación del acusado, las estipulaciones probatorias a las que llegaron las partes, las consideraciones del despacho, la ubicación jurídica de las conductas punibles y la valoración de la prueba aportada en el juicio.

Indicó entonces la falladora de primera instancia que por vía de las estipulaciones se encuentra debidamente acreditada la identidad del procesado, así como el fallecimiento de los señores WALTER OSORIO DORIA, CRISTOBAL BEDOYA HERNANDEZ, la condición de integrantes de la Policía Nacional de estos al momento de su muerte, la que se produce como consecuencia de disparos con arma de fuego, la pertenencia del procesado FRANCISCO MANUEL PITALUA desde el año 2019 al denominado Clan del Golfo y que el referido no tiene permiso para el porte o tenencia de armas.

En cuanto a la participación del acusado en los dos homicidios, se consignó que el funcionario de policía judicial NESTOR FABIAN LEIVA dentro de las labores de investigación que realizaron por estos hechos lograron ubicar el teléfono celular de alias BARRANQUILLA,

y se estableció que este sostuvo varias conversaciones cifradas que daban cuenta de su participación en los homicidios, así como su militancia en el grupo del clan del golfo en la región de Urabá, precisaron que esta persona también era conocido como el "NUEVO", porque había llegado recientemente a trabajar con el frente ilegal en esta región pero militaba de tiempo atrás en el grupo y que esta información partido de una fuente humana y con los datos obtenidos del teléfono encontrado en una diligencia de allanamiento en la que se pudo establecer la participación en el homicidio, que fue perpetrado materialmente por cuatro personas.

Resaltó igualmente que el testimonio rendido por el perito OSCAR GALLAN, se estableció que el homicidio fue con arma de fuego.

A su vez referenció como una de las pruebas de cargo la entrevista rendida por UBER RAMOS SOLANO, que ingresó con el investigador los investigadores WILBER BONILLA MORENO, en la que se indica que alias BARRANQUILLA, fue una de las personas que participó en el homicidio de los dos policiales.

Encontró entonces la juzgadora de primera instancia, que la prueba aportada permite establecer sin dubitación alguna que el acusado es responsable de los dos homicidios, indicando que lo alegado por la defensa partiendo de la misma versión del acusado, que no se sabe quién es alias Barranquilla y alas el nuevo, no resulta de recibo pues los investigadores aclararon tal aspecto en desarrollo de sus declaraciones.

Impuso en consecuencia una pena de cuatrocientos (400) meses de prisión, la cual se aumentará por el otro Homicidio Agravado en veinticuatro (24) meses de prisión, y otros

doce (12) meses por el delito de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, para una pena total de cuatrocientos treinta y seis (436) meses de prisión

IV. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO Y SUSTENTADO. –

Inconforme con la decisión de primera instancia la defensa interpone el recurso de apelación que sustenta en las siguientes premisas.

No es digna de crédito la versión traída como prueba de referencia rendida por UBER RAMOS SOLANO, una persona de solo 19 años que según declara el policial que le recibió la entrevista no hace parte del CLAN DEL GOLFO pueda detener información tan detallada de la actividad que realiza dicho grupo, y en especial de quienes son los autores del homicidio investigado.

Dicha versión no aparece corroborada por prueba alguna, pues los investigadores simplemente realizaron algunos actos con la información que este les apporto y otra fuente humana que no fue llevada a juicio, y no queda claro si alias BARRANQUILLA es el mismo ALIAS EL NUEVO, del que se hablan en las interceptaciones y mucho menos que en efecto ALIAS BARRRRANQUILLA sea el aquí procesado.

De otra parte, deducir responsabilidad porque su cliente aceptó otros homicidios que se estaban juzgado no tiene fundamento para condenarlo por otros diversos así estos los hubieren ejecutados presuntos integrantes del clan del Golfo.

Al juicio solo se trajo prueba de referencia, se menciona al aquí acusado como Jefe de sicarios, luego como punto, no se sabe cuál fue a ciencia cierta su rol en la ejecución de los homicidios que aquí se investiga por lo tanto no hay prueba que en efecto permita corroborar los hechos de la acusación.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA. –

Visto los planteamientos del recurrente la Sala deberá verificar si la valoración de la prueba hecha por la Juez de primera instancia resultó acertada y en especial si en efecto resulta posible arribar a las conclusiones esbozadas en el fallo de primera instancia.

Lo primero que debe advertirse es que la sentencia se apuntala en una prueba de referencia como lo es la entrevista rendida por UBER RAMOS SOLANO y las investigaciones que efectuar la Policía Nacional sobre datos suministrado por una fuente humana no traída al juicio y los hallazgos de unas interceptaciones telefónicas, además de lo que fue objeto de estipulación.

Por vía de la estipulación surge claro que el procesado no tiene permiso para porte de armas de fuego que militó en el denominado CLAN DEL GOLFO desde el año 2019 y que La muerte violenta de los patrulleros de la Policía Nacional; Cristóbal Bedoya Hernández y Walter Polo Doria, el día 21 de mayo de 2019 siendo aproximadamente las 12:20 horas, en el corregimiento El Tres del Municipio de Turbo, como consecuencia directa de las heridas causadas por proyectil de arma de fuego y que en efecto al momento del fallecimiento los policiales se encontraban cumpliendo funciones propias de su cargo.

Ahora bien, retomando los hechos de la acusación donde se relacionan varios homicidios, pero para efectos de lo que aquí se está jugando solo hemos de ocuparnos de los de los patrulleros BEDOYA HERNANDEZ Y POLO DORIA, sobre la participación del aquí acusado expresamente se consignó que *“la coordinación de estos hechos fue realizada por FRANCISCO MANUEL PITALUA CONTRERAS alias “Barranquilla” quien cumplía el rol de jefe de sicarios dentro de la mencionada facción, desde el año 2019 hasta el momento de su captura”*.

En ese orden de ideas lo que le correspondía probar a la fiscalía general de la Nación es que PITALUA CONTRERAS conocido como alias BARRANQUILLA, cumplía el rol de jefe de sicarios dentro del Can del Golfo para el año 2019 y que fue el encargado de coordinar tales homicidios”, pues en parte alguna de la acusación se consigna que la propia mano hubiere ejecutado dichos homicidios.

Sobre tal cargo la Fiscalía presento, a través del funcionario de policía judicial WILBER BONILLA, quien declaró el pasado 9 de junio del 2022 una declaración anterior al juicio rendida por UBER RAMOS SOLANO¹, el día 1 de julio del 2020, quien frente a alias BARRANQUILLA, señaló lo siguiente: *“Alias BARRANQUILLA: es urbano de Turbo, participó en la muerte de los policías en la panadería El tres, el año pasado, actualmente está de sicario en Turbo, es un señor como de 38 años, es alto, de piel trigueña y se llama FRANCISCO, lleva más de 4 años en la organización. Cometió el homicidio de Enrique alias Kike un “man” de la pandilla los pamperos de Turbo, eso fue en el barrio El bosque en el mes de febrero de este año, según lo que él mismo manifestó era que eso lo había hecho con*

¹ La Fiscalía informo en su momento la imposibilidad de ubicar a este testigo para que compareciera al juicio por lo que solicito como prueba de referencia el ingreso de su entrevista lo que fue aceptado por el Juez de conocimiento en auto del pasado 19 de abril del 2022, la cual fue confirmada por esta Corporación el pasado 27 de abril del mismo año.

alias Brayán, otro paraco de Turbo. También tengo conocimiento por parte de amigos de Turbo que también lo vieron cuando mató a un man del Gaitán que le decían Alexander, eso fue a principio de este año, más o menos como en febrero, pero no tengo más datos.”

Al repasar la mención que hace el precitado testigo encuentra la Sala que solo hace una referencia tangencial a la participación de Alias Barranquilla en la ejecución del homicidio, sin precisar que rol tuvo en el mismo, tampoco es claro en precisar como obtuvo tal conocimiento pues no precisa como se enteró del mismo, y solo hace mención al hablar de otro homicidio por boca de terceras personas. De otra parte como lo resalta el señor defensor en su apelación esta persona no hacia parte del Clan del Golfo pues él según declaración del mismo policial que recibió la entrevista WILBER BONILLA MORENO, el referido UBER no hacia parte del Clan del Golfo, y aunque este investigador indicó que el antes mencionado era conocido de los integrantes de dicho grupo porque les colaboraba, y le tenía confianza no queda claro cómo pudo él sin haber parte de dicho grupo podía conocer en concreto como fue que se ejecutó el homicidio, si es que en verdad el presencié o le consta directamente como se planeó o se ejecutó, o por el contrario si el simplemente oyó comentarios sobre la participación de alias Barranquilla en dicho acto, como coordinador, que se insiste es el cargo que en su contra pesa.

Como este testigo no llegó al juicio, solo lo hizo su entrevista previa, imposible resultó por medio del interrogatorio cruzado dilucidar estos aspectos que causan zozobra sobre cuál es la forma como esta persona conoce del operar del grupo sin ser parte de él, contar apenas con 19 años para el momento de la declaración como lo resalta el defensor al referir los datos de identificación de quien rindió la entrevista que ingresó como ya se anotó como prueba de referencia ante la indisposición del testigo al momento del juicio, por lo tanto lo que trae la entrevista es solo un señalamiento sin precisar cómo fue la participación de alias BARRANQUILLA en los homicidio materia de juzgamiento y una vaga referencia sobre los

datos de individualización de alias Barranquilla en concreto *“señor como de 38 años, es alto, de piel trigueña y se llama FRANCISCO, lleva más de 4 años en la organización”*

Ahora bien, FRANCISCO MANUEL PITALUA CONTRERAS conforme a las estipulaciones probatorias nació el 28 de abril de 1982, es decir contaba con 37 años para el momento de los hechos investigados, rango etario próximo al señalado por el testigo en la entrevista y responde al nombre de MANUEL, sin embargo este testigo que rindió la entrevista el 1 de Julio del 2020 señala que alias BARRANQUILLA militaba desde hacía cuatro años en el Clan del Golfo, sin embargo por vía de estipulación solo tuvo por probado que el hizo parte de dicho grupo desde el año 2019, dato que no concuerda con lo que se da por probado en el proceso, y aunque en efecto el procesado reconoce al rendir declaración en el juicio que él era conocido por el alias de Barranquilla en el Clan del Golfo y que militó en Turbo por dos años, aunque pueda resultar concordantes varios datos de su filiación con los aportados por el testigo, dicha entrevista por sí sola no permite corroborar que más allá de toda dudas el alias Barranquilla que allí se mencione es el mismo FRANCISCO MANUEL PITULA CONTRERAS.

Dicha entrevista ingresó como prueba de referencia, por lo que por sí sola no tiene el suficiente valor suasorio para fundamentar una sentencia condenatoria, pues la Ley procesal vigente² establece una tarifa legal negativa que impide condenar con fundamento exclusivo en una prueba de gerencia

Ahora bien, la Fiscalía presentó al investigador criminal NESTOR FABIAN LEIVA, quien declaró en la sesión del juicio del día 17 de octubre del 2021, que realizó actividades investigativas en contra del Bloque Central Urabá, Clan del Golfo, esta persona declaró de manera virtual, como lo hicieron todos los testigos en el juicio que se adelantó por medios

² Artículo 381.

ofimáticos, sin embargo a la Sala le llama poderosamente la atención que este testigo declara con la cámara encendida pero sin que se enfoque su rostro en momento alguno, contrario a lo que ocurrió con todos los otros testigos que si dejaron ver su rostro. El referido indicó que el día 21 de mayo de 2019 sucedió un caso de especial relevancia, toda vez que dos integrantes de la policía, uno del Gaula y otro de la SIPOL, perdieron la vida como consecuencia de un atentado. Esta información les llegó por una fuente humana, la cual les envió fotografías, por lo que se informó sobre esta situación, desplazándose hasta el corregimiento El Tres, gracias a la fuente, se les indicó que los policiales estaban en una panadería e ingresaron unos sujetos, aproximadamente entre 4 personas cumpliendo funciones de campaneros y sicarios. Uno de los compañeros cayó en el lugar y otro logró huir, pero fue alcanzado y rematado, esta información fue entregada por la fuente humana, quien señaló a alias Pantera, Chucho, El Indio, Pedrito, Alex y Cachaco loco y les indicó donde estaba alias Alex; ellos se desplazaron hasta ese lugar y encontraron el teléfono de alias Barranquilla y Ñeque, esta fuente humana no refirió a alias Barranquilla dentro de la participación en este hecho.

Indicó que alias Barranquilla apareció relacionado con los hechos gracias a un allanamiento, en donde se encontró su número celular. Explicó que un día después de los hechos, debido a que se tenía interceptado a Cachaco Loco, Pedrito y otros, se evidenció en una interceptación entre Alirio y Cachaco loco, el testigo dijo que no recordaba la conversación, y pidió consultar un informe que había sobre las interceptaciones para refrescar memorial, el juez lo autorizo, después de una pausa y de poner en conocimiento de las partes el texto de dicho informe el testigo procedo a leer apartes del informe resaltando lo siguiente: *Alirio preguntó: "Quien hizo eso... ¿Fue el nuevo cierto?", Cachaco Loco le dice: "No puedo hablar"*. Esta interceptación fue del 22 de mayo. En una llamada del 26 de mayo, el referenciado como Andrea citó a reunión a todos los integrantes, Alirio y Pedrito se llaman para informarse de esa reunión y dicen: *"llamen al nuevo"*, por lo que Pedrito llama a

Barranquilla y de ahí se obtiene que Barranquilla era conocido también como El Nuevo. Barranquilla fue identificado gracias a las interceptaciones a las comunicaciones, lo que arrojó pistas sobre donde estuvo recluido, entre otros datos.

Menciona que a UBER RAMOS SOLANO se le mostró una fotografía que se obtuvo de la filiación del aquí procesado y lo identificó como alias Barranquilla. Con el indicio arrojado por la conversación entre Alirio y Cachaco Loco, se continuó con el monitoreo de líneas, en donde se escuchó a Barranquilla, de quien dice cumplía el rol de “punto”, que estaba celebrando la muerte de las personas que habían asesinado y se auto incriminaba. Además, en otras conversaciones se escuchó que decían, en lenguaje cifrado: *“se mandó para San Pedro”*, y en otras que decían que *“iban todos como si fuera un balón”*, lo que dio a entender que eran varios. Relató que el número encontrado en la casa de Alex era el 3136565020 y que fue interceptado mediante orden emitida el 22 de mayo de 2019, es decir, un día después del homicidio de los policías. El día 5 de junio se dieron cuenta que se autodenominaba como MANUEL o El Nuevo, y le asignaron un código que era 8951 para que le pagaran. La línea 3135021272 también fue interceptada como de alias Barranquilla, en ella se identificó una conversación con Alias Sombra quien le dijo que iban a hacer una fiestita en el barrio Obrero de Turbo. Esta terminología se refería a una acción criminal. Los miembros de la policía asesinados estaban adelantando actividades en contra del GAO, ya se había capturado a una persona y fueron a capturar a alias “Mi Niño” en El Tres, ellos entraron a verificar y no lo vieron, por lo que decidieron quedarse en la panadería hasta observar a este ciudadano. Señaló que alias Chucho fue quien dio la orden, pero a los 5 o 7 días falleció. Dijo que a Barranquilla le decían El Nuevo, debido a que era muy reciente su llegada al sector, y que la información respecto de la actividad de los policiales se hizo pública, es decir, todos sabían que iban por alias Niño. Ante las preguntas en contrainterrogatorio y redirector indicó que la información inicial fue entregada por fuente humana, que en principio no sabía quién era Barranquilla, debido a que estaba recién

llegado a la zona, que estableció que la vivienda de Barranquilla era en el corregimiento de Palmitas, cerca al corregimiento El Tres de Turbo, y que tenían interceptados a casi la totalidad de sicarios de Turbo: Andrea, Alirio, Pedrito.

Este policial sumista diversa clase de información, una que oyó decir a otros que inicialmente identifico como la fuente humana reserva y que dio las primeras informaciones de los hechos en las que inicialmente menciona que se indicó que uno de ellos era alias Barranquilla, la cual al parecer visto lo que ocurrió en el interrogatorio cruzado resulta ser el mismo UBER RAMOS SOLANO posteriormente se refiere a los partícipes directos como otros con sus alias; y luego procede ya a referirse propiamente de lo que oyó decir a UBER RAMOS SOLANO, con quien según su dicho entrevistó e hizo un reconocimiento fotográfico , que no se trajo al juicio de alias BARRANQUILLA, pues solo se ingresó posteriormente esta entrevista con el policía judicial WILDER BONILLA ante la imposibilidad de ubicar al prenombrado UBER pero en lo traído en ese momento que ingresó la prueba de referencia no se exhibió dicho reconocimiento.

Igualmente este investigador aporta otra información la que percibió de una interceptaciones telefónicas que se hicieron a varios números telefónicos, las cuales el mismo reconoce al declarar no hizo, sino que estuvieron a cargo de otro funcionario de la Sala Técnica que identifica como SAJON 6 y aunque leyó de viva voz varios apartes de dichas de interceptaciones, él no participó de tales interceptaciones, sino que llegaron al juicio con total falta de técnica, pues el testigo pidió el informe para refrescar memoria y se terminó fue leyendo a la audiencia apartes de tal informe sin que, el funcionario de policía judicial que las realizó del que solo sabemos se identidad con el nombre clave SAJON 6, declarara, y se conociera entonces como se realizaron, que números fueron los interceptados, y cuál es el contexto de las mismas por lo tanto lo que se introdujeron al juicio fue una referencia al dar lectura algunos apartes de tales interceptaciones que constaban en un informe de policía judicial, que no elaboró el servidor de policía judicial que estaba declarando, por lo

tanto se insiste él solo referencia lo que oyó en las mismas, sin que tales interceptaciones en efecto hubieren ingresado con la debida autenticación como prueba al juicio, pues no las trajo quien las realizó y solo se leyó apartes de lo que de ellas constaba en un informe suscrito por funcionario diverso al que las estaba leyendo en el juicio, y del que ni siquiera se supo su nombre. Este termina siendo un particular juicio en el que todo es secreto, el rostro del declarante, el nombre de las fuentes, el funcionario que realiza las interceptaciones, el informe de las interceptaciones, las mismas interpretaciones, un proceso a espaldas de cómo debe tramitarse en la Ley 906 del 2004.

De los apartes leídos de las interceptaciones, el policial señala que por labores de investigación, que nunca explicó en que consistieron, logró establecer que alias Barranquilla que según él, es el acusado, habla con otros presuntos partícipes del homicidio de tal acto, pero en parte alguno de lo mencionado por este policial se menciona que en efecto ALIAS BARRANQUILLA, fuera el coordinador de SICARIOS que organizó el homicidio, que es el cargo de la acusación, las referencias que él trae se refieren a que dicha persona comenta sobre el homicidio y hasta celebra porque este se efectuó, y él hace algunas interceptaciones del lenguaje cifrado en el que se da dicha conversación, que bien pueden resultar plausibles en determinar que se está hablando de un homicidio, pero no que en efecto los interlocutores hubiere participado del mismo, el aquí procesado reconoce que como integrante del grupo ilegal supo del homicidio, por lo que bien pudo en efecto ser uno de los partícipes de tales conversaciones, pero las mismas no permite concluir que en efecto el participare directamente del homicidio, o mucho menos que fuere el coordinador de sicarios que se encargó de dichos homicidios, que se insiste es el cargo que formula la Fiscalía en contra del aquí procesado. Se reitera el refiere conversaciones que oyó de las interceptaciones que hablan del evento, de un teléfono que él dice es de Barranquilla, pero tales interceptaciones no llegaron al juicio, solo la referencia que él hace de las mismas.

El investigador menciona que alias BARRANQUILLA, era también conocido como alias EL NUEVO, y precisa que esto se debe a que era nuevo en el sector, pero no en el grupo que hizo labores para lograr su plena identificación, y que esta persona era sicario al servicio del Clan del Golfo, refiere que esto lo logró en sus labores de investigación, pero no precisa cuales fueron esas labores que le permitieron lograr tal plena identificación, aparte de que lo conociera por fuente del precitado UBER, que como se sabe solo se conoció su versión de referencia pues no llegó a declarar al juicio.

Tenemos entonces prueba de referencia que se corrobora con la versión un investigador de la Policía que menciona hizo labores propias de su cargo para lograr la identificación del ALIAS BARRANQUILLA, y que referencia lo que oye en unas interceptaciones que no llegaron a juicio como es debido y la información que le dio el precitado testigo de referencia, lo que impide entonces considerar que en efecto exista prueba que supere el estándar legalmente admitido para sustentar una sentencia condenatoria.

Si la prueba aportada en esencia de referencia, si al juicio no se traen las interceptaciones telefónicas y reconocimientos fotográficos que el investigador señala conoció, imposible resulta considerar que se ha desvirtuado la presunción de inocencia que rodea al procesado, independientemente de que en efecto el hubiere hecho parte del grupo denominado CLAN DEL GOLFO, de otra parte esta solo hecho que el aquí procesado hiciera parte del grupo armado no permite considerar que él deba responder los homicidios aquí juzgados pues no se probó de manera alguna que el fuere un dirigente de dicho grupo, así en la acusación se diga que era el coordinador de sicarios del grupo ilegal en Turbo, y entonces considera que como dirigente de una organización de poder deba responder por todos los actos que dicho grupo ejecute, la prueba aportada se insiste es solo de referencia, se mencionan interceptaciones que no llegaron al juicio, y en ese orden de ideas no se derruye la presunción de inocencia y en un sistema democrático se exige que la misma sea

efectivamente desvirtuada Al respecto la Sala de Casación Penal³ de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

.....

“La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de toda duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio de la in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.”

Así las cosas, como la presunción de inocencia que rodea al procesado no aparece desvirtuada con los elementos probatorios aportados por la fiscalía general de la Nación, la providencia materia de impugnación debe ser revocada al no llegarse al grado de convencimiento necesario para emitir una sentencia de condena.

En consecuencia, quedarán sin efectos los requerimientos que por este proceso pesen en contra del acusado que esta privado de la libertad por otro proceso, y deberán cancelarse las anotaciones que se hubieren efectuado en razón de la sentencia condenatoria que ahora se revoca.

Providencia discutida y aprobado por medios virtuales.

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

³ Sentencia Sp1234

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la sentencia condenatoria emitida el pasado 31 de octubre del 2022 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia en contra de FRANCISCO MANUEL PITALUA CONTRERAS. Y en su lugar absolver al referido de los cargos que pesaban en su contra por el concurso de conductas punibles de homicidio y porte ilegal de armas que fueron materia de acusación en la presente actuación.

SEGUNDO: Librar las comunicaciones reseñadas en la parte motiva de esta sentencia sobre el requerimiento que pesaba sobre PITALUA CONTRERAS , vista la absolución que ahora se decreta.

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

CÓPIESE y a su ejecutoria DEVUÉLVASE al Juzgado de origen.

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO AREANAS CORREA

Magistrado

NANCY AVILA DE MIRANDA

Magistrada (en permiso)

ALEXIS TOBÓN NARANJO

Proceso NI: 058376000000202000014 NI: 2023-0110-6

Acusado: FRANCISCO MANUEL PITALUA CONTRERAS

Delito: Homicidio agravado y porte ilegal de armas

Decisión: Revoca

Secretario

Firmado Por:

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

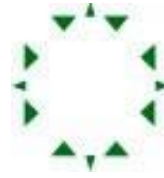
Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **7c680968f72a49e8a2bd11633b647e330859b126c0f24bc54335e71d9057d2f8**

Documento generado en 23/05/2023 03:20:13 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 44 del 9 de mayo de 2023

| | |
|------------------|--|
| Proceso | Penal |
| Instancia | Segunda |
| Apelante | Defensa |
| Tema | Valoración probatoria – hechos jurídicamente relevantes |
| Radicado | 05-031-61-09036-2020-00018 (N.I. TSA 2022-0884-4) ¹ |
| Decisión | Confirma parcialmente y modifica |

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi - Antioquia.

¹ Proceso proveniente de descongestión.

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

HECHOS²

El 2 de mayo del año 2020, JOHN ORLANDO FERNÁNDEZ, penetró analmente con el pene al menor J.F.M.F., de 13 años de edad. El hecho ocurrió en la casa de ubicada en el sector del matadero de Amalfi – Antioquia.

Antes de tal fecha, pero ese mismo año, con la excusa de realizar un ritual consistente en *un baño para la buena suerte*, JOHN ORLANDO le tocó libidinosamente el pene a J.F., conducta ejecutada en una residencia ubicada en el sector de el camellón en la misma municipalidad, y donde el procesado vivió previo a mudarse al inmueble antes citado.

LA SENTENCIA

El 13 de junio del año 2022, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de JOHN ORLANDO FERNÁNDEZ al declararlo penalmente responsable, como autor, de un concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, artículos 208 y 211-2 del C.P.,³ en concurso heterogéneo con un delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 *ibídem*. En consecuencia, le impuso la pena de trescientos sesenta y seis (366) meses de prisión, negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

² Estos son los hechos que el Tribunal encontró finalmente probados.

³ La Juez no definió de manera clara el número de conductas exactas que integraban el concurso homogéneo que dio por probadas.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa presentó y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la condena y la consecuente absolución de su representado. Soportó su pretensión de la siguiente manera:

En la acusación no se establecieron en debida forma las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las conductas. La fiscalía confundió hechos indicadores con hechos jurídicamente relevantes y medios de prueba, omitiendo entregar una premisa fáctica suficiente para condenar.

En juicio, el menor, quien estaba en condiciones de entregar un testimonio sin limitaciones, fue contradictorio con sus versiones anteriores sobre cómo conoció al procesado, cuándo y dónde fue abusado, y lo que el sujeto le dio a cambio de permitir las conductas abusivas. JOHN ORLANDO dio unos regalos a J.F.M.F, pero con consentimiento de la madre.

Las declaraciones previas de la víctima son pruebas de referencia. Además, es el Juez quien debe establecer la credibilidad del menor.

Natalia Andrea Estrada Sánchez, psicóloga de la comisaría de familia de Amalfi, leyó una entrevista que J.F. le otorgó al comisario y no a ella, por lo que no fue acertado incorporar tal versión previa con esta testigo. La entrevista no atendió los requerimientos de la Ley 1098 de 2006 pues el comisario no estaba facultado para recibirla. La psicóloga solo realizó el informe, así que testificó sobre un trámite que no dirigió. Sin embargo, el apelante señala que dicha declaración anterior, en contraste con el testimonio del menor en el estrado judicial, genera dudas e inconsistencias sobre el aspecto temporal de la hipótesis acusatoria.

La medica Johana Paredes Jiménez auscultó a la víctima sin hallar huellas concluyentes que corroboraran los accesos carnales por los que se acusó.

El impugnante transcribió apartes de sus alegatos de conclusión, pidió de manera genérica que se valore cada testimonio, y señaló que las dudas deben resolverse en favor del procesado.

Subsidiariamente, solicita eliminar la agravante por la que se condenó ya que no es clara la posición o cargo que el acusado tenía respecto del menor y que impulsó a este último a depositar en aquel su confianza.

INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES NO RECURRENTES

Como no recurrente, la representante de víctimas pidió confirmar el fallo de primera instancia pues la defensa no planteó una verdadera objeción a este, el que fue debidamente sustentado. Además, el apelante reiteró sus alegatos finales, obviando que la Juez los resolvió de forma suficiente.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada pero solo parcialmente y con modificaciones.

A fin de sustentar debidamente tal anuncio y dar el trámite adecuado a los planteamientos del recurrente, es necesaria una precisión inicial: en desarrollo del principio de limitación de la segunda instancia, no es posible que la Sala aborde un análisis general de las pruebas practicadas o de los alegatos conclusivos de la defensa para revisar la decisión de la Juez. A propósito, es deber del impugnante establecer con claridad los puntos de controversia que considera fueron indebidamente desarrollados por la

primera instancia. En ese orden, a dichos objetos problemáticos y a los temas que le son inescindibles se debe limitar el pronunciamiento de esta Corporación.

Así las cosas, en la presente providencia se analizará: (I) los hechos jurídicamente relevantes y la congruencia, (II) la valoración probatoria criticada, es decir, la trascendencia del testimonio de la víctima, el uso de prueba de referencia, y la relevancia de los testimonios de la psicología y la medica que acudieron al juicio oral.

1. De los hechos jurídicamente relevantes y la congruencia

La hipótesis acusatoria viene determinada por la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, y estos constituyen el punto de referencia para establecer el grado de suficiencia de las pruebas que definen el conocimiento necesario para condenar, de modo que el resultado final de ese proceso racional depende de una adecuada fijación de la premisa fáctica del caso.⁴

La poca atención que se brinda a la determinación de la premisa fáctica se traduce en serios inconvenientes para el adecuado trámite de los procesos y desde luego, para la controversia probatoria que define la responsabilidad penal.

En ese orden, una adecuada tipificación de la conducta requiere la mayor precisión posible en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Más explícitamente, la relevancia jurídica del hecho tiene como presupuesto una mínima fijación de cuándo ocurrió, cómo ocurrió y dónde ocurrió. Obviamente, quién lo cometió y quién fue víctima.

⁴ Sobre el tema de los hechos jurídicamente relevantes, véase entre otras, CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, y radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, ambas M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Consistente con lo que se viene advirtiendo, se ha reiterado por vía jurisprudencial⁵ que la sentencia condenatoria no puede sostenerse en hechos que no consten en la acusación, dada que ello implicaría una afectación sustancial del debido proceso, el principio de congruencia, y el derecho de defensa.

La necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes cumplan con los requisitos de claridad y precisión resulta esencial para aplicación final del artículo 448 que contiene el principio de congruencia, según el cual, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Adicionalmente, sirven para asegurar las garantías mínimas del procesado y la correcta delimitación del tema de prueba.

Sobre este punto, no puede olvidarse que más allá de la naturaleza progresiva y dinámica del proceso penal, el marco fáctico propuesto en la imputación debe ser respetado en la acusación, y este a la vez no se puede desbordar al definir la premisa fáctica del fallo, además, no es posible subsanar los errores de la acusación porque la información omitida pueda inferirse de la imputación o porque la defensa acierte al efectuar su labor de manera activa dentro del proceso.⁶

A propósito, aunque es posible que en la acusación se realicen algunas aclaraciones a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que no incidan en el cambio de la calificación jurídica,⁷ lo cierto es que el núcleo básico de la hipótesis fáctica precisada desde la imputación debe mantenerse hasta la sentencia pues *“cualquier desarmonía sustancial en el ámbito fáctico entre estos estadios -imputación, acusación y sentencia- resulta*

⁵ Véase SP2042-2019, radicado 51007 del 5 de junio de 2019; SP3831-2019, radicado 47671 del 17 de septiembre de 2019; AP3401-2019 radicado 51693 del 6 de agosto de 2019; SP5560-2018 radicado 52311 del 11 de diciembre de 2018, entre otras.

⁶ Sobre este punto, véase SP CSJ radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, SP4792-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Decisión reiterada en radicado 51007 del 5 de junio de 2019, de la misma ponente, y que tiene plena coherencia con decisiones como las de los radicados 47671 del 17 de septiembre de 2019 M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 53440 del 2 de octubre de 2019 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁷ Sobre este punto, véase SP CSJ radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

violatoria del debido proceso”.⁸ En esa misma línea, existe una relación sustancial entre el principio de congruencia y el derecho de defensa.⁹

En el precedente acabado de citar, la Sala de Casación Penal resaltó en el caso en particular y en aplicación del principio de congruencia, dos aspectos:

- (I) Aun cuando en la imputación se definió un marco temporal preciso - entre octubre del año 2013 y abril del año 2014-, en la acusación se incrementó tal aspecto, en el límite inferior, pues se sostuvo que los hechos iniciaron desde enero del año 2013. En consecuencia, la Corte estableció que sólo podían ser objeto de condena los hechos ocurridos entre octubre del año 2013 y abril del año 2014.
- (II) El Tribunal, en segunda instancia, condenó por cinco delitos que fueron ejecutados en tres lugares diferentes entre los años 2013 y 2014, sin especificar meses. Al respecto, la Corte precisó que conforme al marco fáctico definido en la hipótesis acusatoria, el acusado solo podía ser eventualmente condenado por tres hechos sucedidos entre octubre del año 2013 y abril del año 2014, y en dos lugares concretos, aspectos definidos en la imputación. En ese orden, la alta Corporación excluyó de la condena dos de los cinco delitos tenidos en cuenta por el Tribunal.

⁸ SP CSJ radicado 59100 del 2 de marzo de 2022, SP566-2022, M.P. Myryam Ávila Roldán.

⁹ SP CSJ radicado 56209 del 28 de octubre de 2020, SP4191-2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. *“Se contempla así el principio de congruencia como una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación, asegura que una misma persona sólo pueda ser condenada por hechos y delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción. Tal garantía se manifiesta, entonces, como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia; de manera que, implica una definición del objeto inmutable del proceso penal que tiene, en lo fundamental, una connotación fáctica: los hechos que habilitan la consecuencia jurídico-penal.*

(...)

De ahí que, se entienda que constituye una hipótesis de violación al principio de congruencia «Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.»⁹(8. SP606-2018, abr. 11, Rad. 47680, que citó, en lo pertinente, la SP, feb. 28/2007, rad. 26087 y la SP, abr. 6/2006, rad. 24668.).”

La anterior referencia es necesaria para evidenciar la importancia que tienen las circunstancias de tiempo, modo y lugar fijadas en la hipótesis fáctica de la acusación, la que debe respetar la congruencia fáctica con la imputación. Véase que desconocerlas implica la afectación del principio de congruencia, del debido proceso y del derecho de defensa.

Adicionalmente, **es necesario destacar que las circunstancias de agravación propuestas también deben corresponder con un componente fáctico preciso, así que no basta con la simple enunciación de la causal de agravación al momento de definir la acusación jurídica.**¹⁰

De modo que la decisión acerca del cumplimiento del estándar de prueba para condenar, depende de la claridad de la propuesta acusatoria. Ya en este nivel, al Juez le corresponde determinar si las pruebas practicadas le permiten concluir la responsabilidad del acusado a través de un juicio comparativo de suficiencia. Así que el estándar de prueba es el umbral que debe alcanzar la fiscalía, por medio de las pruebas debatidas, para lograr una sentencia condenatoria. En ese orden, la premisa fáctica de la sentencia no es otra cosa que los hechos que el Juez acepta como probados luego de finalizado el debate oral.¹¹

Descendiendo al asunto que nos concita, es necesario precisar que la fiscalía confundió el contenido de los medios de prueba, los hechos indicadores, y los hechos jurídicamente relevantes,¹² errores que, conforme a lo delimitado por la jurisprudencia,¹³ en ciertos eventos resultan trascendentes para la solución final del caso, pues la falta de claridad sobre

¹⁰ Sobre este tema en particular, véase entre otras, SP CSJ radicados 56092 del 15 de junio de 2022, SP2130-2022, M.P. Hugo Quintero Bernate; 47911 del 27 de enero de 2021, SP166-2021, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; 53596 del 12 de agosto de 2020, SP2896-2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar; y 47050 del 10 de junio de 2020, SP1271-2020, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

¹¹ Sobre el tema, véase radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

¹² Sobre la diferenciación de tales conceptos, véase CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

¹³ CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

los aspectos determinantes conllevan a una defectuosa labor probatoria y acusatoria.¹⁴ Ahora bien, en este caso se destaca lo siguiente:

- Inicialmente, la fiscalía presentó un escrito de acusación con falencias en cuanto a la delimitación circunstanciada de los delitos, lo que intentó corregir allegando un nuevo escrito precisando tales aspectos. El segundo documento no fue tenido en cuenta por la Juez, sin embargo procuró que en la correspondiente audiencia se aclararan los aspectos deficientes.
- La acusación inició con una referencia al contenido de la denuncia, luego, a lo dicho por el menor en una entrevista. No tuvo en cuenta la fiscal que de esa manera transmitió el contenido de medios de conocimiento que pretendía presentar posteriormente en juicio.

Tal práctica, totalmente antitécnica, atentó contra la claridad debida del acto procesal. Nótese que en la audiencia la defensa y la Juez pidieron a la fiscalía aclarar las circunstancias modales de los delitos y tener presente que estos hechos no podían desbordar los fijados en la imputación.

- Aunque se acusó por un concurso heterogéneo de dos delitos, que a su vez estaba integrado por dos concursos homogéneos de conductas, no se precisó cuántos punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado componían el concurso, y de igual

¹⁴ “Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia. Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera)”. CSJ SP, radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

manera, tampoco señaló el número exacto de actos sexuales con menor de 14 años agravados por los que acusaba. En su lugar, se limitó a referir que el menor fue “violado 6 veces”.

- Los errores advertidos llevaron a que la redacción y exposición oral de la acusación fuese confusa y extensa.

Estas irregularidades evidencian la falta de atención con que la fiscalía asumió el caso, pues bastaba con la simple constatación de los requisitos que impone el numeral 2 del artículo 337 del C.P.P. para darse cuenta de sus deficiencias. Aun así, un análisis sereno de la acusación,¹⁵ entendida como un acto complejo, permite concluir que la fiscalía aportó elementos fácticos suficientes para estructurar una hipótesis acusatoria que le permitía enfrentarse al juicio. A propósito, para mayor claridad de la decisión que se perfila, la tesis acusatoria puede sintetizarse así:

- Aspecto temporal: entre los años 2019 y 2020.
- Aspecto espacial: en la casas donde habitó el procesado, en los sectores de *camellón* y el *matadero viejo* del municipio de Amalfi.
- Aspecto modal: Los accesos carnales los concretó en que, en varias ocasiones, JOHN ORLANDO FERNÁNDEZ penetró vía anal con el pene al menor J.F.M.F., quien nació el 2 de octubre de 2006, y tenía 13 años de edad para el momento de la denuncia, en mayo del año 2020.

Mientras tanto, los actos sexuales los limitó a tocamientos “*continuos*” que el procesado realizó en el pene de la víctima.

Aunque no se precisó el número exacto hechos que integraban cada concurso de delitos, es claro que se trataba de una pluralidad de

¹⁵ Escrito de acusación, archivo “003 EscritoAcusacionyExpDigital”, y audiencia de acusación, archivo “033Audiencia de Formulacion de Acusacion 2020-00084 Jhon Orlando Fernandez”, récord 00:20:20 a 00:50:00.

conductas por cada injusto. En consecuencia, es posible limitar cada concurso homogéneo a mínimo dos conductas. Lo anterior evidencia porqué no se puede aceptar la hipótesis de seis “violaciones” que genéricamente propuso la fiscalía en la acusación.

- Adicionalmente, la circunstancia de agravación, numeral 2 del artículo 211 del C.P., la estructuró debido a que el acusado era amigo de la familia del menor.

Ahora, como se ha venido advirtiendo en este punto, es necesario que la sentencia sea congruente con la acusación, y a la vez, que esta última sea congruente con la imputación -en el núcleo fáctico básico-, de modo que no es posible condenar por hechos que no hayan sido imputados. Al respecto, al contrastar detenidamente las premisas fácticas de la imputación¹⁶ y la acusación, se advierte consistencia en sus elementos esenciales pero con limitación definidas desde la audiencia preliminar. En ese orden, los hechos jurídicamente relevantes que cumplen con los requisitos mínimos de congruencia, puede precisarse así:

Sobre los actos sexuales

- **Aspecto espacial:** la casa del procesado, en el sector de *el camellón* del municipio de Amalfí – Antioquia.
- **Aspecto temporal:** entre julio del año 2019 y mayo de 2020.
- **Aspecto modal:** el acusado tocó el pene del menor J.F.M.F., quien para las fechas tuvo entre 12 y 13 años de edad.

En este punto es importante destacar que, aunque en la imputación se relataron varios comportamientos que pueden encuadrar en tal tipo penal, solo en uno se aludió a la palpación del pene del menor por parte del

¹⁶ Audiencia de imputación, archivo “002AudiosPreliminares11062020”, récord 00:49:10 a 01:17:46.

procesado, en concreto, durante un baño que FERNÁNDEZ le realizó al niño con la excusa de realizar un ritual para la buena suerte.

En consecuencia, el presupuesto fáctico definido en la imputación solo permitía acusar por un delito de actos sexuales con menor de 14 años, si es que los hechos jurídicamente relevantes se circunscribían exclusivamente al tocamiento del pene. De ahí que la fiscalía se equivocara al acusar por un concurso homogéneo de tal tipo penal.

Sin embargo, tal particularidad no afecta sustantivamente el fallo de primera instancia teniendo en cuenta que la Juez condenó por un único delito del artículo 209 del C.P., para lo que tuvo como fundamento fáctico el citado tocamiento lascivo.

✓ **Sobre los accesos carnales**

- **Aspecto espacial:** en la casa de JOHN ORLANDO FERNÁNDEZ, en el sector de *el matadero viejo* de Amalfi – Antioquia.
- **Aspecto temporal:** entre el 2 y el 13 de mayo del año 2020.
- **Aspecto modal:** en por lo menos dos oportunidades FERNÁNDEZ penetró con su pene analmente a J.F.

✓ **Sobre la causal de agravación**

Aunque en la acusación se expuso que la circunstancia de agravación para ambos tipos penales era la del numeral 2 del artículo 211 del C.P., ya que el procesado era amigo de la familia del menor, en la imputación la fiscalía nada dijo al respecto, se limitó a la lectura de dicha norma, pero en ningún momento concretó tal aspecto fáctico como fundamento de esta adecuación típica.

En otras palabras, en ningún momento de la imputación se precisó que la agravante se edificara sobre la tesis de que el procesado fuese amigo de la familia de la víctima, como sí se dijo en la acusación. De modo que la delimitación fáctica de la imputación fue confusa en relación a la causal de agravación de los delitos.

En la audiencia preliminar, al hablar de la familia del niño, la fiscal solo dijo que la primera oportunidad en que FERNÁNDEZ accedió a J.F. fue después de una "integración" por el cumpleaños del padrastro de este. Además, que el agresor se valió de un supuesto ritual para efectuar los actos libidinosos contra del niño, y que en algunas de las sesiones, en las que no hubo actos sexuales explícitos, estuvo presente la madre de la víctima. Véase que tales referencias fácticas resultan insuficientes para la estructuración de la causal invocada.

En esos términos, es evidente que la circunstancia fáctica expuesta en la acusación para soportar la causal de agravación punitiva -para ambos delitos- obedece a una modificación sustancial de la imputación, pues tal cambio incide drásticamente en el monto de la pena a imponer, lo que va en claro detrimento de los intereses del acusado, por lo tanto, lo correcto debió ser la adición de la imputación y no una simple precisión en la acusación. De modo que no se contaba con el presupuesto básico para acusar por la agravante, y consecuentemente, tampoco para condenar en tal sentido.

Precisiones

Pese a la necesidad de descartar la agravante propuesta para ambos delitos y el concurso homogéneo de actos sexuales, es de resaltar que la fiscalía aportó elementos fácticos suficientes para estructurar una aceptable hipótesis acusatoria en relación con los delitos básicos y por el concurso homogéneo de accesos carnales, como se explicó líneas atrás en esta providencia. Lo anterior resulta necesario para señalar que la

acusación contaba con un fundamento fáctico mínimo y suficiente para sustentar un fallo condenatorio.

Por lo tanto, en este evento las falencias detectadas no llevan a la nulidad ni a la revocatoria total de la sentencia condenatoria. Las repercusiones de las deficiencias advertidas se precisaran más adelante en esta decisión, una vez se analice lo correspondiente a la valoración probatoria.

En esas condiciones, son claros los límites espaciales, temporales y modales de las conductas por la cuales se podía llevar a juicio al acusado, marco que define el objeto de cada prueba y su consecuente valoración. De ello nos ocuparemos a continuación, donde se advertirá, al resolver las objeciones del apelante, la suficiencia de la información incorporada en el juicio en punto de la debida demostración de parte de la tesis acusatoria.

2. La valoración probatoria

Conforme al principio de limitación de la segunda instancia, se reitera que las objeciones de la defensa se circunscriben al valor probatorio dado a los testimonios de la víctima, la médica que lo examinó y la psicóloga de la comisaría de familia. Por lo tanto, nos centraremos en tales medios de conocimiento, pero partiendo un tema transversal para la resolución del asunto.

a. De la prueba de referencia

Para lo que interesa a este caso, sobre la noción de la prueba de referencia, el artículo 437 del C.P.P. dispone que esta clase de prueba es toda aquella declaración realizada fuera del juicio oral y que es *“utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto*

sustancial objeto del debate". La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁷ se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

*"De la redacción del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 se colige que son elementos estructurales de la prueba de referencia: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada **para probar** o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue, sin duda, que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello posible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio."*

Sobre los requisitos para la debida incorporación de prueba de referencia, la misma Corporación precisó:

"Por otro lado, la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada haya solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última), y tal pretensión debe satisfacer una carga argumentativa precisa:

«En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser

¹⁷ CSJ SP radicado 44056 del 28 de octubre de 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. (...)»^{18,19}

En ese orden, es evidente que debe existir pronunciamiento expreso del Juez sobre la solicitud concreta de prueba de referencia, y su respectiva incorporación en juicio oral, sin que pueda hacerse oficiosamente.

Además, es necesario tener presente que conforme el literal e del artículo 438 de la ley 906 de 2004, y a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,²⁰ es posible la incorporación de declaraciones previas a modo de prueba de referencia en los casos adelantados por delitos sexuales contra menores de edad, aun cuando estas víctimas comparecen a juicio, pero teniendo en cuenta que:

“En ese entendido, lo esencial, a este efecto, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido»²¹ o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada.”²²

Así que la declaración de los menores de edad víctimas de un abuso sexual pueden catalogarse, según el caso, como prueba de referencia admisible, siendo necesarias la existencia de una declaración anterior al juicio oral, el medio de prueba que lo lleve a conocimiento del Juez, además, tener en cuenta la forma en que se armonizan los derechos de los menores y las garantías del procesado.

En este caso, la fiscalía llevo al juicio oral a J.F.M.F., cuando este contaba con 14 años de edad, escenario donde estuvo disponible para el interrogatorio cruzado. En esos términos, no se advierte que se estructurara

¹⁸ CSJ SP, 25 de enero de 2017, radicado 44950.

¹⁹ CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

²⁰ Entre otras, CSJ SP, Radicado 43916 del 31 de agosto de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, y radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

²¹ CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

²² CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

una situación que permitiera la incorporación excepcional de prueba de referencia, y valga advertirlo, no se hizo uso explícito de tal figura.²³

Tampoco se utilizaron declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio, también llamadas testimonio adjunto. Además, durante el interrogatorio de J.F. en el estrado no se usaron sus declaraciones anteriores como herramientas para facilitar el interrogatorio cruzado, es decir, mediante la impugnación de credibilidad o el refrescamiento de memoria, figuras que también tienen un particular procedimiento para su correcta aplicación.

Entonces, durante el proceso no hubo decreto probatorio que permitiera la incorporación de las declaraciones previas de la víctima a modo de prueba de referencia. Sin embargo, la primera instancia permitió la incorporación de las versiones anteriores de J.F.M.F. y los utilizó en la sentencia apelada para verificar la consistencia de su relato y completar detalles que omitió en juicio.

Frente a esta particularidad es necesario destacar que la posición de la Juez no es acertada, véase que incluso para tal fin las declaraciones anteriores no pierden su naturaleza de información referencial inadmisibles ya que lo buscado es analizar el componente fáctico referido por el menor en una declaración anterior, cuando aquel estuvo disponible durante el interrogatorio cruzado para absolver los cuestionamientos de las partes, y de la propia Juez. Se recalca, no puede utilizarse indebidamente la prueba de referencia para suplir las falencias probatorias de las partes, intervinientes, e incluso de la primera instancia.

Así que no se cuenta con fundamento suficiente para valorar las versiones previas de la víctima de la manera en que lo hizo la Juez y tampoco como propone el recurrente, quien señala que la información referencial no

²³ Sobre la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral, véase entre otras SP CSJ, radicados 44950 del 25 de enero de 2017, 43656 del 30 de enero de 2017, 43916 del 31 de agosto de 2016, y 52045 del 20 de mayo de 2020.

guarda consistencia con el relato del menor en juicio. Se insiste, si su intención era impugnar credibilidad con sus declaraciones anteriores, debió utilizar adecuadamente tal herramienta al momento de la práctica del testimonio del adolescente, o solicitar la incorporación excepcional de la versión previa si contaba con los requisitos para ello, pero no lo hizo.

Al respecto, debe señalarse que el impugnante critica la indebida incorporación de prueba de referencia durante el juicio, pero paradójicamente, también propone restar credibilidad a J.F. utilizando las mismas versiones cuya incorporación objeta. Además, durante sus turnos en el interrogatorio cruzado, aludió a declaraciones previas del niño, pero no usó la técnica adecuada para impugnar credibilidad, por ejemplo, no sentó bases, no identificó ni acreditó el documento respectivo, y tampoco evidenció la contradicción mediante su lectura.

En consecuencia, se debe dar aplicación estricta al artículo 402 del C.P.P., según el cual, los testigos sólo deben declarar sobre los hechos que les consten de forma directa, y por lo tanto, es imposible que con las pruebas practicadas se incorpore información referencial, por lo que, si así se hizo, esta debe ser excluida de valoración. Bajo estos parámetros se deben analizar todos los medios de conocimiento, aun así, esto no afecta el sentido condenatorio de la decisión que se perfila.

b. El testimonio de la víctima J.F.M.F. y su corroboración

J.F.M.F.,²⁴ rindió testimonio el 28 de septiembre de 2021, allí informó que nació el 2 de octubre de 2006, destacando que fue tocado en repetidas oportunidades en su pene y ano por parte de JOHN ORLANDO FERNÁNDEZ, a quien conocía como *Saúl*, sujeto que también lo penetró analmente con el pene. Adujo que, a cambio guardar silencio y permitir los abusos, el

²⁴ Juicio oral del 28 de septiembre de 2021, archivos “087 JuicioDeclaraMenorVictima20210928”, récord 00:00:28 a 00:26:52, y “088 JuicioContinuacionDeclaraMenorVictima20210928”, récord 00:00:08 a 00:23:50.

hombre le dio dinero, un celular y una riñonera, además, lo amenazó con provocarle daños a su familia.

Cuando se le indagó si recordaba “¿hace cuánto tiempo fue esto?”, respondió, “el año pasado”, seguidamente se le preguntó “¿más o menos por qué fecha?”, contestando, “fue el 17 de mayo, 15 días antes de la demanda”. En cuanto a los accesos carnales, y ante las preguntas del contrainterrogatorio, aseguró que el acceso carnal del **2 de mayo** se llevó a cabo en la casa del sujeto.

Precisó sobre los actos sexuales que los primeros tocamientos se dieron en la residencia del agresor, ubicada en el sector de *camellón*. Adicionalmente, refirió que, con la excusa de realizarle un ritual para la buena suerte y que le fuera bien en el colegio, JOHN ORLANDO le efectuó varios baños, en algunos de ellos, estuvieron solos los dos, fue ahí cuando el procesado lo hizo desnudar completamente y le tocó el pene.

Aseguró que las conductas abusivas también se dieron en otra residencia donde vivió el agresor, la que describió como un “rancho” ubicado en el sector de *el matadero viejo*.

En ese orden, el relato del testigo directo es concluyente, veamos:

- En una ocasión, en el año 2020, en la casa de FERNÁNDEZ, ubicada en el *camellón*, este último, con la excusa de realizarle un ritual para la buena suerte, logró que el niño se desnudara totalmente, escenario que aprovechó para tocarle el pene.
- Adicionalmente, en por lo menos una oportunidad, concretamente, el 2 de mayo de 2020, JOHN ORLANDO penetró analmente con su pene a J.F.M.F., conducta ejecutada en la vivienda del agresor.
- Ambos hechos sucedieron cuando J.F. tenía 13 años de edad.

Así que, contrario a lo pretendido por el recurrente, tal prueba se advierte sólida y no se observan inconsistencias relevantes o elementos que le resten credibilidad. La estrategia del apelante es objetar el medio de conocimiento aduciendo que el menor no fue consistente sobre cómo conoció al procesado, los aspectos circunstanciales de los hechos y las retribuciones que recibió a cambio de los encuentros sexuales.

Los argumentos del defensor no pueden ser atendidos por la Sala si se tiene en cuenta que, conforme se ha venido mostrando en esta decisión, J.F. sí aportó datos concretos sobre los aspectos espaciales, temporales y modales de las actuaciones abusivas a las que fue sometido por parte de JOHN ORLANDO FERNÁNDEZ.

Sobre la forma cómo el niño conoció al procesado, es importante señalar que esto no fue un punto dentro del interrogatorio cruzado. El menor se limitó a decir que iba a la casa del acusado porque este lo invitaba. Adicionalmente, ello no es un aspecto determinante de los hechos jurídicamente relevantes, nótese que no hay ninguna prueba que niegue que se conocían, es más, el procesado renunció a su derecho a guardar silencio y aceptó que conocía a J.F.M.F. y a su familia.

Sobre las retribuciones que J.F. obtuvo de su agresor, el menor fue claro en que el hombre le dio dinero, una riñonera y un celular, así que no se advierte inconsistencia sustancial en tal aspecto, o que ello lleve a pensar que los delitos no existieron.

Aunque con el testimonio del menor podría pensarse que no se aportaron todos los detalles de los delitos, ello se debió a la falta de técnica y a la ligereza con que las partes asumieron la práctica de la prueba, de modo que, se reitera, no se trata de un evento de indisponibilidad del testigo que permitiera la incorporación excepcional de prueba de referencia. Aun así,

los datos faltantes pueden superarse con los testimonios de Marleny de Jesús Murillo Fonnegra, abuela de J.F., y del propio acusado:

- Marleny de Jesús Murillo Fonnegra²⁵ informó que su nieto estuvo yendo a la casa del procesado, localizada en el camellón, para la aplicación de un ritual consistente en algunos baños que tenían como finalidad propiciar *la buena suerte*, destacó que en ocasiones el menor fue solo y que después de vivir en aquella residencia, FERNÁNDEZ se mudó a otro inmueble, este último, ubicado en el sector de el matadero viejo. Adicionalmente, precisó que denunció después del 17 de mayo.
- JOHN ORLANDO FERNÁNDEZ²⁶ renunció a su derecho a guardar silencio y aceptó que efectuó los baños a J.F. en su casa de la calle Bolívar, a su vez, negó que tales actos se llevaran a cabo en su residencia de el matadero. También aseguró que el menor durmió en su vivienda, incluso con otros menores, y que el dinero y los presentes que le dio, no tuvieron origen en un trasfondo sexual. Negó los abusos y expuso que la denuncia en su contra se trató de un ardid porque trató de denunciar un delito del que venía siendo víctima otro menor por parte de J.F. y otros sujetos.

De acuerdo a esta información, principalmente la otorgada por la abuela, se puede concluir que los actos sexuales desarrollados dentro del referido ritual de baños, se efectuaron en la casa del procesado, ubicada en el sector de *camellón*. No se advierte contradicción en que el procesado se refiriera a la casa de la calle *Bolívar* porque una cosa es el nombre de la calle y otra la del sector.

Además, se puede afirmar que fue, posteriormente a la ocurrencia del ritual de los baños, que JOHN ORLANDO se mudó para una nueva residencia en el matadero. De modo que en este último lugar fue donde sucedió el

²⁵ Juicio oral 28 de septiembre de 2021, archivo "*089JuicioDeclaraMarlenyMurillofonnegraAbuela20210928*" record 00:00:25 a 00:51:13.

²⁶ Juicio oral 24 de mayo de 2022, archivos "*140Cont.JuicioInicaDeclaracionJhonFernandez 20220524*" record 00:00:20 a 00:12:43, "*141ContJuicioContinuaJhonFernandez 20220524*", record 00:00:04 a 00:37:07, y "*142Cont.JuicioTerminaDeclaracionJhonOrlando 20220524*" record 00:00:20 a 00:17:13.

acceso carnal, si se tiene en cuenta que la víctima separa la ejecución de este delito de los citados actos sexuales.

Así las cosas, esta claro que: (I) uno de los accesos carnales tuvo lugar el 2 de mayo de 2020, (II) los actos sexuales se ejecutaron antes de aquella fecha, pero ese mismo año, como se infiere de lo descrito por el niño en el juicio oral del 28 de septiembre de 2021, cuando dijo que los abusos fueron “*el año pasado*”, de modo que limitó tales hechos a ese tiempo. En consecuencia, los tocamientos al pene en el ritual y uno de los accesos carnales encuadran dentro de los circunstancias definidas en la acusación y la imputación.

En esas condiciones, se cuenta con elementos suficientes para confirmar la condena, por lo menos, de un concurso heterogéneo de tales tipos penales. Sin embargo, no podrá confirmarse la condena por el concurso homogéneo del delito de acceso carnal, como pasará a explicarse.

• **De los demás hechos que componen el concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años**

Importa destacar que aun cuando en la premisa fáctica de la acusación se amplió el margen temporal de los accesos carnales, en la imputación tal aspecto se circunscribió estrictamente a cuatro ocasiones entre el 2 y el 13 de mayo de 2020. A propósito, pese a que del testimonio del niño puede inferirse que fueron varias los encuentros que implicaron la penetración anal, solo aportó datos claros del aspecto temporal de uno de ellos, en concreto, el del 2 de mayo del año 2020.

En relación con los demás accesos carnales, ninguno de los testigos directos (víctima o eventualmente el procesado) fijó una fecha exacta que permita ubicarlos dentro de los límites de la imputación.

A propósito, la Sala puntualiza que el problema no es que la víctima haya sido imprecisa en las fechas. El problema es que la fiscalía fue la que se comprometió, desde la imputación, a probar un lapso de tiempo específico para las conductas restantes, es decir, después del 2 de mayo de 2020 y hasta el día 13 del mismo mes y año.

En concreto, se acepta que el procesado pudo abusar de J.F. en aquellos días, pero la fiscalía se comprometió a probar en los hechos jurídicamente relevantes, definidos desde la imputación -los que limitan el alcance de la acusación y la sentencia-, que los accesos carnales ocurrieron dentro de un periodo específico. Si no se precisa con la prueba, que alguno de los demás accesos se dio dentro tal periodo, es claro que se da un problema de congruencia dado que las otras penetraciones pudieron haber ocurrido antes del 2 de mayo de 2020, o entre el 14 y 17 de mayo de 2020, esta última fecha, cuando se denunció el abuso, espacio temporal que desborda el marco que sobre tal circunstancia se propuso por la fiscalía desde la imputación.

La Juez superó tal problema aludiendo a la información incorporada con prueba de referencia, la que debe ser descartada de valoración, como se expuso antes en esta decisión. Así las cosas, del testimonio del menor víctima, único testigo que dio cuenta directa de las conductas, no se concluye que los otros acceso carnales hayan tenido ocurrencia entre el 2 y 13 de mayo de 2020, el tiempo determinado en la tesis de la fiscalía. Sobre este especial aspecto no se detuvieron las partes, intervinientes ni la Juez al momento de la práctica de la prueba y al resolver el caso.

Se destaca que no es tarea de los jueces, en primera o en segunda instancia, corregir en disfavor de la contraparte los errores contenidos en la acusación y la imputación. Si es que se trató de un error porque nada de eso se probó, ni se alegó en juicio. Tampoco es tarea de los Juzgadores dilucidar si lo que sucedió fue un error, un olvido o una imprecisión por parte del único testigo de cargo directo que dio cuenta de este aspecto, sin que

se constate en alguna de las pruebas sometidas a interrogatorio cruzado, a qué se debió la protuberante incongruencia.

Lo expuesto hasta el momento es suficiente para asegurar que la fiscalía no cumplió con lograr, a través de las pruebas practicadas, el conocimiento que demanda el artículo 381 del C.P.P. a fin de condenar por las demás conductas que integraban el concurso que ahora se analiza.

Aunque la Juez no concretó el número de conductas que integraban el concurso, y al dosificar la pena fluctuó entre varios guarismos, la imprecisión sobre el número exacto de accesos carnales por los que condenó, lleva a que su postura no pueda ser avalada por esta instancia, ya que solo uno de los acceso logró ser ubicado probatoriamente en el marco temporal de la acusación. Es importante señalar que la absolución que se perfila en relación con los demás accesos carnales no obedece a la demostración de la inocencia del procesado, sino a la indebida demostración de una circunstancia determinante de los hechos restantes por los que se acusó, todo, en garantía de la del principio de congruencia, el cual trasciende hasta los hechos delimitados en la imputación.

En ese orden, se revocará la decisión de condena por los demás delitos que integraban el concurso homogéneo sucesivo de accesos carnales abusivos con menor de 14 años y que la Juez encontró probados.

Una solución diversa implica, de suyo, que el Tribunal se decante en favor de la acusación sin premisas debatidas en juicio que permitan conocer la razón que llevó a la *disparidad* entre lo propuesto desde la imputación y lo probado en el juicio.

No se puede confundir la solución planteada en esta ponencia con aquellos otros casos en que la fiscalía propone ámbitos temporales más abiertos tanto en la imputación como en la acusación, dado que en esos otros eventos la fiscalía cumple su tarea al fijar probatoriamente la

imposibilidad de que la prueba de cargo determine un día específico. Es precisamente en la acusación -la que debe guardar congruencia con la imputación-, en donde la fiscalía fija ese ámbito y es ese marco delimitado por el ente acusador lo que constituye el punto de referencia para verificar la congruencia entre imputación, acusación y sentencia.

Importa resaltar que, aun cuando la fiscalía no lo logró demostrar con suficiencia su hipótesis, ello no implica necesariamente que la conducta no existiera, sino que se presentan falencias probatorias imposibles de superar sobre circunstancias esenciales del delito -en su componente fáctico-, lo que impiden proferir una sentencia condenatoria. A su vez, no puede aceptarse una tesis que otorgue claridad sobre la inocencia del acusado, pues las pruebas de cargo tienen contenido incriminatorio pero insuficiente para condenar por los demás injustos.

En consecuencia, se modificará la pena impuesta pero antes de ello es necesario definir los motivos por los cuales se confirmará el resto de la providencia de primera instancia, de cara a los demás planteamientos del recurrente.

c. El testimonio de la médica Johana Paredes Jiménez

La médica Johana Paredes Jiménez²⁷ manifestó que el 17 de mayo de 2020 elaboró valoración sexológica al menor en el municipio de Amalfi, al auscultar al niño halló laceraciones antiguas y recientes en la zona anal, además, cavidad hipotónica, es decir, que el ano estaba dilatado más de lo normal. Concluyó que hubo un presunto abuso sexual. Explicó que una laceración reciente puede producirse hasta 72 horas antes del examen, mientras que el proceso de cicatrización de una laceración antiguas puede

²⁷ Juicio, 22 de noviembre de 2021, archivo "101JuicioParte 2 DeclaraDra.JohanaParedesJimenez20211122" récord 00:02:10 a 00:38:03.

contemplar un periodo mínimo de 3 meses, además, que en este caso tuvo en cuenta la anamnesis otorgada por J.F.

Nótese que este testimonio entrega información relevante para la corroboración de la versión de la víctima. Primero, da cuenta de lesiones en la zona anal del menor, lo que puede ser compatible con el tipo de accesos carnales que se le atribuyeron al procesado.

El recurrente no se detiene en estas implicaciones de la prueba. En su lugar, intenta darle una trascendencia que no tiene, destaca que la galena no fue concluyente sobre la causa de las lesiones y no explicó con suficiencia por qué catalogó como antiguas y recientes las laceraciones evidenciadas.

Estratégicamente, el defensor ignora que no era la médica la indicada para dar cuenta de la causa exacta de los hallazgos en el cuerpo del niño, pues evidentemente no estuvo en el lugar de los hechos. Lo que sí es cierto, es que la valoración efectuada por la profesional permite asegurar que el cuerpo de J.F.M.F. presentaba huellas que se correspondían con su relato de abuso, lo que hace más creíble su versión de los hechos del niño.

En cuanto a las explicaciones sobre la antigüedad de las lesiones, deberá señalarse que conforme al testimonio de J.F., el acceso por el que será condenado el procesado se efectuó el 2 de mayo de 2020, es decir, 15 días antes de la valoración médica, aun así, ninguna de las partes cuestionó a la profesional respecto a la categoría de lesiones que se debían observarse en el cuerpo de la víctima teniendo en cuenta los días transcurridos. A pesar de ello, tal limitación no afecta el testimonio del menor ni el hecho objetivo de haber observado una zona anal con evidencias de manipulaciones recientes y antiguas.

En este punto es importante destacar que con la médica se escuchó una versión previa de J.F., relato que es una pieza imprescindible de su pericia, y no tienen un fin distinto que el de establecer el marco fáctico que

determina las observaciones y los hallazgos que han de sustentar sus conclusiones, sin que ello habilite su uso como prueba, pues sobre este particular aspecto, es decir, en relación con el señalamiento en contra del procesado y las circunstancias modales del delito, su testimonio constituye prueba de referencia inadmisibles en este caso.²⁸

d. Del testimonio de la psicóloga Natalia Andrea Estrada Sánchez

La psicóloga Natalia Andrea Estrada Sánchez²⁹ manifestó que el 17 de mayo del año 2020, trabajando en la comisaría de familia de Amalfi, acompañó la entrevista que el comisario efectuó al menor J.F.M.F., actuación que le sirvió de base para elaborar un informe que tenía como finalidad conocer el estado emocional del adolescente, su etapa de desarrollo y el conocimiento de su cuerpo, aspectos que calificó de manera positiva. Explicó cómo se llevó a cabo la entrevista, sus observaciones y hallazgos, hizo referencia a la versión que aportó J.F., y destacó que durante ese año se hizo un seguimiento al caso advirtiendo una mejora importante, por lo que se concluyó el acompañamiento.

En esas condiciones, se destaca que el testimonio de esta profesional no puede ser considerado como prueba pericial. Para el análisis de una entrevista rendida por un menor de edad ante un profesional de la psicología, la Corte Suprema de Justicia en decisión de Julio de 2018,³⁰ específicamente para efectos del análisis de la entrevista y la valoración psicológica, dispuso varias pautas que resultan útiles para el análisis específico de esta prueba. Así, al contrastar estas reglas con lo ocurrido con el testimonio estudiado, se encuentra lo siguiente:

²⁸ Sobre la naturaleza referencial de ese tipo de información, véase entre otras, SP CSJ radicados 50637 del 11 de julio de 2018, SP2709-2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar; y 53127 del 12 de febrero de 2020, SP358-2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

²⁹ Juicio oral del 4 de octubre de 2021, archivos "094JuicioDeclaraComisarioYPsicologa20211004", récord 00:22:10 a 00:56:28, y "095JuicioContinuaDraNataliaPsicologa20211004" récord 00:00:10 a 00:08:22.

³⁰ SP CSJ Penal radicado 50637, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

La profesional no fue indagada debidamente por la fiscalía para que explicara los principios científicos o técnicos en que fundamentó su análisis. Si la psicóloga no explicó con suficiencia el método científico utilizado para la elaboración de la valoración psicológica que dijo haber efectuado, no puede calificarse como prueba pericial. En ese orden, tendría que analizarse como un testimonio entregado en razón de una labor desarrollada en su condición de apoyo a un entrevistador que, pese a su calidad profesional, en estricto sentido no llevó a cabo una valoración psicológica.

En verdad el papel cumplido por Estrada Alzate no fue más allá que el de un “vehículo” de la entrevista del menor, pero en forma alguna sus apreciaciones personales tienen la entidad legal para considerarse una prueba científica que hubiere abonado un elemento adicional con carácter profesional a la versión referencial que se obtuvo de la víctima y que como se ha dejado claro a lo largo de esta decisión, no puede ser objeto de valoración pues no se cumplieron con las exigencias para ello.³¹

En todo caso, se reitera que la versión del niño se incorporó con él mismo durante su testimonio en juicio, sin que la defensa lograra desacreditar la credibilidad que merece. Véase que, en parte, lo pretendido por el apelante es que no se de relevancia al testimonio de la psicóloga, en lo que acierta, ello sin embargo, no afecta el testimonio de J.F.

En otro sentido, se debe señalar al recurrente que la trascendencia del procedimiento administrativo ante la comisaría, así como la actuación Natalia Andrea Estrada Sánchez, son accesorios a los hechos jurídicamente relevantes, por lo tanto, para la resolución del caso, es decir, para establecer la responsabilidad penal del acusado en los delitos acusados, no es determinante que dicha actuación administrativa se efectuara en cumplimiento estricto de los parámetros que le gobiernan.

³¹ SP CSJ radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 934-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

De esta manera se da respuesta a las objeciones del recurrente precisando que no es posible acceder a la solicitud de absolución total de la condena. Sin embargo, es imperioso la modificación del monto de la pena como se explicará a continuación.

3. Sobre la tasación de la pena

La Sala modificará la pena de prisión impuesta, dado que no es posible confirmar la condena por el concurso homogéneo sucesivo de accesos carnales abusivos con menor de 14 años agravados, ya que de tal pluralidad de conductas solo una se probó en debida forma, pero en su acepción simple. En consecuencia, únicamente es posible confirmar la condena por un delito de actos sexuales con menor de 14 años, en concurso heterogéneo sucesivo con un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, tipos penales previstos en los artículos 209 y 208 del C.P., respectivamente.

La Juez consideró probado un concurso homogéneo sucesivo de un número indeterminado de delitos de los artículos 208 y 211-2 del C.P., en concurso heterogéneo sucesivo con un delito del artículo 209 *ibídem*. Fijó la pena de prisión por el delito más grave en ciento noventa y dos (192) meses, la que aumentó a doscientos ochenta y ocho (288) meses por el concurso homogéneo, luego, adicionó setenta y ocho (78) meses por el punible del concurso heterogéneo, así concretó la pena final en trescientos sesenta y seis (366) meses de prisión.³²

³² Al dosificar la pena, la Juez aludió que: “*Se partirá entonces del mínimo del delito más grave, acceso carnal abusivo agravado que es de 192 y este delito por ser homogéneo y sucesivo, dado que en el escrito se preciso que el acceso se dio en 6 oportunidades y el menor señaló en sede de juicio al menos 10 y en las entrevistas 3 o 4, se aumentara en conjunto por el concurso homogéneo y sucesivo, la mitad del delito agravado, 96, (=192/2=96. 192+96=288) que corresponde a la mitad del delito de acceso carnal agravado y por el acto sexual se le aumentara 78 meses que corresponde a la mitad de la pena mínima del delito de acto sexual abusivo sin agravante. Sumados (288+78) arroja 366 o 30 años y 5 meses.*” (sentencia de primera instancia, folio 23)

Ahora, se advierte que la Juez no explicitó el sistema de cuartos para la dosificación de pena, sin embargo, adujo que se situaba en el límite inferior de las penas definidas para cada punible, por lo que es evidente que se trata del límite inferior del cuarto mínimo de movilidad. La Sala respetará tal criterio a fin de no agravar la situación del procesado, pero corrigiendo lo que es debido y teniendo en cuenta las modificaciones de la calificación jurídica que sirve de base a la condena.

En ese orden, ciertamente el delito más grave es el del artículo 208 del C.P., acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cuya pena de prisión mínima es ciento cuarenta y cuatro (144) meses, y la máxima, doscientos cuarenta (240) meses. Así que, conforme a lo definido en el párrafo anterior, se partirá del límite mínimo, que corresponde al extremo inferior del cuarto mínimo de movilidad del delito, es decir, ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

En este punto, se llama la atención a la Juez pues en razón del concurso heterogéneo sucesivo de delitos expuso que *“por el acto sexual se le aumentara (Sic) 78 meses que corresponde a la mitad de la pena mínima del delito de acto sexual abusivo sin agravante”*. Tal manifestación de la Juez es equivocada pues el delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P. -sin agravantes-, tiene una pena de prisión de ciento ocho (108) a ciento cincuenta y seis (156) meses, así que setenta y ocho (78) meses no es la mitad del mínimo sino del máximo de la pena.

En realidad, la mitad del mínimo de la pena corresponde a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión. La Sala mantendrá el criterio definido por la Juez, pero corregirá el monto y lo establecerá en el acabado de citar toda vez que se ubica dentro del marco que la ley permite. Adicionalmente, porque no puede olvidarse que desde la imputación y conforme a lo expuesto por la víctima en juicio, es evidente que el procesado sometió al menor a un escenario sexual abusivo con pluralidad de conductas lascivos, pero que debido a la falta de técnica y ligereza de los funcionarios encargados del caso, solo es posible la condena por dos de estos hechos.

Así que, conforme al artículo 31 del C.P., a los ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión por el delito base, acceso carnal abusivo con menor de 14 años, artículo 208 del C.P., se le aumentarán cincuenta y cuatro (54) meses de prisión por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 *ibídem*, por lo que en definitiva la pena que habrá de cumplir el procesado será de ciento noventa y ocho (198) meses de prisión.

No hay lugar a la modificación de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas toda vez que en el fallo apelado se concretó en cinco (5) años, así que modificarla implicaría agravar las condiciones del procesado, apelante único, condición que limita las facultades de esta instancia, sin perjuicio de los reparos que merezca tal determinación de la Juez.

Respondidas así todas las inconformidades planteadas por el apelante, la Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, manteniendo vigente la condena por un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso heterogéneo sucesivo con un delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículos 208 y 209 del C.P., respectivamente, ambos punibles en su modalidad simple, lo que implica degradar el acceso carnal de agravado a simple. Además, revocando y en su lugar absolviendo por los otros delitos que componían el concurso homogéneo sucesivo del delito del artículo 209 y 211-2 del C.P., lo que impone modificar la pena impuesta en favor del procesado.

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

Sin necesidad de otras consideraciones, **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 apelada en cuanto a condenar por un delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia respecto a condenar por un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, artículo 208 del C.P., en concreto, por los hechos llevados a cabo el 2 de mayo del año 2020, lo que implica degradar la conducta de agravada a simple.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada y en su lugar absolver a JOHN ORLADO FERNÁNDEZ de los demás hechos que conformaban el concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, artículos 31, 208 y 211-2 del C.P., de acuerdo a las razones consignadas en esta providencia, sin que esto afecte lo decidido en el numeral segundo de la parte resolutive de esta providencia.

CUARTO: En consecuencia de lo anterior, **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de junio de 2022 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi – Antioquia, en el entendido de que JOHN ORLADO FERNÁNDEZ deberá purgar la pena de ciento noventa y ocho (198) meses de prisión por un delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P., en concurso heterogéneo sucesivo con un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, artículo 208 *ibídem*.

QUINTO: En lo demás, y en cuanto no fue materia de apelación, confirmar la sentencia de primera instancia.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

ACLARA VOTO

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: ab722216bc1134af7a94c8ddad692c144bff42b0292d52999f71c2cd250434aa

Documento generado en 10/05/2023 09:52:31 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, mayo ocho (08) de dos mil veintitrés (2023)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

PROCESO: 05-031-61-09036-2020-00018 (2022-0889-4)
ACUSADO: JOHN ORLANDO FERNÁNDEZ
DELITOS: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR Y OTRO

Con el respeto que merecen los compañeros de Sala, por medio del presente manifiesto que **SALVO PARCIALMENTE EL VOTO** frente a la decisión mayoritaria tomada en el proceso de la referencia. Las razones son las siguientes:

1. En la decisión mayoritaria no se condena por un concurso de Accesos Carnales y para sustentar la decisión se afirma "A propósito, la Sala puntualiza que el problema no es que la víctima haya sido imprecisa en las fechas. El problema es que la fiscalía fue la que se comprometió, desde la imputación, a probar un lapso de tiempo específico para las conductas restantes, es decir, después del 2 de mayo de 2020 y hasta el día 13 del mismo mes y año. En concreto, se acepta que el procesado pudo abusar de J.F. en aquellos días, pero la fiscalía se comprometió a probar en los hechos jurídicamente relevantes, definidos desde la imputación -los que limitan el alcance de la acusación y la sentencia-, que los accesos carnales ocurrieron dentro de un periodo específico. Si no se precisa con la prueba, que alguno de los demás accesos se dio dentro tal periodo, es claro que se da un problema de congruencia dado que las otras penetraciones

podieron haber ocurrido antes del 2 de mayo de 2020, o entre el 14 y 17 de mayo de 2020, esta última fecha, cuando se denunció el abuso, espacio temporal que desborda el marco que sobre tal circunstancia se propuso por la fiscalía desde la imputación.

(...)

Aunque la Juez no concretó el número de conductas que integraban el concurso, y al dosificar la pena fluctuó entre varios guarismos, la imprecisión sobre el número exacto de accesos carnales por los que condenó, lleva a que su postura no pueda ser avalada por esta instancia, ya que solo uno de los acceso logró ser ubicado probatoriamente en el marco temporal de la acusación. Es importante señalar que la absolución que se perfila en relación con los demás accesos carnales no obedece a la demostración de la inocencia del procesado, sino a la indebida demostración de una circunstancia determinante de los hechos restantes por los que se acusó, todo, en garantía de la del principio de congruencia, el cual trasciende hasta los hechos delimitados en la imputación”.

2. No estoy de acuerdo con este razonamiento, porque las circunstancias de tiempo, modo y lugar no siempre hacen parte de los elementos estructurales del tipo penal y tienen en la mayoría de las veces una función de individualización del hecho, por lo que esta labor se cumple con la unión de varias circunstancias y la falta de alguna no hace imposible la condena. Dicho de otra forma, la indeterminación o

falta de prueba sobre alguna de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, no puede acarrear la absolución en todos los casos. La posibilidad de error frente alguna circunstancia ya sea en la acusación o en la prueba es de esperarse, porque la memoria de las personas no siempre permite fijar todos los detalles de un suceso. Por ejemplo, alguien puede creer que el homicida utilizó un cuchillo y fue una navaja.

3. No es posible absolver porque hubo imprecisión en la fecha, si el resto de las circunstancias se consideran debidamente probadas y fácilmente se puede afirmar que el problema no es que la prueba hable de un hecho diferente al de la acusación, sino que simplemente hay indefinición por parte de la testigo en cuanto a una fecha concreta, pero otorga datos que permiten inferir que los hechos ocurrieron sin que pueda asegurarse que desbordaron el lapso de tiempo previsto en la acusación.

4. Ahora, cuando no existe correspondencia entre acusación y la prueba practicada en el juicio, puede pasar:

a. Que la prueba nos demuestre la ocurrencia de un hecho punible, pero que éste hecho probado no sea por el cual acusó la Fiscalía y, por tanto, que la Fiscalía no logró probar su teoría del caso. En ese caso hay que absolver y compulsar copias para que se investigue el hecho que fue evidenciado en el juicio.

b. Que con la prueba se esté seguro de que la Fiscalía sí está acusando por el mismo hecho punible que se está evidenciando en la prueba, pero por errores en la acusación y falta de determinar con claridad los hechos jurídicamente relevantes en forma circunstanciada,

se vulneró el derecho a la defensa. En ese caso hay que declarar la nulidad de lo actuado.

c. Que existan errores en la acusación con respecto a los hechos jurídicamente relevantes circunstanciados, lo cual haya impedido realizar una debida defensa, pero a su vez la prueba no logra demostrar la comisión de ninguna conducta punible, existen dudas o se prueba la inocencia. Entonces no se declara la nulidad y deberá absolverse.

En el presente caso, las inconsistencias mencionadas en la decisión mayoritaria no alcanzan a establecer falta de correspondencia entre acusación, prueba y sentencia.

En lo demás, esto comparto las apreciaciones de la decisión mayoritaria.

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

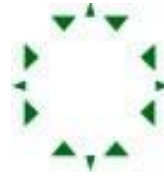
Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d4c44cb52222d154fbc50b05bbced3ab8c68d565a894aafd6d776cc5271a4996**

Documento generado en 08/05/2023 06:55:40 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, treinta (30) de mayo dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 46 del 15 de mayo de 2023

| | |
|------------------|---|
| Proceso | Penal |
| Instancia | Segunda |
| Apelante | Defensa |
| Tema | Valoración probatoria – retractación – declaraciones anteriores |
| Radicado | 05-034-61-00141-2015-80101 (NI TSA 2023-0431-5) |
| Decisión | Confirma |

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de WILSON DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Andes – 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

En la sentencia de primera instancia se precisaron así:¹

“En clave de hechos jurídicamente relevantes, se tiene que el día 11 de abril de 2015, en horas de la noche, el hoy acusado WILSON DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ, arribó a la residencia de la madre de su compañera sentimental, de nombre DEISY YULIE PALACIO MUÑOZ, en el municipio de Betania, Antioquia, y donde habitaba la menor M.A.V.P. de diez (10) años de edad, sobrina de aquella. En aquel momento y en el lugar de acceso de la vivienda, ubicada en un piso superior, concretamente, en las escalas de la parte externa o balcón, con acceso a un corredor, al parecer en la parte interna, a solas el citado LÓPEZ LÓPEZ con la menor, procedió a ejercer tocamientos en su vagina.”

LA SENTENCIA

El 19 de agosto del año 2022, el Juzgado Penal del Circuito de Andes, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de LÓPEZ LÓPEZ al declararlo penalmente responsable, como autor, del delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P., en consecuencia, le impuso la pena de nueve (9) años de prisión, negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, la Defensa presentó y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la sentencia y la consecuente absolución de su representado. Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

¹ Folios 1-2, archivo “DOC. 16. SENTENCIA CONDENATORIA (ORDINARIA)”. La adecuación de la premisa fáctica del fallo no fue objeto de apelación.

- M.A.V.P. no mintió en juicio, allí explicó que el señalamiento en contra del procesado fue fruto de un mal entendido, pues este -en realidad- intentó auxiliarla al ver que podría sufrir un accidente en el balcón donde se encontraban. La menor dio cuenta de que la versión previa, en donde lo incriminaba, se debió a que estaba temerosa de que sus manifestaciones perjudicaran a su madre, además, fue presionada por su hermano, sus profesoras y directivas del colegio. Adujo que su progenitora solo la orientó para que dijera la verdad sobre lo sucedido. Las confusiones de la niña fueron consecuencia de su limitado desarrollo cognitivo, propio de su edad. La apelante también expuso que la menor evidenció tendencia a mentir en relación a los abusos que atribuyó inicialmente a WILSON DE JESÚS.

Pese a lo anterior, el Juez no le otorgó credibilidad a lo dicho por la menor en juicio, en cambió, distorsionó y modificó el testimonio para poder condenar, y se equivocó al asegurar que la denuncia la instauró la madre, ya que esta se originó en las actuaciones del personal del colegio de la niña.

- No se decretó prueba de referencia, y M.A. compareció al juicio. Aun así, la primera instancia valoró información referencial con los testimonios de las educadoras Luisa María Quintero Bedoya y Adriana Henao Henao, también con el de la comisaria de familia, Luz Dora Estrada Giraldo, dándoles categoría de pruebas de corroboración periférica, concepto supeditado a la prueba de referencia.

Con Adriana Henao , quien se presentó como docente y no psicóloga, se incorporó la copia de un escrito que contiene una versión previa de la niña, lo que debió hacerse con esta.

Adicionalmente, no se utilizó el testimonio adjunto, y se practicó una entrevista a la víctima sin tener en cuenta las exigencias del artículo 206 del C.P.P. y las garantías de la menor.

- Con el testimonio de Dolly Margarita Muñoz Montoya, abuela de M.A.V.P., se evidenció que la niña espiaba el cuarto de su tía y del acusado, así que el señalamiento inicial pudo obedecer a una fantasía. Además, que M.A. era propensa a mentir, y no existía dependencia económica del procesado por parte de la mamá de la víctima. La madre y la abuela de la menor no quisieron favorecer indebidamente al acusado, sino que conocían la actitud "*mendaz y marrullera*" de aquella.

- El testimonio del acusado no puede desacreditarse por su forma de expresarse, obviando sus particulares condiciones sociales y educativas. El procesado entregó un relato claro sobre su encuentro con la niña y que su intención fue evitar que sufriera un accidente o caída desde el balcón.

- Adriana Patricia Palacio Muñoz, mamá de M.A.V.P., no testificó pues LÓPEZ LÓPEZ es su cuñado, decisión que no puede tomarse en contra del acusado. La apelante sugiere que la progenitora no le creyó a M.A. aun cuando la experiencia enseña que las madres siempre confían en los dichos de sus hijas, por ese mismo motivo no acudió al colegio al conocerse los hechos, y que si asistió a la comisaría, se debió a que la citaron, no porque hubiera denunciado. Además, a Adriana Patricia no le asistía interés de proteger a WILSON DE JESÚS por encima de su descendiente.

- El procesado no actuó con dolo ni afectó de la libertad, integridad y formación sexual de M.A.V.P., de ahí que no se demostrara la antijuridicidad material, ni la culpabilidad. WILSON DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ evitó que la niña cayera súbitamente desde un balcón, por lo cual, no tuvo ocasión de detenerse en elegir alguna parte específica del cuerpo de aquella para lograr tal objetivo, así que, cuando tocó en la vagina de M.A., lo hizo sin ánimo lascivo. Es más, la menor no reportó ninguna afectación, y tampoco

se acreditó tal consecuencia con peritajes de psicología forense o medicina legal. La simple causalidad no basta para condenar.

- Que la menor estuviese llorando al encontrarse con el procesado, o que este hubiera tomado algunas bebidas alcohólicas, no corrobora la tesis acusatoria. La niña estaba triste porque su madre no estaba en la casa, y nada le impedía a LÓPEZ LÓPEZ consumir bebidas de camino del trabajo a la casa.

Como el Juez no efectuó una debida valoración conjunta de las pruebas, no advirtió las dudas que deben ser resueltas en favor del procesado y que llevan a su absolución.

No hubo pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada. A fin de sustentar debidamente tal anuncio, son necesarias dos precisiones iniciales:

La primera: en este caso no hay discusión respecto a la premisa fáctica de la sentencia apelada, tal como fue fijada en el acápite “*hechos*” de esta providencia. Lo que se discute es la intención del acusado con la acción desplegada, así como las consecuencias de esta, lo que apunta a temas de valoración probatoria, antijuridicidad y culpabilidad.

La segunda: en desarrollo del principio de limitación de la segunda instancia, es deber de la apelante establecer con claridad los puntos de controversia que considera fueron indebidamente desarrollados en el fallo recurrido. En ese orden, a dichos objetos problemáticos y a los temas que le son inescindibles se debe limitar el pronunciamiento de la segunda

instancia. En este caso, así: (i) La trascendencia del testimonio de la víctima y el uso de sus declaraciones anteriores, (ii) la relevancia y naturaleza de los testimonios de las educadoras y la comisaria de familia, (iii) el valor suasorio del testimonio de la abuela de la niña, (iv) el análisis del testimonio del procesado, (v) las implicaciones de que la progenitora de M.A. decidiera no testificar, y (vi) la evaluación de la antijuridicidad y la culpabilidad. De ello nos ocuparemos a continuación, partiendo de un tema transversal para su resolución.

1. El uso de declaraciones anteriores al juicio oral

Las declaraciones anteriores al juicio oral se utilizan comúnmente para facilitar el interrogatorio cruzado de los testigos, ello mediante la impugnación de credibilidad o el refrescamiento de memoria. Se debe tener claro que, en principio, las declaraciones anteriores al juicio oral no son pruebas.²

Excepcionalmente se pueden incorporar como pruebas las declaraciones anteriores, siempre que se cumplan ciertos requisitos legales y jurisprudenciales. Las excepciones a las que se alude son la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio, también llamadas testimonio adjunto.

Diferenciar estos conceptos es determinante para una adecuada valoración probatoria, pues la naturaleza de cada uno impide la confusión de sus efectos. Además, para su uso e incorporación se deben seguir procedimientos estrictos que los diferencian.

Sobre la prueba de referencia, y para lo que interesa a este caso, el artículo 437 del C.P.P. dispone que esta clase de prueba es toda aquella

² Sobre la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral, véase entre otras SP CSJ, radicados 44950 del 25 de enero de 2017, 43656 del 30 de enero de 2017, 43916 del 31 de agosto de 2016, y la reciente 52045 del 20 de mayo de 2020.

declaración realizada fuera del juicio oral y que es *“utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate”*.³ Sobre los requisitos para la debida incorporación de prueba de referencia, jurisprudencialmente se precisó, entre otros, que debe existir solicitud de parte, pronunciamiento expreso del Juez, y su adecuada incorporación en juicio oral, sin que pueda hacerse oficiosamente.⁴

Además, es necesario tener presente que conforme el literal e del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, y a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,⁵ es posible la incorporación de declaraciones previas a modo de prueba de referencia en los casos adelantados por delitos sexuales contra menores de edad, aun cuando estas víctimas comparecen a juicio, pero teniendo en cuenta que:

“En ese entendido, lo esencial, a este efecto, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido»⁶ o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada.”⁷

Ahora, ciertamente la jurisprudencia ha señalado que, dada la prohibición de basar la sentencia exclusivamente en prueba de referencia, es necesario complementarla con otros medios de conocimiento, para lo que resulta de gran utilidad la llamada *prueba de corroboración periférica*.⁸

³ Sobre los elementos de la prueba de referencia, véase entre otras, CSJ SP radicado 44056 del 28 de octubre de 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁴ CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁵ Entre otras, CSJ SP, Radicado 43916 del 31 de agosto de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, y radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁶ CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

⁷ CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁸ Sobre este uso de la prueba de corroboración periférica, véase entre otras, SP CSJ radicado 55957 del 12 de febrero de 2020, SP399-2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Sin embargo, este no es el único uso que se puede dar a las pruebas que encajan en tal concepto, por ejemplo, y para lo que interesa a esta decisión, la *prueba de corroboración periférica* es de gran importancia en los casos de delitos sexuales en contra de menores de edad, pues las condiciones de clandestinidad en que normalmente se cometen estos punibles hacen que, no en pocos eventos, sea el testimonio de la víctima el único medio de conocimiento directo de los hechos,⁹ así que, la información aportada con los medios de *corroboración periférica* sirve para hacer más creíble la hipótesis acusatoria. De ahí que resulte desacertado que la recurrente asegure que el único uso de la prueba de *corroboración periférica* sea la de acompañar a la prueba de referencia.

En cuanto al testimonio adjunto o declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio, se ha desarrollado para aquellos eventos en que el testigo modifica o se retracta de las declaraciones que ofreció antes del juicio. La parte interesada puede lograr que se valoren sus diferentes versiones.¹⁰ Esta figura no puede confundirse con la prueba de referencia, la impugnación de credibilidad ni con el refrescamiento de memoria.

Ahora bien, en este evento no hubo decreto explícito de prueba de referencia o de testimonio adjunto. Para dar cuenta del dicho de M.A.V.P., la Fiscalía la llevó a ella misma al juicio oral, en ese escenario, estuvo disponible para el interrogatorio cruzado, y sus declaraciones anteriores se utilizaron únicamente como herramientas para facilitar tal actuación.

En consecuencia, se debe dar aplicación estricta al artículo 402 del C.P.P., según el cual, los testigos sólo deben declarar sobre los hechos que les consten de forma directa, y por lo tanto, es imposible que con las demás pruebas se incorpore información referencial, por lo que, si así se hizo, esta debe ser excluida de valoración.

⁹ Sobre este otro uso de la prueba de corroboración periférica, véase entre otros, SP CSJ radicado 56997 del 11 de marzo de 2020, SP859-2020, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

¹⁰ Sobre este otro uso de testimonio adjunto, véase entre otros, SP CSJ radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

2. Del testimonio de M.A.V.P.

M.A.V.P. se presentó en juicio¹¹ como testigo de cargo, cuando inició el interrogatorio directo, se le preguntó si antes había dado alguna versión sobre el actuar de WILSON DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ, compañero sentimental de una tía suya. En respuesta, informó que el día de los hechos se sentía triste porque su mamá estaba en Medellín, mientras que ella se encontraba en su casa, ubicada en el sector de la *Jabonería* del municipio de Betania, así que salió al balcón donde había una madera y se resbaló, pero como el acusado estaba llegando al sitio en aquel momento, intervino para evitar que cayera, tocándole la vagina con la mano, situación que ella en ese momento mal interpretó, por lo que se fue a su cuarto, donde estaba su hermano. Luego, cuando su madre retornó, le reveló los hechos. En consecuencia, aseguró que LÓPEZ LÓPEZ la “salvó” y no le hizo nada malo. También manifestó que en la declaración previa ante la comisaría de familia de Betania dijo que tal conducta se ejecutó en el corredor y que el procesado estaba “traguiado”, oliendo a cerveza. Además, que otorgó otra versión en la escuela, pero no recordaba lo que dijo en esa ocasión.

Ante la posición asumida por la testigo, la fiscalía intentó refrescar memoria con la declaración previa que rindió ante la comisaría de familia, después de ello, la víctima reiteró que el acusado la tocó una vez en la vagina.

Posteriormente, y para el mismo objeto, se le puso de presente un escrito que la niña elaboró en el colegio, después de su lectura, M.A. informó que allí consignó que WILSON DE JESÚS la había tocado dos veces, en los senos y la vagina, y que le “metió el dedo”, además, que ella se puso la pijama y él fue hasta la cama y le tapó la boca. Cuando se le preguntó por qué no había dado cuenta de tales hechos en juicio, respondió que dicha versión

¹¹ Juicio oral del 30 de enero de 2018, archivo “DOC. 05. VIDEO AUDIENCIA INICIO JUICIO - SE SUSPENDE - 30-01-2018”, récord 00:17:40 a 02:26:25.

previa no se correspondía con la realidad, que la escribió por nervios, que la verdad era lo que había contestado antes en juicio, y que su mamá le dijo “*que no dijera eso porque eso era mentira*”. Precisó que en la declaración previa estaba nerviosa porque pensó que por tal narración iban a encarcelar o a perjudicar a su progenitora.¹²

Durante el resto del interrogatorio cruzado la niña intentó justificar el actuar del procesado asegurando que sus señalamientos fueron fruto de su imaginación y de sus nervios, que si bien el sujeto le tocó la vagina con la mano, fue para evitar un accidente, que no recordaba la reacción del hombre, o si le tocó otras partes del cuerpo, pero que malinterpretó la situación pensando que era un tocamiento como el que LÓPEZ LÓPEZ tenía con su pareja. Adicionalmente, que su madre le pidió que dijera la verdad en el estrado y que la regañó por decir mentiras sobre lo ocurrido con el acusado.

Lo primero que se impone precisar sobre este testimonio es que, a tono con lo definido en el punto anterior, con la menor no se incorporó ninguna versión previa suya, a modo de pruebas autónomas. Véase que, las declaraciones que rindió en su colegio y en la comisaria de familia de Betania se usaron solo como herramientas para facilitar el interrogatorio cruzado, es decir, para refrescar memoria o impugnar credibilidad.

De modo que la única información que puede ser objeto de estudio es la que aportó la menor en juicio y que fue sometida a contradicción. En otras palabras, no es el contenido de las declaraciones previas lo que ahora se analiza -pues estas no fueron debidamente incorporadas al proceso-, sino lo dicho por la menor en juicio después de que se le refrescara memoria e impugnara credibilidad.

A propósito, es pertinente resaltar que luego de que la niña leyó mentalmente sus declaraciones anteriores, intentó desmentir el

¹² *Ibidem*, 01:18:18 a 01:24:15.

señalamiento que efectuó en un principio en contra de WILSON DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ. En ese sentido, se destaca que en juicio M.A.V.P. no entregó dos versiones diferentes de los hechos, sino dos versiones diferentes sobre su percepción de estos, ahí es donde radica su retractación.

Nótese que la menor no niega que el acusado tocó su vagina el día de los hechos, es más, es persistente en describir tal conducta. Posición que la apelante no refuta -por eso argumentó en la apelación que la causalidad por sí misma no es suficiente para condenar-.

Ahora bien, en juicio, M.A. dio dos explicaciones sobre la finalidad del tocamiento a su zona vaginal por parte de LÓPEZ LÓPEZ: (i) la que quiso imponer en el debate oral, según la cual, el hombre intentaba evitar que se cayera del balcón, y (ii) la que entregó al revelar los hechos, y que apuntaba a un contacto de naturaleza sexual, pues no de otra manera se explica que la niña dijera que pensó que tal tocamiento se asimilaba a los que el sujeto tenía con su pareja.

Esta última tesis fue la que la víctima intentó refutar en el estrado judicial. Sin embargo, no logró aportar una justificación clara para el efecto. Sobre el origen de la incriminación al acusado, fluctuó entre dos hipótesis: (i) que mal interpretó lo sucedido en el balcón, y (ii) que sintió temor de perjudicar a su madre sino señalaba al hombre.

No puede obviarse que estas dos explicaciones contienen premisas tácitas que se repelen, así que no pueden subsistir ambas al mismo tiempo: si hubo un entendimiento equivocado de los hechos, se está aludiendo a una posición no mal intencionada de quien emite el señalamiento. En contraste, si la acusación se trató de una mentira para no afectar a la progenitora, claramente tal manifestación falaz fue voluntaria por parte de su emisor.

M.A. tampoco aclaró por qué consideraba que debía achacar a LÓPEZ LÓPEZ la comisión de un delito abusivo para evitar que su madre saliera

perjudicada. Tal explicación resulta frágil si lo que se quiere demostrar es la inocencia del acusado. Veamos.

La niña sostuvo que reveló la conducta a su madre, Adriana Patricia Palacio Muñoz, tan pronto como tuvo contacto con ella después del abuso, esto, antes de comunicarlo en su colegio y en la comisaría. Circunstancias que nos llevan a evidenciar que, si lo comunicado a su progenitora fueron actos inocentes -para evitar su caída desde el balcón-, nada impedía que en el mismo sentido se los relatara a las autoridades educativas y administrativas, pero no fue así, como expuso la misma M.A. en juicio.

La menor relató en el contrainterrogatorio que se resbaló, se fue hacia atrás y únicamente sintió las palpaciones de sus partes íntimas, en concreto, las manos del hombre sobre su vagina. Esas manifestaciones contrastan con el accidente que quiso proponer en juicio, porque de ser cierto que estuvo a punto de caerse del balcón y que WILSON DE JESÚS la socorrió evitando tal desenlace, fácil hubiese sido reconocer que en aquel momento la intervención del hombre tuvo un propósito altruista, en cambio, lo que recordaba era el indebido tocamiento sexual.

A propósito, se reitera que M.A.V.P. destacó haber pensado que ese tocamiento se asemejaba a los que el procesado tenía con su pareja, tía de la víctima, lo que denota la particular libidinosidad del comportamiento. Además, ante la sensación que le causaron los hechos, la menor se alejó del sitio hasta su cuarto, sin detenerse en observar la reacción del procesado, evidencia de que trató de huir de la situación abusiva. De haber sido tan claro que el sujeto solo intentó auxiliarla, no es comprensible la reacción de la menor.

Adicionalmente, no puede obviarse que resulta por lo menos llamativo y cuestionable que, si una niña va a caer desde un balcón, solo se logre evitar tal accidente sujetándola de su zona vaginal, además, porque anatómicamente es difícil lograr la aprehensión de una mujer a través de

esta parte del cuerpo, más si se tiene en cuenta que M.A. refirió que se resbaló y se fue para atrás.

Retomando, es evidente que la intervención de la madre generó en la niña un entendimiento totalmente diferente de los hechos. Al respecto, la Sala no puede pasar por alto que M.A.V.P. afirmó que su progenitora la regañó por mentir en relación con lo sucedido con WILSON DE JESÚS, además, le cuestionó que en las versiones previas, que entregó ante la comisaría y el colegio, consignara cosas diferentes a lo que le manifestó a ella, y que antes del juicio, le dijo que relatara la verdad en el estrado.

El anterior análisis de la prueba es necesario para evidenciar varios aspectos que la limitan. Hubo una indebida intervención de la madre de la víctima, lo que sin duda generó una sugestión para esta última. Nótese que la progenitora no estuvo en el lugar de los hechos, M.A. explícitamente adujo que solo estaban ella y el acusado, además, que justamente ese día se sintió triste porque su progenitora se encontraba en otro municipio.

En esas condiciones, la ascendente no tenía el conocimiento directo de los hechos para asegurar que el delito no existió. En consecuencia, tampoco para decirle a su hija el sentido de la declaración que debía dar en juicio. Además, la reprendió por no limitar sus manifestaciones de los hechos a lo que ella (la madre) consideraba correcto y cierto, de ahí que se advierte interés en que el testimonio siguiera un único camino.

Véase que la intervención de Adriana Patricia Palacio Muñoz llevó a que su hija modificara su apreciación de los hechos, los que comprometían al procesado, eso también explica porqué la niña constantemente en juicio se preocupó por las eventuales consecuencias negativas para su progenitora, en caso de dar una declaración diferente a lo que aquella le señaló.

Conforme a lo expuesto hasta el momento, es evidente que la menor intentó infructuosamente entregar un testimonio favorable al procesado. En contraste, lo que se deriva del examen de la prueba es que, pese a su evasiva actitud, la niña dio cuenta de un tocamiento lascivo del procesado a su zona vaginal, el que intentó disimular con ocasión de la indebida sugestión proveniente de su madre.

En otro sentido, para responder con suficiencia a los planteamientos de la impugnante, se impone destacar que la menor manifestó haber estado nerviosa durante sus versiones previas, asegurando que mintió, pese a ello, también fue clara en dar cuenta de lo que percibió al momento de ser tocada por el acusado, claramente, un comportamiento sexual abusivo.

Se insiste, esta no es una valoración de las declaraciones anteriores, sino de lo dicho en juicio por M.A., donde entregó dos versiones contrarias sobre su percepción de los tocamientos. La que apunta a la inocencia del acusado no superó el examen de la Sala, por lo que debe ser descartada. Mientras tanto, la hipótesis incriminatoria sigue un orden lógico que no logra ser desvirtuada con las explicaciones ofrecidas por la testigo. Adicionalmente, no se observa que la niña tuviera alguna limitación cognitiva que afecte lo concluido hasta este momento.

En esa línea, y siguiendo lo dicho por M.A.VP., el señalamiento al acusado no provino de su hermano (de la víctima), ni de las educadoras y tampoco de la comisaria de familia. Entonces, no se advierte indebida sugestión de estos, de ahí que tal argumento de la Defensa resulte impertinente.

En el mismo sentido, no es relevante si la denuncia fue interpuesta por la madre, por la comisaria o por las educadoras. Lo cierto, como se verá en los siguientes puntos de esta providencia, es que hubo intervención de todas en procura de proteger a la niña y por eso se denunciaron los hechos. Tampoco es determinante si la niña estaba llorando previo al encuentro con

su agresor o si este estaba alicorado, pues en cualquier situación, el tocamiento es reprochable penalmente.

3. De los testimonios de las educadoras y la comisaria de familia, pruebas de cargo

Adriana Stella Henao Henao,¹³ educadora en la escuela de la niña, informó que cuando se tuvo conocimiento del posible abuso, hizo parte de un grupo interdisciplinario para valorar el caso, pero al advertir que posiblemente excedía su competencia, pidió a la niña que escribiera los hechos en un documento y la remitió a la docente orientadora.

Por su parte, Luisa María Quintero Bedoya,¹⁴ docente orientadora, manifestó que la menor le relató los hechos de manera coherente, evidenciando decaimiento y tristeza, por lo que envió el asunto a comisaria de familia.

A su vez, Luz Dora Estrada Giraldo,¹⁵ comisaria de familia de Betania, señaló que recibido el caso del colegio de la víctima, inició el proceso de restablecimiento de derechos y se entrevistó directamente con aquella, pues no contaba con psicóloga en aquel entonces en su dependencia, además, que la niña se mostró tranquila. Precisó que efectuó visita domiciliaria encontrando que la M.A. vivía solo con su madre y que en el proceso administrativo se determinó que hubo vulneración de derechos por el abuso sexual.

Como ya se dejó claro antes en esta providencia, las declaraciones previas de la menor no se incorporaron al juicio, por lo que no son materia de evaluación. Sin embargo, las dos profesoras y la comisaria familia dieron

¹³ Juicio oral del 3 de abril de 2018, archivo "DOC. 06. VIDEO AUDIENCIA CONTINUACION JUICIO - SE SUSPENDE - 03-04-2018", récord 00:37:35 a 00:59:00.

¹⁴ Juicio oral del 3 de abril de 2018, archivo "DOC. 06. VIDEO AUDIENCIA CONTINUACION JUICIO - SE SUSPENDE - 03-04-2018", récord 00:07:05 a 00:35:50.

¹⁵ Juicio oral del 5 de junio de 2018, archivo "DOC. 07. VIDEO AUDIENCIA CONTINUACION JUICIO - SE SUSPENDE - 05-06-2018", récord 00:37:35 a 00:59:00.

cuenta de que el caso llegó a su conocimiento por un posible abuso sexual y así lo direccionaron. Nótese que no se advirtió por parte de estas testigos que los hechos fueran fruto de un mal entendido, incluso Estrada Giraldo destacó que en el procedimiento administrativo se estableció la vulneración de derechos. Lo que es coherente con lo advertido hasta ahora en la decisión.

Por otra parte, se debe señalar a la recurrente que los requisitos contemplados en el artículo 206A del C.P.P. se refieren a la entrevista forense de menores víctimas de delitos sexuales, acto investigativo que no es propiamente una prueba, por lo tanto, no debe ser necesariamente evaluada por esta instancia. De modo que es una actuación totalmente diferente al interrogatorio cruzado de los menores, el cual se rige por la reglamentación de la prueba testimonial, contemplada en los artículos 383 a 404 del C.P.P., así como por la Ley 1098 de 2006, artículos 192 a 194. La reglamentación de la entrevista forense tampoco es un parámetro que aplique estrictamente a los procedimientos administrativos adelantados en las comisarías de familia, así que resulta descontextualizado atacar el testimonio de Luz Dora Estrada Giraldo a partir del artículo 206A del C.P.P.

Entonces, la trascendencia del procedimiento administrativo ante la comisaría, así como la actuación adelantada en el colegio de la niña, son accesorios a los hechos jurídicamente relevantes, por lo tanto, para la resolución del caso y establecer la responsabilidad penal del acusado, no es determinante que dichas actuaciones administrativas se efectuara en cumplimiento estricto de los parámetros que les gobiernan.

4. El testimonio de la abuela de la víctima, prueba de descargo

Dolly Margarita Muñoz Montoya,¹⁶ abuela de la menor, informó que su nieta evidenció rechazo al hecho de convivir con el procesado. También adujo que M.A. es una persona difícil, con tendencia a la mentira, grosera y que vigila indebidamente a los adultos en sus espacios íntimos. Calificó a LÓPEZ LÓPEZ como un “caballero”. Destacó que la madre de la víctima reprendía fuertemente a sus hijos, por lo que no existía confianza entre M.A.V.P. y Adriana Patricia Palacio Muñoz.

Esta testigo no es objetiva, por un lado, intentó restar credibilidad a su propia nieta, utilizando referencias negativas para describirla. En contraposición a esto, quiso hacer ver a WILSON DE JESÚS como un buen hombre.

Aun así, aporta un dato importante para corroborar la hipótesis acusatoria, destacó que su nieta mostró rechazo por el procesado. Ahora, el único motivo expuesto durante el proceso para que la niña sintiera aversión por el sujeto, fue el escenario abusivo que soportó. No puede perderse de vista que la Fiscalía acusó por un solo hecho, pero que la niña dio cuenta, después del refrescamiento de memoria, que fueron varios los comportamientos abusivos que ejecuto LÓPEZ LÓPEZ en su contra.

Adicionalmente, importa precisar que si la niña observó comportamientos íntimos del acusado y su tía, ello no implica que haya fantaseado los hechos por los que se acusó al sujeto. Por el contrario, esto reafirma que M.A. sabía que los tocamientos efectuados por WILSON DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ tenían una connotación sexual, y por eso encontró similitud entre dichos actos y los que pudo ver entre los adultos. Además, no puede utilizarse la personalidad de la víctima para justificar el actuar delictivo del procesado.

¹⁶ Juicio oral del 17 de julio de 2018, archivo “DOC. 08. VIDEO AUDIENCIA CONTINUACION JUICIO - SE SUSPENDE - 17-07-2018”, récord 00:37:35 a 00:59:00.

Resulta llamativo que la abuela y la niña durante sus interrogatorios cruzados estuvieron alertas a justificar el actuar del agresor, quien según dijo M.A., continuó relacionándose en el grupo familiar. Se evidencia de esa forma que no se garantizó a la menor estar alejada de su abusador, lo que pudo generar el conato de retractación en juicio.

Es evidente que la intención de las testigos era favorecer al acusado, con quien tenían cercanía dada su familiaridad, de ahí que no sea necesario establecer algún tipo de dependencia económica, como insinuó la Defensora.

5. El testimonio del acusado

WILSON DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ,¹⁷ renunciando a su derecho a guardar silencio, corroboró que tocó la vagina de la niña en los hechos que tuvieron lugar en las escalas adyacentes al balcón de la casa de aquella, pero negó que se tratara de una conducta sexual abusiva, por el contrario, adujo que intentó evitar que M.A. se cayera del balcón.

La apelante aduce que el Juez indebidamente restó credibilidad a LÓPEZ LÓPEZ porque utilizó un lenguaje coloquial. Sobre este particular aspecto, importa destacar que más allá de la forma de expresarse del acusado, su testimonio es insuficiente para desvirtuar la prueba de cargo en los términos analizados en esta decisión.

Es natural que otorgue una versión que le sea favorable teniendo presente las consecuencias que puede acarrear un fallo condenatorio. En esas condiciones, era necesario que la parte defensiva aportara información adicional y relevante que permitiera corroborar su versión. A propósito, se reitera, las explicaciones de la víctima -a modo de retractación- y del propio

¹⁷ Juicio oral del 1 de marzo de 2019, archivo “DOC. 09. VIDEO AUDIENCIA CONTINUACION JUICIO - ANUNCIO CONDENA - INDIVIDUALIZACION - 01-03-2019”, récord 00:23:01 a 01:01:45.

acusado, resultan insuficientes pues no encuentra la Sala cómo la eventual caída de la niña pudo ser evitada solo con la palpación de la vagina por parte del acusado.

En esas condiciones, no le asiste razón a la apelante cuando afirma que el testimonio de WILSON DE JESÚS, y su análisis conjunto con la demás prueba practicadas, permiten sustentar un fallo absolutorio.

6. Sobre la decisión de la madre de la víctima de no declarar

En uso de la garantía constitucional de no declarar contra sus parientes, artículo 33 de la C.N., Adriana Patricia Palacio Muñoz, madre de M.A.V.P., decidió no rendir testimonio. Ello implica que su silencio no puede ser tenido en cuenta para emitir juicios especulativos en favor de alguna de las tesis en conflicto. Sin embargo, en este caso la relevancia del testimonio no es determinante ni para la decisión del Juez, ni para la que ahora perfila la Sala, de ahí que la objeción de la apelante resulte poco trascendente para resolver el asunto.

7. De la antijuridicidad y la culpabilidad

En relación a la antijuridicidad, el artículo 11 del C.P. señala: *para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.*

Ahora bien, se impone precisar que en el delito objeto de este proceso opera una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, según la cual, los menores de 14 años de edad son incapaces de ejercer libremente la sexualidad.

De modo que no puede aceptarse, como parece entender la Defensora, que la antijuridicidad dependa de lo que considere la víctima menor de edad, o de que se haya acreditado una afectación mediante prueba pericial. En este caso, se evidenció que M.A.V.P. fue sometida por el acusado a tocamientos lascivos de su zona vaginal, comportamiento con suficiente entidad para afectar bien protegido.

En cuanto a la culpabilidad, es claro que WILSON DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ no se discutió no se probó que el acusado actuara al amparo de alguna causal que la excluyera.

En definitiva, no se advierte que el tocamiento de la vagina de la menor tuviera un motivo distinto al ánimo lascivo del procesado. Se explicó con suficiencia a lo largo de esta providencia que las exculpaciones que quisieron presentarse en juicio no son suficientes para demeritar el valor incriminatorio de las pruebas practicadas.

Conforme a lo analizado en esta providencia, no se advierte una hipótesis plausible de inocencia que beneficie al procesado. Por el contrario, se alcanzó en términos del artículo 381 del C.P.P., el conocimiento necesario para condenar, pues no existen dudas razonables sobre la responsabilidad penal del acusado en el acto sexual abusivo del que fue víctima M.A.V.P. Respondidas así todas las inconformidades planteadas por la apelante, esta Sala confirmará la sentencia de primera Instancia.

Sin necesidad de otras consideraciones, **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 y origen conocidos, en cuanto fue materia de apelación.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

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: 0bffa4f58273c2d0dd253528311225680ed91cf8477346aa0f83b269dd60fc42

Documento generado en 17/05/2023 11:30:53 AM

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