

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 182

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2023-0114-4	sentencia 2ª instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	YERLY JULIANA HIGUITA MAYO Y OTROS	Confirma sentencia de 1° Instancia	Octubre 17 de 2023
2023-0832-4	sentencia 2ª instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	ANDERSON TORRES GAVIRIA	Confirma sentencia de 1° Instancia	Octubre 17 de 2023
2020-0649-4	auto ley 906	RECEPTACION Y OTROS	EDILSON YOHANY MOLINA ZAPATA	Decreta nulidad	Octubre 17 de 2023
2023-1832-1	auto ley 906	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	GUSTAVO DE JESÚS BETANCUR ARROYAVE	Fija fecha de publicidad de providencia	Octubre 18 de 2023
2023-1759-1	Tutela 2ª instancia	KASSANDRA DANELLY RIVERA HINCAPIE	FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Octubre 18 de 2023
2023-1547-3	Incidente de Desacato	GUILLERMO MOSQUERA PEREA	FISCALIA 14 SECCIONAL DE SAN ROQUE ANTIOQUIA Y OTROS	Requiere previo a abrir incidente	Octubre 18 de 2023
2023-1825-4	Tutela 1ª instancia	NARBELLY MERCADO SILGADO	CENTO DE SERVICIOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD MEDELLIN Y ANTIOQUIA	Niega por hecho superado	Octubre 18 de 2023
2023-1951-4	Tutela 1ª instancia	JUAN DAVID MENDOZA	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Inadmite acción de tutela	Octubre 18 de 2023
2018-1336-4	auto ley 906	TRATA DE PERSONAS	MARUJA ESTHER DE LA CRUZ GONZALEZ	Fija fecha de publicidad de providencia	Octubre 18 de 2023
2023-1947-5	Tutela 1ª instancia	CRISTOBSLINA MENA MOYA	PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS	Remite por reglas de reparto	Octubre 18 de 2023
2023-1794-5	auto ley 906	HOMICIDIO Y OTROS	CARLOS DANIEL CARO BENÍTEZ	Se abstiene de resolver recurso de apelación	Octubre 18 de 2023
2023-1649-6	auto ley 906	ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS	ARISTIDES DE JESUS ANGEL BETANCUR	Fija fecha de publicidad de providencia	Octubre 18 de 2023

2023-1687-3	sentencia 2º instancia	ACOSO SEXUAL	JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR	Confirma sentencia de 1º Instancia	Octubre 18 de 2023
2020-0790-3	sentencia 2º instancia	FEMINICIDIO AGRAVADO	JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA	modifica sentencia de 1º instancia	Octubre 18 de 2023
2023-1494-3	sentencia 2º instancia	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	ALEX MAURICIO SUAREZ VÉLEZ Y OTRO	modifica sentencia de 1º instancia	Octubre 18 de 2023
2023-1793-1	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	JAIRO MANUEL RODRIGUEZ ROMERO	confirma auto de 1º Instancia	Octubre 18 de 2023
2023-0671-6	sentencia 2º instancia	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	DANIEL ALBERTO MONSALVE CARO	Confirma sentencia de 1º Instancia	Octubre 18 de 2023
2023-1833-6	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	WILMAR ALCIDES ZAPATA VALENCIA	confirma auto de 1º Instancia	Octubre 18 de 2023
2023-1570-1	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	MARTA ELENA OLARTE	confirma auto de 1º Instancia	Octubre 18 de 2023

FIJADO, HOY 19 DE OCTUBRE DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

DESIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

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

Medellín, veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higueta Mayo y otros.
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes y otro
Decisión : Confirma sentencia.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta No. 347.

M.P. Isabel Álvarez Fernández

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa de la señora YERLY JULIANA HIGUITA MAYO, frente a la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2022 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia y a través de la cual se le declaró penalmente responsable por la comisión de las conductas punibles de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes en concurso heterogéneo con el punible de Concierto para delinquir agravado y se le condenó a la pena de cincuenta y un (51) meses de prisión, multa de mil trescientos cincuenta y cuatro (1354) S.M.L.M.V. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higuíta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

la libertad, en virtud del preacuerdo logrado entre la Fiscalía y la procesada asesorada por su defensor.

Se le denegó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria del artículo 38 del C.P., así como la prisión domiciliaria como cabeza de familia.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se desprende del escrito de acusación que, mediante labores investigativas adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, se estableció que en el municipio de El Peñol (Ant) existía un grupo de personas dedicadas a la distribución de sustancias estupefacientes, denominado “LA PEÑA” vinculado al grupo de delincuencia organizado “LA TERRAZA”. El 9 de noviembre de 2021, se logró la captura de varios de sus integrantes, entre ellos, la señora YERLY JULIANA HIGUITA MAYO, quien cumplía funciones de expendedora de marihuana, perico, tusi desde su propia residencia, ejerciendo dicha actividad desde el año 2019 en compañía de su compañero sentimental ALEXIS o alias “EL BRUJO” –también capturado en esta investigación y sobre quien se profirió también sentencia condenatoria en iguales términos que a su compañera–. Se estableció además que estas personas, también le prestaban el servicio de domicilio a los compradores de estupefacientes.

Al momento de su captura fueron encontrados en posesión de tres bolsas plásticas de cierre hermético, que

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higueta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

contenían una sustancia vegetal que arrojó positivo para marihuana, con un peso neto de mil trescientos cincuenta y uno punto siete (1.3151.7) gramos.

RESUMEN DE LO ACTUADO

Ante el Juez de control de garantías el 11 de noviembre de 2021, se imputaron a la procesada los delitos de Concierto para delinquir agravado art. 340 inc. 2° “por realizarse con fines de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes” en concurso heterogéneo con el de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes art. 376 inc. 2° en la modalidad de “transportar y vender” e inc. 3° en la modalidad de “almacenar”, sin que se allanara a los cargos.

Posteriormente, el 6 de marzo de 2022 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación manifestando la Fiscalía que había llegado a un preacuerdo con la procesada, la señora YERLY JULIANA HIGUITA, consistente en que ésta aceptaría los cargos como autora de los delitos de Concierto para delinquir agravado art.340 inc. 2° en concurso heterogéneo con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes art.376 inc. 2° y 3°; y a cambio la Fiscalía General de la Nación degradaría su participación de autora a cómplice, únicamente para efectos punitivos, pactándose la pena a imponer en cincuenta y un (51) meses de prisión y multa de 1.354 smlmv. Así entonces, en esa misma fecha se celebró audiencia verificación del preacuerdo y el 6 de octubre siguiente la audiencia de individualización de pena,

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higuíta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

en tanto que la lectura de sentencia tuvo lugar el 15 de diciembre de 2022.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En virtud del preacuerdo celebrado entre la procesada y la Fiscalía, la Juez de primera instancia emitió sentencia condenatoria, entre otros, en contra de la YERLY JULIANA HIGUITA MAYO por el delito de Concierto para delinquir agravado, en concurso con el Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en calidad de cómplice en virtud del preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y la procesada.

Consideró la *A quo* que en el presente caso la acusada aceptó cargos de forma libre, voluntaria y espontánea, estuvo debidamente asesorada por su defensor. Asimismo, advirtió que de los elementos materiales probatorios aportados por el ente Fiscal se desprendía un conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la materialidad de las conductas y la responsabilidad de la procesada en los delitos endilgados. Por lo anterior, se le impuso la pena acordada.

En cuanto a los subrogados y sustitutos penales explicó la falladora, que en el presente caso por expresa prohibición legal, la sentenciada no podía ser acreedora del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni del sustituto de la prisión domiciliaria del artículo 38 del C.P., ni tampoco de la prisión domiciliaria como cabeza de familia; expresando que no se acreditó esa condición jurídica, por cuanto

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higuíta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

no se da el requisito de la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar. Expresando que, en el caso concreto, conforme a la valoración sociofamiliar que hiciera el trabajador social DIDIER AGUDELO, se pudo concluir que la menor hija de la procesada se encuentra bajo el cuidado de sus abuelos maternos y paternos, además que a la niña se le estaba brindando ayuda terapéutica solicitada por la señora ARACELY GARCÍA quien tiene a cargo la custodia de la menor. Por lo tanto, que se hacía evidente que era los abuelos tanto de la línea materna como paterna los llamados a velar por el cuidado y protección de la menor, y en caso de que por asuntos laborales no pudieran hacerlo, la procesada contaba con una familia extensa que podía asumir temporalmente esa función.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

La defensa interpuso el recurso de apelación y lo sustentó por escrito, manifestando su desacuerdo con la negación de la concesión de la prisión domiciliaria a la procesada HIGUITA MAYO. Al respecto argumentó lo siguiente:

- Su representada cumple con los requisitos legales y jurisprudenciales para que le sea otorgada la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, toda vez que tiene a su cargo a su hija menor S.C.H. de 8 años.

- La señora YERLY HIGUITA siempre ha asumido el rol de madre de forma permanente y se ha ocupado de la crianza y educación de la menor de forma integral.

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higuíta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

- El señor ALEXIS CANO GARCÍA quien es el padre de la menor, se encuentra actualmente privado de la libertad en virtud de este proceso, y, por lo tanto, no puede asumir el cuidado de la niña.

- Si bien la menor cuenta con abuelos maternos y paternos, eso no significa que se le estén garantizando los derechos, porque si bien inicialmente los primeros asumieron la custodia de la niña, se presentaron episodios donde ésta fue víctima de agresión física por parte de su abuelo, lo que conllevó a la intervención de la Comisaria de Familia y por ello se trasladó la custodia a los abuelos paternos, pero la situación no ha mejorado porque se logra evidenciar de la valoración que hiciera el trabajador social que la crianza impuesta es drástica y ruda.

- La menor ha disminuido su rendimiento académico, es rebelde e irrespetuosa y siempre implora la presencia de la madre.

Por lo anterior, solicita se revoque parcialmente la decisión de primera instancia y se conceda a su defendida la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la defensa de la acusada YERLY JULIANA HIGUITA MAYO, de conformidad con lo previsto en los

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higuíta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

artículos 34 numeral 1°, 176, inciso final y 179, Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Del escrito de sustentación del recurso de alzada presentado por el defensor de la acusada, se advierte que, en su calidad de único sujeto procesal recurrente, cuestionó la decisión de primera instancia sólo en lo que respecta a la no concesión del sustituto de la prisión domiciliaria como cabeza de familia, a la procesada HIGUITA MAYO.

Al respecto, la Ley 750 de 2002, consagró el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria para el condenado que ostente la calidad de madre o padre¹ cabeza de familia, esto con el fin de proteger a los menores de edad que dependen enteramente de quien resulte condenado o condenada, pero también como respaldo de otras personas bajo su cargo que por su edad o por problemas graves de salud, sean incapaces o estén incapacitadas para trabajar, (CSJ SP 4945-2019, rad. 53863 de 13-11-2019), y que, por lo tanto, como consecuencia de un fallo condenatorio queden abandonados a su propia suerte. Así entonces, dispuso la Ley que la ejecución de la pena privativa de la libertad tendría lugar en el domicilio de quien fuera sentenciado siempre y cuando se cumplieran los siguientes requisitos:

a) Que quien la solicite sea madre o padre cabeza de familia, entendiendo como tal y de acuerdo con el

¹La sentencia C-184 de 2003, hizo extensivo el beneficio de la prisión domiciliaria a los padres cabeza de familia.

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higueta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

artículo 2 de la norma, aquél que siendo soltero o casado, tuviera bajo su cargo económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar;

b) Que el delito endilgado no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro, o desaparición forzada;

c) Que no registre antecedentes penales; y

d) Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita a la autoridad judicial competente determinar que no se pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad, o hijos con incapacidad mental permanente.

Queda claro entonces que la citada Ley busca la protección integral del menor, pues a decir de la Corte², más que el suministro de los recursos económicos para el sustento del hogar, lo importante es el cuidado integral de los niños, esto es, la protección, afecto, educación, orientación, etc., pero debe demostrarse, eso sí, que quien sufre la condena, estaba al cuidado de sus hijos antes de la privación de su libertad, situación

²Ibídem.

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higueta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

que se extiende a las personas dependientes en el seno del hogar, al punto que pueda asegurarse que este hecho determinó el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquéllos.

Para el reconocimiento de tan caro instituto no basta entonces con acreditar la condición biológica de padre o madre de familia, sino que es preciso que se demuestre, que la persona de quien se predica la circunstancia, ostenta la condición jurídica de cabeza de familia, esto que, que era el único soporte afectivo, económico y emocional de la menor, y que no contaba dentro de su grupo familiar con otras personas que pudieran hacerse cargo de las necesidades de todo orden del niño.

En este contexto, y de cara a acreditar la condición de madre cabeza de familia de la procesada, la defensa aportó el registro civil de nacimiento de la menor; la valoración sociofamiliar que hiciera el trabajador social contratado por la defensa; las declaraciones extrajuicio de ADRIANA MARÍA MAYO, DAIRO ALBERTO CANO y ARACELY GARCÍA MARÍN –estos últimos abuelo paterno y abuela materna de la menor, respectivamente–; del certificado de estudio de la niña y de la constancia expedida por la Fundación con Amor por Amor. Sin embargo, la Sala coincide con la *A quo* al considerar que, aunque dichos documentos demuestran la relación filial de la procesada con su hija, no acreditan que se dé el requisito de la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar.

Si bien es cierto, el recurrente indica que en el presente caso el padre de la menor también se encuentra privado

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higueta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

de la libertad por este mismo proceso y no puede velar por el cuidado y protección de la niña, a partir de los medios de prueba aportados incluso por la Defensa, se establece que la menor se encuentra bajo el cuidado de sus abuelos paternos y maternos, quienes le pueden brindar respaldo no solo económico, sino especialmente afectivo y emocional.

Ahora bien, aunque alega el recurrente, que la protección que los abuelos pudieran prestar a la menor resulta insuficiente en la medida que sus derechos se han visto vulnerados por la drástica y conservadora crianza de aquellos, y que por eso ha desmejorado su rendimiento académico y se comporta de forma altanera; no se advierte que la menor esté en alguna situación de riesgo al cuidado de sus abuelos porque si bien, el informe del Trabajador social explica que el proceso de formación de S.C.H. puede estar en riesgo, del mismo informe se logra interpretar que los cambios comportamentales de la niña, y con razón, devienen de la situación de privación de la libertad de sus padres, circunstancia que la llevó indefectiblemente a cambiar su entorno.

Y adicionalmente, aunque el informe da cuenta de algunos conflictos de la menor con sus abuelos maternos, en especial con el abuelo, y con los abuelos paternos, también lo es, que es el abuelo materno quien sufraga los gastos económicos de la menor, y los paternos quienes la proveen del cuidado y cariño, y que estos últimos, están haciendo un esfuerzo para adaptarse a su nuevo rol de cuidadores, a tal punto de hacer acompañamiento de la menor en el programa de “entrenamiento

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higueta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

de padres, madres y/o acudientes como coterapeutas”, y aunque la fundación Con Amor por Amor, refiera la necesidad de la figura materna, lo que se evidencia es que la niña no ha sido abandonada a su suerte, y por el contrario, existe un ánimo de sus descendientes de línea paterna para brindar apoyo y protección integral a S.C.H.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el informe del trabajador social presenta inconsistencias en la medida que se advierte que la menor tuvo que ser sometida a un proceso de restablecimiento de derechos, toda vez que venía siendo maltratada por sus abuelo materno y ello conllevó a que la trasladaran a la vivienda de los abuelos paternos, sin embargo, ello contradice la respuesta emitida por la Comisaria de Familia del 5 de octubre de 2022 mediante la cual indicó que a la menor no se le había hecho ningún proceso al respecto, ni tampoco existía ningún elemento que pudiera llevar a presumir sobre alguna vulneración de sus derechos o que S.C.H. se encontrara en situación de riesgo, como para que se hiciera necesaria la intervención de la Comisaria.

Así entonces, razón asistió a la Juez de primera instancia, cuando advirtió que se debía demostrar que la señora HIGUITA MAYO era la única persona que podía velar por el cuidado integral de su hija, pues de los elementos de convicción traídos a este proceso, no se da cuenta que la niña se encuentre en situación de riesgo o de abandono con ocasión de la privación de la libertad de sus padres.

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higuíta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

Si bien es cierto, en este tipo de situaciones debe prevalecer el interés superior del menor, también lo es, tal y como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia (CSJ SP 3738-2021, rad. 57905 de 25-08-2021) que:

Respecto a la prevalencia del interés superior del menor, es importante recordar que su observancia no releva al juez de verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados por el legislador en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, en tanto, no existen derechos absolutos.

Conforme a lo dicho hasta el momento, tal y como acertadamente lo sostuvo el *A quo*, y al establecerse que no se satisface el requisito de la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar, pues de hecho son los abuelos maternos y paternos quienes se están haciendo cargo de las necesidades de todo orden de la hija menor de edad de la procesada YERLY JULIANA HIGUITA MAYO, no es dable, predicar de ésta la condición jurídica de cabeza de hogar, y por ello no posible, como con acierto lo resolviera el *A quo*, concederle la prisión domiciliaria como cabeza de hogar.

Finalmente, resulta preciso señalar que no es dable que, en sede de apelación, la Sala aborde otros asuntos que no fueron expresamente considerados por el defensor recurrente; ello, en virtud del principio de la prohibición de reforma en peor. Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SP 359-2022, rad. 54535 de 2022 del 16-02-2022, indicando:

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higuíta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

La Sala, bien como tribunal de segunda instancia o de casación, de forma mayoritaria, ha venido avalando en la práctica los diferentes preacuerdos sometidos a su conocimiento y en esa medida entendido que la sentencia anticipada se profiere según lo convenido y con las consecuencias jurídicas que le sean ajenas, bajo cuatro supuestos: i) Los preacuerdos tienen efectos vinculantes para el juez pues, en términos del inciso 4º del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, “los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”; ii) el preacuerdo, en aquellos casos en que se logra después de la formulación de la imputación, hace las veces de escrito de acusación, como que de conformidad con el artículo 350 ídem, “Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”; iii) no le es legalmente posible al juez controlar materialmente la acusación; la calificación jurídica de los hechos y la fijación de los jurídicamente relevantes corresponde con exclusividad a la Fiscalía, sin perjuicio de que se examinen los requisitos que le defieren legalidad al preacuerdo, ni aquellos que fundamentan la sentencia anticipada y iv) como generalmente se advierte que es el procesado quien impugna como recurrente único, opera la prohibición de reforma peyorativa, de modo que ni aún por vía de nulidad podrían improbarse los preacuerdos toda vez que terminaría agravándose la situación de quien fue impugnante único.

Así entonces, por los argumentos expuestos, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, específicamente en lo que respecta a la negativa a conceder la prisión domiciliaria como cabeza de familia a la sentenciada YERLY JULIANA HIGUITA MAYO.

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

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higuita Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

FALLA

PRIMERO.- SE CONFIRMA íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, de fecha de 15 de diciembre de 2022, en contra de la señora YERLY JULIANA HIGUITA MAYO y otros, según las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98, Ley 1395 de 2010. Una vez surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** que, por Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen, para que sean destinadas para lo concerniente a la fase ejecutiva de la condena.

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

N° Interno : 2023-0114-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00215
Acusados : Yerly Juliana Higueta Mayo
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes y otro

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: **0823e0cb6fa38e3f6dd07fd0232949834ca2322bd04aae20bfabc1198e0362cf**

Documento generado en 02/10/2023 05:11:39 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, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05615 6000 364 2022 00247
Acusados : Anderson Torres Gaviria
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.
Decisión : Confirma sentencia.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta No. 353.

M.P. Isabel Álvarez Fernández

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la Defensa del señor ANDERSON TORRES GAVIRIA, frente a la sentencia proferida el 20 de abril de 2023 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.) y a través de la cual se le declaró penalmente responsable por la comisión de la conducta punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y se le condenó a la pena de setenta y cuatro (74) meses de prisión, multa de noventa y tres (93) S.M.L.M.V. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, en virtud del preacuerdo logrado entre la Fiscalía y el

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

procesado, asesorado por su Defensa.

Se le denegó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria del artículo 38 del C.P. y como cabeza de familia.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Ocurrieron el 17 de junio de 2022 en el Aeropuerto Internacional José María Córdoba, ubicado en el municipio de Rionegro (Ant.) cuando al señor ANDERSON TORRES GAVIRIA quien se dirigía a tomar el vuelo VH 464 de la aerolínea Viva *Airline* hacía Cancún, se le encontraron en su bolso marca Tutto, color verde oscuro con doble fondo, 300 pastillas al parecer de éxtasis y una sustancia pulverulenta característico de TUCIBI, cuyo contenido arrojó como resultados positivos 196.4 gramos para cocaína y sus derivados, y 140,6 gramos para anfetaminas.

RESUMEN DE LO ACTUADO

Ante el Juez de control de garantías el 18 de junio de 2022, se imputó al procesado el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de “transportar para sacar del país”, art. 376 inc. 3º C.P., sin que se allanara a los cargos.

Posteriormente, el 16 de diciembre 2022 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, y después de

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

formulados los cargos la Fiscalía anunció que había llegado a un preacuerdo con la Defensa, no obstante, éste fue improbadado por el Juez de primera instancia. Así las cosas, el 24 de febrero de 2023 se presenta un nuevo preacuerdo consistente en que el procesado aceptaría cargos por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes art. 376 inc. 3° por el verbo rector “transportar” y a cambio la Fiscalía le reconocería la figura de la complicidad para efectos punitivos, dejando a consideración del Juez de primera, la imposición de la pena. Es por lo anterior, que el 20 de abril siguiente, se celebró audiencia concentrada de verificación de preacuerdo en la que se impartió aprobación al pacto presentado por las partes, y seguidamente se realizaron las audiencias de individualización de pena y sentencia en la que el defensor solicitó que se le concediera a su asistido la prisión domiciliaria porque ostentaba la condición de padre cabeza de familia, allegando los documentos que en su criterio acreditaban esa condición; y finalmente se realizó la audiencia de lectura de fallo.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En virtud del preacuerdo celebrado entre el procesado y la Fiscalía, el Juez de primera instancia emitió sentencia condenatoria en contra de ANDERSON TORRES GIRALDO por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc. 3°) en calidad de cómplice en virtud del preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y el procesado.

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

Consideró el *A quo* que en el presente caso el acusado aceptó cargos de forma libre, voluntaria y espontánea, estuvo debidamente asesorado por su defensor. Asimismo, advirtió que de los elementos materiales probatorios aportados por el ente Fiscal se desprendía un conocimiento más allá de duda razonable, sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado en el delito endilgado.

En cuanto a los subrogados y sustitutos penales explicó el fallador que, en el presente caso por expresa prohibición legal, el sentenciado no podía ser acreedor ni del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni del sustituto de la prisión domiciliaria del artículo 38 del C.P.

Adicionalmente, advirtió que, en el presente caso, el señor ANDERSON GIRALDO TORRES no demostró su condición de padre cabeza de familia, pues de las evidencias allegadas si bien se destaca que tiene un hijo menor de edad, ello no significaba que estuviera exclusivamente bajo su custodia, y a su vez, que no existieran otras personas que pudiesen hacerse cargo del niño; por cuanto, en el formato de arraigo quedó evidenciado que el procesado al momento de su captura vivía con su madre de 59 años de edad para entonces, quien no se conoce ninguna afectación o discapacidad.

Aunado a lo anterior, refirió el *A quo*, que no puede olvidarse la gravedad de la conducta y las circunstancias en las que acaecieron los hechos, que, por la común experiencia, las

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

grandes estructuras de narcotráfico suelen utilizar a personas como TORRES GAVIRIA como correos humanos para llevar a cabo el comercio transnacional de estupefaciente, convirtiéndose en una pieza fundamental del eslabón de esta cadena de narcotráfico.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

La defensa interpuso el recurso de apelación y lo sustentó por escrito, manifestando su desacuerdo con la negación de la concesión de la prisión domiciliaria. Al respecto argumentó lo siguiente:

- En el presente caso se cumple con los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para conceder el sustituto de prisión domiciliaria.
- Se aportaron todos los elementos que acreditaban la condición de padre de familia de su representado.
- El señor TORRES GARVIRIA es el padre de M.T.R. y así se demostró mediante registro civil. Además, es quien ha velado por el menor desde que nació y se ha encargado de su cuidado emocional y económico, y ello fue corroborado a través de las declaraciones extra juicio aportadas.
- La nueva ley 2292 de 2023 permite a los padres o madres cabeza de familia seguir cumpliendo con sus obligaciones.

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

Por lo anterior, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y le sea concedido a su representando la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la defensa del acusado, de conformidad con lo previsto en los artículos 34 numeral 1°, 176 inciso final y 179, Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Del escrito de sustentación del recurso de alzada presentado por la defensora del acusado, se advierte que, en su calidad de único sujeto procesal recurrente, cuestionó la decisión de primera instancia sólo en lo que respecta a la no concesión del sustituto de la prisión domiciliaria como cabeza de familia, al procesado TORRES GAVIRIA.

De cara entonces a resolver el recurso, habrá de señalarse que la Ley 750 de 2002, consagró el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria para el condenado que ostente la calidad de madre o padre¹ cabeza de familia, esto con el fin de proteger a los menores de edad que dependen enteramente de quien resulte condenado o condenada, pero también como respaldo de otras personas bajo su cargo que por su edad o por problemas graves de salud, sean incapaces o

¹La sentencia C-184 de 2003, hizo extensivo el beneficio de la prisión domiciliaria a los padres cabeza de familia.

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

estén incapacitadas para trabajar, (CSJ SP 4945-2019, rad. 53863 de 13-11-2019), y que, por lo tanto, como consecuencia de un fallo condenatorio queden abandonados a su propia suerte. Así entonces, dispuso la Ley que la ejecución de la pena privativa de la libertad tendría lugar en el domicilio de quien fuera sentenciado siempre y cuando se cumplieran los siguientes requisitos:

a) Que quien la solicite sea madre o padre cabeza de familia, entendiéndose como tal y de acuerdo con el artículo 2 de la norma, aquél que siendo soltero o casado, tuviera bajo su cargo económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial, de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar;

b) Que el delito endilgado no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro, o desaparición forzada;

c) Que no registre antecedentes penales; y

d) Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita a la autoridad judicial competente determinar que no se pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad, o hijos con

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

incapacidad mental permanente.

Queda claro entonces que la citada Ley busca la protección integral del menor, pues a decir de la Corte², más que el suministro de los recursos económicos para el sustento del hogar, lo importante es el cuidado integral de los niños, esto es, la protección, afecto, educación, orientación, etc., pero debe demostrarse, eso sí, que quien sufre la condena, sin el apoyo de una pareja, estaba al cuidado de sus hijos antes de la privación de su libertad, situación que se extiende a las personas dependientes en el seno del hogar, al punto que pueda asegurarse que este hecho determinó el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos.

Para el reconocimiento de tan caro instituto no basta entonces con acreditar la condición biológica de padre o madre de familia, sino que es preciso que se demuestre, que la persona de quien se predica la circunstancia, ostenta la condición jurídica de cabeza de familia, esto que, que era el único soporte afectivo, económico y emocional del menor, y que no contaba dentro de su grupo familiar con otras personas que pudieran hacerse cargo de las necesidades de todo orden del niño.

A efectos de acreditar la condición de padre cabeza de familia del procesado, la defensa allegó el registro civil del menor y de las declaraciones extra juicio de los señores JOSÉ RAMIRO GÓMEZ MUÑOZ y JUAN DAVID CIFUENTES MOLINA, quienes afirmaron que TORRES GAVIRIA era quien velaba por

²Ibídem.

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

su hijo, dado que la madre del menor lo había abandonado.

Al analizar los elementos aportados por la defensa y los que obran en la actuación, resulta imperioso concluir, como con acierto lo estableciera el Juez *A quo*, que, aunque, se acreditó la relación consanguínea del sentenciado con su hijo menor M.T.R., no se estableció la condición de cabeza de hogar del procesado.

Al respecto, porque del registro civil de nacimiento se desprende que la madre del menor, es la señora MARÍA CAMILA RODAS HERNÁNDEZ, quien junto con el procesado, está en la obligación legal y moral de velar por el cuidado integral del menor. Empero, incluso en el evento en el que la madre del niño no estuviera presente y se hubiera desentendido de las obligaciones de todo orden que tenía con su hijo, tal y como lo asevera la Defensa, es claro, a partir lo descrito en el informe de verificación de arraigo cuyos datos fueron informados por el mismo procesado, que para el momento de la captura, ANDERSON TORRES GAVIRIA vivía en el mismo domicilio con su padrastro y con su madre ALBA GAVIRIA ISAZA, quien para entonces contaba con 59 años de edad.

Evidenciándose a partir de la información aportada por el propio procesado, que pese al posible abandono de la madre del niño M.T.R. éste cuenta con una familia extensa, concretamente con su abuela paterna, que puede (en tanto no se mencionó que presentara alguna condición de discapacidad) y

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

debe hacerse cargo de las necesidades de todo orden del menor.

Así entonces, razón le asistió al Juez de primera instancia, cuando concluyó que en el caso concreto no era dable predicar la condición de padre cabeza de familia del procesado, ANDERSON TORRES GAVIRIA, pues de los elementos de convicción traídos a este proceso, se establece que no se cumple el presupuesto normativo de la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar, pues su hijo menor de edad, cuenta por lo menos con su abuela, para que le brinde los cuidados y el apoyo que requiere, librando al niño de cualquier situación de riesgo o de abandono derivado de la privación de la libertad de su padre.

Si bien es cierto, en este tipo de situaciones debe prevalecer el interés superior del menor, también lo es, que el sustituto penal, puede concederse siempre que se verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (CSJ SP 3738-2021, rad. 57905 de 25-08-2021) señaló:

Respecto a la prevalencia del interés superior del menor, es importante recordar que su observancia no releva al juez de verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados por el legislador en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, en tanto, no existen derechos absolutos.

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

Conforme a lo dicho hasta el momento, tal y como acertadamente lo sostuvo el *A quo*, no existen pruebas concluyentes que permitan a esta Sala establecer que ANDERSON GIRALDO TORRES sea el único soporte económico, emocional y moral para su descendiente; siendo una obligación de la Defensa, probar que la persona que ha sido condenada es el único soporte para sus hijos o para otras personas a su cargo que no pueden valerse por sí mismas, hecho que, se reitera, no fue demostrado en el caso concreto, por lo cual, al no haberse acreditado la condición jurídica de padre cabeza de familia, no era dable, tal y como lo resolvió el Juez de primera instancia, conceder el sustituto penal de la prisión domiciliaria.

Por otra parte, aludió la defensora a la reciente Ley 2292 de 2023 reglamentada por el decreto 1451 de 2023, sin embargo, se le aclara que esta normativa opera para las mujeres cabeza de familia, pero de llegar a entenderse que se puede extender su interpretación para los padres cabeza de hogar, debe tener en cuenta la recurrente que esta norma no opera de forma automática y exige el cumplimiento como mínimo de la demostración de la condición de marginalidad que determinó la comisión del delito y que la persona se encuentra vinculada a un servicio de utilidad pública, y en el caso concreto en este proceso penal, no se acreditó ni se indicó siquiera que el procesado hubiese actuado determinado por situaciones asociadas a la marginalidad.

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

Finalmente, y en lo que tiene que ver con la individualización de la pena realizada por la primera instancia, y que no fue objeto del recurso, esta Sala considera necesario llamar la atención del Juez *A quo*, pues advierte, que efectos de determinar cuál es la pena proporcional a imponer en los preacuerdos, el funcionario, sin ningún sustento, ni legal ni jurisprudencial, ha creado unos “tercios de movilidad”, que dependen del momento procesal en el que se presenta el preacuerdo.

Al respecto, es importante señalar que, aunque en efecto en la decisión 52.227 la Corte Suprema de Justicia señaló que, de cara a determinar la pena a imponer en virtud de un preacuerdo sin base fáctica, debía considerarse entre otros aspectos, el momento procesal en el que se presentaba la aceptación acordada de cargos, eso bajo ninguna circunstancia puede entenderse, como que la Corte, ordenó que los jueces desconocieran el sistema de cuartos de movilidad, establecido en el artículo 61 del C.P., precisamente para evitar que las penas fueran fijadas al simple arbitrio del Juez.

Y en este punto es importante señalar, que si bien el ordenamiento jurídico establece que en materia de preacuerdos no rige el sistema de cuartos, esta disposición se creó para favorecer los preacuerdos, para que las partes, en el evento en el que existieran circunstancias genéricas de mayor punibilidad, no tuvieran que situarse necesariamente en los cuartos medios o en el máximo de cara a individualizar la pena, e incluso para que de cara a la respuesta social, y atendiendo a la

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

naturaleza del delito, en los eventos en los que no existieran circunstancias de mayor punibilidad, las partes pudieran fijar una sanción por encima de la pena máxima del cuarto mínimo.

Sin embargo, cuando en un preacuerdo las partes no fijan la pena y la dejan a discrecionalidad del Juez, este funcionario necesariamente debe acudir a los criterios establecidos en el artículo 61 del C.P., y si es que no se atribuyeron circunstancias genéricas de mayor punibilidad, debe en todos los casos, fijar la pena dentro del cuarto mínimo, teniendo en cuenta los criterios establecidos por la ley y la jurisprudencia (oportunidad procesal, indemnización a las víctimas, daño causado, entre otros) para fijar la pena definitiva a imponer.

Siendo claro que, a efectos de individualizar las penas, en todos los eventos, los jueces deben ceñirse a lo establecido por la ley y a las pautas que ha fijado la jurisprudencia; por ello, la Sala llama la atención del señor Juez de primera instancia, para que, en adelante, al momento de individualizar las penas, se ciña estrictamente a las reglas fijadas por la Ley en garantía de los procesados.

Por último, debe señalar esta Magistratura, que no abordará otros asuntos en virtud del principio de no *reformatio in pejus*.

Nº Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

Retomando entonces la decisión objeto del recurso de alzada, debe señalarse tal y como se estableciera en precedencia, que en atención a que, como con acierto lo determinó el *A quo*, en el caso concreto el procesado no ostenta la condición jurídica de padre cabeza de familia, por lo cual, no era dable, concederle la prisión domiciliaria, por lo cual, resulta imperioso confirmar la decisión recurrida.

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

FALLA

PRIMERO.- SE CONFIRMA íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.) , de fecha de 20 de abril de 2023, en contra del señor ANDERSON GIRALDO TORRES, según las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Contra a esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98, Ley 1395 de 2010. Una vez surta ejecutoria la presente decisión, por la Secretaría de la Sala, se procederá con la remisión de las diligencias ante el

N° Interno : 2023-0832-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 0561560003642022 00247
Acusados : Anderson Torres Garviria
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

Juzgado de origen, a fin de que sean destinadas para lo
concerniente a la fase ejecutiva de la condena.

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

(Ausencia justificada)

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

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: **1563b2a8654667208de5c41ff8df3293ef71224f494361e3c330cab33b667cba**

Documento generado en 02/10/2023 04:24:43 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, veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zapata
Delito : Receptación
Decisión : Decreta nulidad

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 344

M.P. Isabel Álvarez Fernández

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa y el delegado del Ministerio Público, en contra de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Ant.) el 16 de julio de 2020 mediante la cual declaró a EDILSON YOHANY MOLINA ZAPATA como autor del delito de Receptación a la pena privativa de la libertad de sesenta y tres (63) meses de prisión, multa de seis punto ciento veinticinco (6.125) SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena de prisión. Se indicó que en principio no era dable conceder ni el subrogado penal ni la prisión domiciliaria, en virtud a que el delito de receptación está enlistado en el artículo 68A del C.P. Sin embargo, en consideración a la situación sanitaria que

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

atravesaba el país por la pandemia del Covid 19, el *A quo*, inaplicó el artículo 68A y le concedió al procesado la prisión domiciliaria.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se desprende del escrito de acusación que ocurrieron el 19 de marzo de 2019, cuando el señor EDILSON YOHANY MOLINA ZABALA se transportaba en una motocicleta de placas YCU 61E, modelo 2019, color rojo y negro, cilindraje 149, motor KDO7E2381850, chasis 9FMKDO0721KF015556 en la vía que conduce de Medellín hacia Valdivia, cuando fue requerido por agentes del orden público que hacían patrullaje en el sector, quienes después de las verificaciones correspondientes, constataron que el automotor conducido por MOLINA ZABALA correspondía a una moto que había sido reportada como hurtada el día anterior.

RESUMEN DE LO ACTUADO

Luego de que la audiencia concentrada que se celebraría el 19 de marzo de 2019 y que se declarara fallida por falta de defensor público que pudiera representar los intereses del procesado, sin que se pudiera legalizar su captura en flagrancia, se ordenó la libertad inmediata del señor MOLINA ZABALA; así que finalmente, el 11 de mayo de 2019 se celebró audiencia de imputación por el delito de Receptación art. 447 inc. 2º del CP, cargos a los que se allanó de forma libre, voluntaria, informada y asesorada, después de que la Fiscalía le indicara que como no

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

se había llevado a cabo la audiencia de legalización de captura, de allanarse a cargos, obtendría un descuento punitivo del 50%.

Posteriormente, el 16 de julio de 2020 se celebraron ante la Juez de Conocimiento las audiencias de individualización de pena, de sentencia y de lectura de fallo, decisión esta última contra la que se interpuso recurso de alzada, el cual fue concedido ante este Tribunal en el efecto suspensivo.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Acorde viene de reseñarse, en la sentencia que puso fin a la primera instancia, el señor Juez procedió a condenar por la vía del allanamiento a cargos al acusado EDILSON YOHANY MOLINA ZABALA por el delito de Receptación art. 447 inc. 2° del CP.

Consideró la *A quo* que, en el presente caso, además de haber mediado la aceptación de la autoría de MOLINA ZABALA de forma consciente y voluntaria, existían elementos probatorios que daban cuenta de la existencia del hecho y de la responsabilidad penal del acusado en el delito endilgado por el ente acusador.

Por lo tanto, la falladora al momento de dosificar la pena concluyó que se debía ubicar en el extremo mínimo del primer cuarto, es decir, partir de setenta y dos (72) meses de prisión y multa de siete (7) SMLMV; sin embargo, aclaró que,

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

teniendo en cuenta que el procesado se había allanado a los cargos desde la audiencia de imputación, pero que había sido capturado en flagrancia se le debía conceder una rebaja únicamente, del doce punto cinco (12,5%) por ciento. Por último, resolvió inaplicar el artículo 68A del C.P., en consideración a la grave situación sanitaria por la que atravesaba el país, por la pandemia del Covid 19, otorgándole la prisión domiciliaria.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

Mediante escrito de apelación debidamente sustentado dentro los términos otorgados por la ley, tanto la defensa como el Ministerio Público manifestaron su desacuerdo con la decisión de primera instancia en lo que tenía que ver con la dosificación punitiva.

Al respecto argumentó el Ministerio Público lo siguiente:

- Si bien es cierto el señor MOLINA ZABALA fue capturado el 11 de marzo de 2019, éste no fue presentado ante Juez de control de garantías para que se impartiera legalidad al procedimiento, toda vez que hubo dificultades con la defensoría pública.

- El 14 de mayo de 2019 ante el Juez Promiscuo del Municipio de Valdivia con funciones de control de garantías se avaló la imputación con allanamiento a cargos. Y el 16 de julio se celebró la audiencia del art. 447 del CP y se profirió

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

sentencia. No obstante, la falladora al momento de dosificar la pena, solo aplicó una rebaja del 12.5% sobre la idea de que el procesado había sido capturado en flagrancia, pese a que ésta nunca se legalizó; lo que significa que la *A quo* hizo una inadecuada valoración del fenómeno de la flagrancia.

- En la audiencia ante el Juez de control de garantías celebrada el 14 de mayo de 2019, se le ofreció al procesado una rebaja del 50% y fue con fundamento en dicho ofrecimiento que éste aceptó los cargos; por lo tanto, aquí lo que se generó fue un vicio en el consentimiento.

Por lo anterior, solicita el Ministerio Público que se revoque parcialmente la decisión de primera instancia o lo que en derecho corresponda.

Asimismo, la defensa, apoyando el argumento de su antecesor, indicó lo siguiente:

- En la audiencia de formulación de imputación (min. 07:05) se le imputó cargos a su prohijado por el delito de Receptación inc. 2º del art. 447, pero en calidad de cómplice; sin embargo, la Juez de primera instancia lo condenó a título de autor.

- Al señor MOLINA ZABALA nunca se le legalizó la captura en flagrancia, motivo por el cual, no se le podía aplicar un descuento del 12.5%, sino del 50%.

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

Por lo tanto, solicita se modifique la decisión de primera instancia y se le reconozca a su defendido el carácter de cómplice y se declare inexistente la flagrancia, aplicándole el descuento respectivo del allanamiento desde la audiencia de imputación, y de igual manera, se fije la multa en los mismos términos.

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Surtido el traslado a los no recurrentes, ninguno de ellos se pronunció al respecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público y por la defensa del acusado, de conformidad con lo previsto en los artículos 34 numeral 1°, 176 inciso final, y 179, Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Del escrito de sustentación de los recursos de alzada presentados por la defensa del acusado y el Ministerio Público, se advierte que éstos pretenden que al señor MOLINA ZABALA se le redosifique la sanción penal y se le reconozca el descuento punitivo ofrecido por la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación, correspondiente al 50% de la pena, toda vez que a aquel nunca le fue legalizada la captura en flagrancia. Asimismo, adiciona el defensor que se le debe reconocer a su prohijado, la calidad de cómplice toda vez que la

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

Fiscalía le imputó cargos a través de esta forma de participación.

Sea lo primero aclarar que no le asiste razón a la defensa cuando afirma que al señor MOLINA ZABALA le fue imputado el cargo del delito de Receptación art. 447 inc. 2° a título de cómplice, toda vez que después de escuchado el audio de la audiencia celebrada el 11 de mayo de 2019, se desprende sin ningún asomo de duda, que la imputación se hizo bajo la figura de la autoría. No obstante, en lo que sí les asiste razón a los impugnantes es en cuanto a que, en efecto la Fiscalía le prometió al señor EDILSON YOHANY que, de aceptar los cargos, tendría una rebaja del 50%. Así lo dijo expresamente:

(...) vuelvo y le aclaro tiene una pena de 6 a 13 años, también dentro de esta audiencia es mi obligación informarle que conforme al art. 351 del Código de procedimiento penal, dice que la persona que acepte los cargos en esta audiencia de formulación de imputación y como en ningún momento se legalizó el procedimiento de captura usted se haría acreedor a una rebaja del 50% de la pena. Esto que significa, que la pena parte de 6 a 13 años, entonces ya si usted acepta los cargos en este momento ya la pena le quedaría era de 3 a 6 años y medio, partiría usted de la pena, como usted no tiene antecedentes penales, no le figuran en razón a que haya cometido otro tipo de conductas, normalmente el Juez de conocimiento que sería uno diferente a ella en el momento de tomar la determinación partiría su sanción penal le quedaría de tres años, es decir, 36 meses, esa es la ventaja que usted tendría en esta audiencia, pero también es mi obligación decirle, que también tiene una desventaja (...) (min. 14:20-16:07 del audio del 11-05-2019)

Y seguidamente la Juez de control de garantías avaló ese aparte de la imputación, expresándole al procesado:

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

“eso le traería a usted como ventaja el hecho de allanarse o aceptar los cargos en esta audiencia, es que le traería la rebaja que le fue informada por parte de la Fiscalía” (escúchese min. 23:00 -23:14 del audio del 11-05-2019).

Del estudio de la anterior diligencia, se advierte que tanto la Juez de control de garantías, así como la delegada de la Fiscalía, incurrieron en varias irregularidades de orden sustancial que afectan el debido proceso y las garantías fundamentales del procesado, sin que exista medida diferente a la de decretar la nulidad parcial de la actuación para restablecer los derechos vulnerados; pues es inequívoco que en el caso concreto se afectaron las garantías fundamentales del procesado, en tanto esta persona se allanó a los cargos por la información que le suministró la señora Fiscal (y que fue convalidada por la Juez de garantías), respecto a la rebaja que tendría por el allanamiento a cargos en la imputación, partiendo ambas del presupuesto errado, consistente en que, aunque se había dado la captura en el momento mismo en el que el procesado estaba cometiendo el delito, como no se había llevado a cabo la audiencia de legalización de aquella, “no había flagrancia”, y que por ello no resultaban aplicables al caso concreto, los efectos del parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453.

Al respecto debe señalar la Sala, que esa interpretación de la delegada de la Fiscalía y de la Juez de garantías, fue manifiestamente errada, pues en efecto en el caso concreto hubo una captura en flagrancia, al tenor de lo descrito por el art. 301 #1 del C.P.P., por cuanto el señor EDILSON

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

YOHANY MOLINA fue aprehendido en el momento en el que ejercía la posesión de un bien mueble que había sido hurtado; siendo de hecho, puesto a disposición de la Fiscalía, no llevándose a cabo la correspondiente audiencia de legalización de captura, no porque el Fiscal delegado haya considerado que no hubo captura en flagrancia (siendo claro que el Fiscal es el que ejerce ese primer control), sino porque en ese momento no había defensores que pudieran asistir al indiciado en las audiencias preliminares.

En estas circunstancias, se reitera, habiéndose dado la captura en situación de flagrancia, era deber de la Fiscal que formuló la imputación, y de la Juez de garantías ante quien se llevó a cabo ese acto de comunicación, advertirle al procesado que de allanarse a los cargos sería merecedor a una rebaja de hasta del 12.5% de la pena, al tenor de lo descrito por el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453. Contrario a ello, la Fiscal le aseguró al procesado que de allanarse a cargos sería merecedor a una rebaja del 50% de la pena, información que se reitera fue convalidada por la Juez de garantías, lo que, sin lugar a dudas, determinó la aceptación de cargos de parte del ciudadano procesado.

Y aunque la Juez de conocimiento aseguró que había verificado el registro de la audiencia preliminar, pasó por alto el vicio del consentimiento que determinó el allanamiento a cargos por parte del procesado, y no sólo eso, sino que emitió sentencia condenatoria reconociendo una rebaja del 12.5% de la pena; rebaja que si bien es ajustada a derecho, resultaba

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

sorpresiva para el procesado, a quien se insiste, se le había ofrecido un descuento de hasta la mitad de la pena por allanarse a los cargos en la imputación.

En estas circunstancias, y aunque si bien es cierto, el art. 351. inc. 4° del C.P.P. establece que los allanamientos o preacuerdos celebrados entre Fiscalía y la defensa, son de obligatorio cumplimiento para el Juez de conocimiento, cuando aquéllos quebranten o desconozcan garantías fundamentales, deberán ser declarados improcedentes (CSJ SP5400-2019, rad. 50748 de 10-12-2019). Y en el caso concreto, se estableció que se violaron las garantías fundamentales del procesado, pues se le suministró una información errada que determinó su allanamiento a cargos, y además se le impuso una condena reconociendo un descuento punitivo sustancialmente inferior de aquél que se le había ofrecido en la audiencia de formulación de imputación.

Por ello, y en tanto es el remedio procesal necesario, se declarará la nulidad parcial de la actuación, en concreto de la audiencia de formulación de imputación desde el momento en el que la Juez de garantías avaló la información que la Fiscal le suministró al procesado, respecto a la rebaja de pena a la que tendría derecho por el allanamiento a cargos, dejándose sin efectos el allanamiento a cargos correspondiente, y anulándose, como consecuencia necesaria de la declaratoria de nulidad parcial, las audiencias de individualización de pena y sentencia y de lectura de fallo, así como la sentencia condenatoria correspondiente.

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

De otra parte, y en tanto los demás aspectos de la audiencia de formulación de imputación fueron válidos, así como lo discutido y decidido en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, estas actuaciones procesales se mantendrán incólumes.

Por ello se dispone que se rehaga de nuevo la audiencia de formulación de imputación específicamente, en la parte en la que la Fiscalía le informa al procesado que en tanto fue capturado en situación de flagrancia, de allanarse a cargos en esa oportunidad procesal será merecedor a una rebaja de hasta el 12.5% de la pena; para que el juez de garantías verifique, si a partir de esa información, el procesado desea allanarse a los cargos.

Dejando constancia de nuevo, de que en lo demás, la audiencia de formulación de imputación observó las exigencias legales y respetó las garantías del procesado, por lo que se mantiene la validez del resto de la diligencia, así como de la medida de aseguramiento privativa de la libertad impuesta al ciudadano MOLINA ZABALA.

Por último, y en el evento en el que MOLINA ZABALA sea condenado en este proceso, el Juez de conocimiento deberá tener en cuenta el tiempo que el procesado que ha permanecido privado de la libertad con ocasión de la medida de aseguramiento, y valorará, al momento de emitir la

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

sentencia, si concurren los requisitos del artículo 64 del C.P. para concederle al penado la libertad condicional.

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

FALLA

PRIMERO: SE DECRETA LA NULIDAD PARCIAL de lo actuado, en concreto de la audiencia de formulación de imputación desde el momento en el que la Juez de garantías avaló la información dada por la Fiscal al procesado EDILSON YOHANY MOLINA ZABALA, respecto a la rebaja de pena a la que tendría derecho por el allanamiento a cargos en esa audiencia; dejándose sin efectos el allanamiento a cargos correspondiente, y anulándose, como consecuencia necesaria de la declaratoria de nulidad parcial, las audiencias de individualización de pena y sentencia y de lectura de fallo y la sentencia correspondiente.

Por otra parte, y en tanto los demás aspectos de la audiencia de formulación de imputación fueron válidos, así como lo discutido y decidido en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, estas actuaciones procesales se mantienen incólumes.

N° Interno : 2020-0649-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 058546099059201900013
Acusado : Edilson Yohany Molina Zabala
Delito : Receptación

SEGUNDO: En el evento en el que MOLINA ZABALA sea condenado en este proceso, el Juez de conocimiento deberá tener en cuenta el tiempo que el procesado que ha permanecido privado de la libertad con ocasión de la medida de aseguramiento, y valorará, al momento de emitir la sentencia, si concurren los requisitos del artículo 64 del C.P. para concederle al penado la libertad condicional.

TERCERO: SE DISPONE retornar las diligencias al Juzgado de origen, para se libren las comunicaciones correspondientes y se remita la actuación al juez de control de garantías para que rehaga la audiencia de imputación en el aparte indicado en la motivación.

Quedan las partes notificadas en estrados.

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: **5b88607cf6cdfa3819c0dcb06c16459375739ca6ff97be991cbfd9bfb51ef8a4**

Documento generado en 28/09/2023 11:02:19 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, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

PROCESO: 05 615 60 00344 2023 00034 (2023 1832)
DELITOS: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO Y
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR
ACUSADO: GUSTAVO DE JESÚS BETANCUR ARROYAVE
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **MARTES VEINTICUATRO (24) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS 10:30 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: **209e990403dd7cdd75a3de389ca3a0cbbef2acf7e03415b161740058b601eddf**

Documento generado en 17/10/2023 03:14:35 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 219

PROCESO : 05440 31 04 001 2023 00142 (2023-1759-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : KASSANDRA DANELLY RIVERA HINCAPIÉ
ACCIONADO : FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – FISCALÍA 65 DIRECCIÓN DE
EXTINCIÓN DE DOMINIO
PROVIDENCIA: FALLO TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
=====

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada en contra del fallo del 14 de octubre de 2023, a través de la cual el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla Antioquia concedió la solicitud de amparo presentada por la señora KASSANDRA DANELLY RIVERA HINCAPIÉ.

LA DEMANDA

Manifestó la accionante que el 20 de junio de 2023 presentó derecho de petición, solicitando la siguiente información:

- “1. Informe de investigador de campo FPJ-11- de fecha 26/09/2021 Contentivo del análisis de la interceptación telefónica, legalmente obtenida a la línea celular 3126740260, perteneciente a Kassandra Danelly Rivera Hincapié, alias “LA NANA”.
2. Control de legalidad previo y posterior de las interceptaciones obtenidas y referenciadas en el punto anterior de la línea celular 3126740260, perteneciente a Kassandra Danelly Rivera”

Indicó que la entidad accionada a la fecha no ha dado respuesta al derecho de petición elevado, por lo que solicita le sea tutelado su derecho fundamental de petición, y como consecuencia de ello, se ordene a la Fiscalía General de la Nación y el Fiscal 65 Dirección de

Extinción de Dominio, dar trámite al recurso de insistencia presentado el 30 de junio del 2023, para que sea el Tribunal Administrativo de Antioquía quien determine si efectivamente esa información es reservada para las partes del proceso.

LA RESPUESTA

La Fiscalía General de la Nación y la Fiscal 65 Dirección de Extinción de Dominio, no dieron respuesta al requerimiento efectuado por ese despacho, mismo que fue notificado el pasado 31 de agosto de 2023 mediante oficio 923 a los correos electrónicos jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co y maría.gelvez@fiscalía.gov.co.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de Primera Instancia concedió la tutela, expresando:

“...Sobre este aspecto, resulta necesario indicar que la acción de tutela en virtud de lo establecido en el artículo 86 de la constitución Política es el mecanismo procedente para determinar la violación de un derecho fundamental. A su vez, el artículo 23 ibidem establece la posibilidad que tiene toda persona a presentar en nombre propio o a través de un apoderado judicial peticiones respetuosas ante las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener una pronta resolución.

De otra parte, el artículo 20 del Decreto 1377 de 2013 establece quiénes están legitimados para ejercer los derechos incorporados en la Ley 1581 de 2012¹, a saber: (i) el titular, quien deberá acreditar su identidad en forma suficiente por los distintos medios que le ponga a disposición el responsable; (ii) sus causahabientes, quienes deberán acreditar tal calidad; (iii) el representante y/o apoderado del titular, previa acreditación de la representación o apoderamiento; y (iv) por estipulación a favor de otro o para otro. En relación con los derechos de los niños, niñas o adolescentes, el decreto en mención indica que estos se ejercerán por las personas que estén facultadas para representarlos.

De acuerdo a lo expuesto y encontrándose que la accionante en virtud de lo establecido en los artículos 23 de la Constitución Política y 13 de la Ley 1755 de 2015, le asiste el derecho de solicitar ante cualquier autoridad peticiones por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma, este Operador Judicial en virtud de los

¹ “ARTÍCULO 1. OBJETO. La presente ley tiene por objeto desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política; así como el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la misma”.

supuestos fácticos precedentemente enunciados, considera que la conducta desplegada por la Fiscalía General De La Nación y la Fiscal 65 Dirección De Extinción De Dominio, resulta vulneratoria al derecho fundamental invocado, pues no se observa que la entidad haya dado trámite del recurso de insistencia presentado el pasado 30 de junio de 2023, es decir al día de hoy no se ha resuelto la petición de la acá afectada, señora Kassandra Danelly Rivera Hincapié de manera clara, precisa, congruente y de fondo, como se preceptúa en la sentencia T 574 de 2007 sobre los requisitos que debe cumplir la respuesta que se brinde a las peticiones:

“(i) debe ser oportuna, es decir, atenderse dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico; (ii) resolver de fondo y de manera clara, precisa y congruente con lo solicitado, y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario, pues la notificación de la respuesta al interesado forma parte del núcleo esencial del derecho de petición, porque de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta se reserva para sí el sentido de lo decidido. Si no se cumple con estos requisitos, se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.²” – Negrilla fuera del texto.

En ese sentido, teniendo en cuenta que la accionada dejó en total incertidumbre al solicitante, se tutelaré el derecho fundamental de petición invocado, en consecuencia, se ordenará a la la Fiscalía General De La Nación y la Fiscal 65 Dirección De Extinción De Dominio, que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a dar trámite a lo establecido en el Art 26 de la ley 1437 y sea remitido al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, la petición elevada el 20 de junio de 2023 y sea este tribunal quien decida en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada...”

LA IMPUGNACIÓN

La Fiscal 65 Extinción de Dominio impugnó el fallo indicando que el señor Juez Penal del Circuito, no hizo requerimiento alguno a esa Delegada, respecto de que se le informara si se le había dado respuesta de fondo a la peticionaria.

Mencionó que esa Delegada solo recibió de parte del Juez Penal del Circuito el traslado del escrito de la tutela y con base en tal escrito sí se contestó oportunamente la acción constitucional, dejando claro que el señor Juez de primera instancia no requirió a esa Delegada, lo cierto es que sí se le dio respuesta de fondo y congruente con lo que pidió la hoy tutelante Kassandra Danelly Rivera Hincapié.

Afirmó que, el 3 de agosto de 2023 le respondió a la doctora Manuela

² Ver, entre otras, Sentencia T– 574 del 27 de julio de 2007.

Vergara Giraldo la petición que elevó en nombre de su representada Cassandra Danelly Rivera Hincapié, de manera que, no es cierto que no se le haya dado respuesta de fondo a la hoy tutelante y en la respuesta que le dio le indicó que la acción de extinción de dominio cuenta con un régimen especial en donde no se contempla el recurso de insistencia presentado; además, se le informó que se le había hecho entrega de la resolución de las medidas cautelares dictadas en el proceso, por lo que, a pesar de la negativa a los intereses de la señora Rivera Hincapié, la respuesta dada fue de fondo y congruente con lo pedido.

Expresó que el señor Juez de primera instancia en su argumento parte de una premisa no cierta cuando afirma que requirió a la Fiscal Seccional 65 para que respondiera si había dado respuesta a la hoy tutelante, y a partir de ese error, construye, igualmente, una conclusión errada, puesto que, repite, no se le requirió desde el Juzgado y sí le dio respuesta a la tutelante.

Aseguró que como titular de la Fiscalía 65 sí se manifestó frente a la tutela, sin embargo, debía reconocer que, al momento de remitir la posición de la Fiscalía al Juzgado Penal del Circuito, por un error humano insalvable dicho escrito lo envió al correo electrónico jpjavierpctomarinilla@cendoj.ramajudicial.gov.co, lo que hace evidente que el correo del Juzgado se digitó con un error, en otras palabras, un error humano impidió que el Juzgado conociera la posición de la Fiscalía Seccional 65 frente a la tutela interpuesta.

Manifestó que el señor Juez parte de un hecho no cierto, inducido indudablemente por la accionante, puesto que esa, al momento de estructurar la demanda, no le informó al señor Juez que la Fiscalía 65 de Extinción de Dominio le había resuelto oportunamente el recuso de insistencia interpuesto y como ha dicho a la tutelante sí le respondió acerca del recurso de insistencia propuesto.

Aseveró que teniendo en cuenta la evidencia de la respuesta dada a la señora Rivera Hincapié, concluye que hay mala fe y ánimo avieso de su parte, porque no de otra manera se niega un hecho evidente y demostrado en el proceso: la respuesta que se le dio, de ahí que a la señora Kassandra Danelly Rivera Hincapié no se le dejó en total incertidumbre al solicitante, como lo asegura el señor Juez de primera instancia, en tanto demostró que a la señora Rivera Hincapié le respondió oportunamente, de fondo y congruente con lo pedido, aunque no fuera despachada positivamente su solicitud.

Aseguró que, satisfecho el derecho de petición, admitiéndose la respuesta negativa o positiva a los interés del peticionario, se satisface igualmente el derecho fundamental de petición, por lo que, concluye que el señor Juez se enfrentó a un caso no complejo en donde su decisión estaba dirigida a satisfacer el derecho presuntamente invocado, en este caso, el derecho fundamental de petición.

Señaló que la decisión en la presente sentencia de tutela a lo sumo debía ordenar que se le respondiera de fondo a la señora Rivera Hincapié, entendiéndose que dicha respuesta podía ser positiva o negativa a sus intereses.

Aclaró que se entiende que en sus facultades el Juez de tutela puede emitir fallos ultra y extra petita, pero siempre y cuando esas facultades no desborden los límites de la ley y la jurisprudencia y, la jurisprudencia ha sido clara y pacífica al establecer que el Juez de tutela salvaguarda el derecho presuntamente vulnerado, pero en este caso no podía extralimitarse a concederle lo que pretendía el accionante en el derecho de petición, pues bastaba con que la respuesta fuera positiva o negativa.

Expuso que la decisión que impugna tiene un problema complejo, ya que el señor Juez de tutela ordena que se tramite el recuso de

insistencia presentado por la señora Kassandra Rivera Hincapié, pero la Fiscalía 65 de Extinción de Dominio puede demostrar que a la hoy tutelante se le resolvió de fondo ese pedido, pero el señor Juez llegó a esa conclusión luego de dar aplicación a la presunción de veracidad que también es resultado de un error humano al digitar erróneamente la dirección de correo electrónico del señor Juez de primera instancia. Por lo que, con la decisión el señor Juez Penal de Marinilla se está premiando lo procesal sobre lo sustancial.

Recordó que a la tutelante le negó la entrega de unas piezas procesales que no era oportuno entregarle, por expreso mandato legal, en la etapa en que se encuentra el proceso de extinción de dominio y, luego de esa negativa, interpuso el recurso de insistencia que le fue resultado desfavorablemente.

Resaltó que en la tutela interpuesta por la señora Rivera Hincapié yerra la Tutelante al hacer una interpretación extensiva de la norma y es que precisamente invocando el artículo 29 de la Constitución Política, es que tiene razón de ser las etapas y términos procesales en las diferentes actuaciones judiciales y las etapas son preclusivas y tienen su razón de ser en ese caso la fase inicial, por cuanto la investigación que continua desarrollándose, tiene el carácter de reservado, conforme lo establece la norma rectora y garantía fundamental, contenida en el artículo 10 del Código de Extinción de Dominio, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 151 ibídem.

Argumentó que, la resolución se profirió en fase inicial y a lo largo de los seis meses siguientes para la presentación de la demanda al día de hoy se siguen desarrollando actos de investigación para obtener medios de prueba, es decir, está de por medio la seguridad misma de la investigación, máxime si se tiene en cuenta que se trata de la afectación de bienes de integrantes de cuatro GDCO, denominadas La

Peña, Los Rayos ó la L, La Invasión y Altos de San José y su núcleo familiar y prestanombres, siempre que se encuentren vinculados con causal de extinción de dominio, situación que fue contextualizada en la resolución de medidas cautelares y en el caso particular se trató de una investigación integral y estructural, cuya resolución consta de 235 páginas y las pruebas enunciadas en la resolución hasta ese momento procesal fueron 187, las mismas que fueron enunciadas, enumeradas y analizadas a lo largo de la resolución de medidas cautelares.

Refirió que la resolución se fundamenta en el aspecto fáctico, jurídico (causal de extinción de dominio y probatorio e incluso se incluye un acápite de análisis probatorio, en el cual se enuncia la prueba y se analiza la misma) y el artículo 13 del CED, en su numeral primero enmarca dos momentos procesales para tener acceso al proceso, estos son:

1. Tener acceso al proceso directamente o a través de la asistencia y representación de un abogado, desde la notificación del auto admisorio de la demanda de extinción de dominio.
2. Desde la materialización de las medidas cautelares. Únicamente en lo relacionado con ellas.

Relató que se debe revisarse el artículo 10 del CED que establece la publicidad, donde indica que en la fase inicial la actuación será reservada, incluso para los sujetos procesales e intervinientes, y que es el Fiscal quien está encargado de determinar si entrega o no lo solicitado.

Adujo que la resolución fue entregada a la afectada a través de su apoderada el 28 de abril de 2023 y tener acceso al proceso no es equivalente a realizar un traslado probatorio; de ser así, la ley lo expresaría taxativamente, teniendo en cuenta que el contenido del artículo 112 del CED que habla de la finalidad de las medidas cautelares, enunciando cuatro causales para solicitar ante un Juez Especializado de Extinción de Dominio se declare la ilegalidad de las medidas cautelares, ninguna de esas causales deriva en que deba hacerse un descubrimiento anticipado de la prueba de extinción de

dominio para argumentar algunas de las causales por las que puede la resolución de medidas cautelares ser declarada ilegal.

Consideró que ordenar por vía de tutela dar traslado a las pruebas en una fase en la que aún la Fiscalía se encuentra adelantando actos de investigación, afecta el debido proceso, lo que equivaldría a que se ordenara a la Fiscalía a realizar un traslado probatorio en el momento de la formulación de la imputación dentro del proceso penal y el hecho que no se surta ese traslado no quiere decir que no se inicie el ejercicio de la defensa. En el mismo sentido ocurre dentro del proceso de Extinción de dominio, si se tiene en cuenta que el control de legalidad se surte respecto de la resolución de las medidas cautelares y las causales respecto de las cuales procede dicho control se encuentran taxativamente descritas en la norma.

Dijo que el procedimiento de extinción de dominio, al igual que el proceso penal, establece unas etapas preclusivas y regladas, por lo tanto, ordenar el traslado de pruebas en ese caso, al ser una investigación enmarcada dentro de un contexto, el traslado no se circunscribe al informe de interceptación de comunicaciones presentado en la resolución de medidas cautelares y el descubrimiento anticipado que por vía de tutela ha tratado de hacer un camino, de manera respetuosa considera la suscrita se constituye en una violación por vía de hecho al debido proceso.

Comunicó que la reserva de la investigación en fase inicial es fundamental, incluso por lo que implicaría un descubrimiento anticipado respecto de la seguridad del proceso y los mismos intervinientes y, como es un proceso simultáneo con el proceso penal, que se adelanta, es importante precisar que la investigación se culmina al presentar la totalidad de las pruebas en la demanda. Para el momento de proferir resolución de medidas cautelares, se requieren los elementos mínimos de juicio suficientes, para considerar que

probablemente los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio, donde la mayoría de la prueba en ese caso es obtenida a través de inspección judicial, lo que no torna ilegal, el contenido de los informes de Policía Judicial presentados bajo la gravedad de juramento, tampoco la prueba allí analizada, los controles de legalidad pueden ser presentados hasta después de presentada la demanda, cuando incluso los afectados, conozcan la totalidad de las pruebas que se pretende hacer valer.

Resaltó que si se decide, se estaría desconociendo la existencia de jurisdicciones, en ese caso la de Extinción de dominio, el procedimiento establecido en la ley 1708 de 2014, modificado por la ley 1849 de 2017, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 18 de dicha norma, ya que la Extinción de dominio es una acción de carácter constitucional, con jurisdicción especial, es decir, existen Fiscales, Jueces y Magistrados, quienes actuaran dentro del proceso enmarcado dentro del Código de Extinción de Dominio y la Constitución Política de Colombia.

Precisó que la respuesta al trámite del recurso de insistencia, no se dio en ese momento, porque no se encuentra consagrado en el Código de Extinción de Dominio y no existe recursos con efectos similares en ese código, entonces, la respuesta sea negativa, soportada en un argumento jurídico no significa que se habilita la activación del mecanismo de la acción de tutela, puesto que la misma puede resultar temeraria.

Explicó que no es un juez administrativo, quien toma decisiones en ese caso, que existen los controles establecidos en la norma de extinción de dominio, que se interponen ante los jueces de la jurisdicción y que su código no maneja el recurso de insistencia y no existe ninguno que se le parezca.

Aludió que las funciones del Fiscal de Extinción de Dominio, se encuentran consagradas en el Código de Extinción de Dominio y la Constitución Política y el cargo tiene norma específica, no se le puede dar trámite a figura jurídica, inexistente dentro de lo normado en la ley 1708 de 2014, modificado por la ley 1849 de 2017 y somos garantes superiores de las normas de carácter legal.

Aseveró que lo que pretende la tutelante, es que con un amparo constitucional, se desconozca la ley y la constitución en sí misma, de ahí que se configure causal de improcedencia de acción de tutela, concretamente la causal número uno del artículo 6 del decreto ley 2591 de 1991, es decir, existe otro medio de defensa judicial, para la defensa de sus derechos, en cuánto la tutelante, podrá obtener en el momento procesal oportuno dentro del proceso No. 2022-00044, el plexo de las pruebas presentadas por esa delegada.

Sostuvo que, con la acción de tutela, interpuesta por la afectada se pretende subvertir el proceso de extinción de dominio, solicitando que se le dé trámite a un recurso inexistente con la finalidad de que se le entregue copias de actuaciones que, a pesar de ser reservadas, se podrá tener acceso a ellas en su oportunidad procesal.

Solicitó que se revoque en todas sus partes la sentencia de tutela de fecha 14 de septiembre de 2023 proferida por el señor Juez Penal del Circuito de Marinilla Antioquia, en consecuencia, se emita sentencia en donde se declare improcedencia de la presente acción de tutela por haberse configurado el fenómeno jurídico de hecho consumado por carencia actual de objeto para decidir en tanto a la tutelante Kassandra Danelly Rivera Hincapié se le respondió oportunamente el recurso de insistencia propuesto para que se le diera trámite al mismo, por lo que no le ha violado su derecho fundamental de petición.

CONSIDERACIONES

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

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

Conforme con el artículo 86 de nuestra Constitución Política, toda persona tiene derecho a interponer la acción de tutela, en todo momento y lugar, para obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, pero siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por ende, es claro que la Acción de Tutela es un mecanismo jurídico de carácter subsidiario y, por tanto, en principio no es procedente cuando el actor tiene a su disposición otro mecanismo judicial de defensa.

Por tanto, la Sala se contrae en determinar si la entidad accionada, vulneró o no el derecho de petición del accionante.

La Constitución Política, en su artículo 23 consagra que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*.

Frente a las características esenciales del derecho de petición, ha sido abundante y reiterativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al considerar que el núcleo esencial de este derecho reside en la resolución pronta y oportuna de la solicitud.

En este sentido, esa Corporación ha manifestado:

“(i) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; (ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado; (iv) la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible; (v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; (vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a los particulares; (vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición; (viii) el derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa; (ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder; y (x) ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”.³

De lo anterior, se destaca que el derecho de petición exige, por parte de las autoridades competentes, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser

³ Sentencia T- 249 de 2001.

favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición.

De suerte que la administración tiene que responder las solicitudes respetuosas elevadas por los asociados, sin que para el efecto interese la persona, como tampoco la dependencia que recibió la petición, porque las autoridades deben coordinar lo relacionado con la recepción de peticiones y la oportuna y congruente respuesta de las mismas, facilitando así la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la nación, como lo disponen los artículos 2º, 23 y 209 constitucionales.

Es por ello por lo que, sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado en diferentes oportunidades que sobre las autoridades públicas recae un deber de orientación, cuyos fundamentos constitucionales residen en el principio de solidaridad (artículo 1º Superior) y en la razón misma de la existencia del Estado, consagrada en el artículo primero de la Constitución Política, que no es otra que servir a las personas que residen en territorio colombiano.

En el caso concreto, se tiene que la señora KASSANDRA DANELLY RIVERA HINCAPIÉ solicitó se ordene a la Fiscalía 65 de Extinción de Dominio, de respuesta a las peticiones presentadas el 20 y 30 de junio de 2023 mediante la cual solicita copia del informe de investigador de campo con fecha 26/09/2021, además de la copia del control de legalidad previo y posterior de las interceptaciones obtenidas, y posteriormente solicito dar trámite al recurso de insistencia para que el Tribunal Administrativo de Antioquia determinara si efectivamente la información solicitada era reservada para las partes del proceso.

Al respecto, revisado lo descrito en la acción constitucional y sus anexos, se advierte que la actora si bien allegó la solicitud a la Fiscalía

65 de Extinción de Dominio, también es cierto que dicha entidad dio respuesta tanto a la primera solicitud de copias como a la solicitud del recurso de insistencia antes de la interposición de la acción de tutela, ya que fue aportada por la misma accionante en sus anexos⁴; sin embargo, el Juzgado A quo, concedió la protección del derecho de petición y ordenó dar trámite a lo establecido en el art. 26 de la Ley 1437 y sea remitido al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, de la petición elevada el 20 de junio de 2023 y sea este Tribunal quien decida en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

Lo anterior para significar que la entidad que impugnó la decisión de primera instancia indicó que ya dio respuesta de fondo a la petición enviada por la accionante y que está respuesta no tiene que ser favorable a lo peticionado, pero que se dio la respuesta de fondo, arguyendo que el procedimiento del proceso de extinción de dominio es autónomo e independiente de las demás áreas, por lo que en dicho código no existe la figura del recurso de insistencia y debido a ello fue que se despachó desfavorablemente la solicitud de la accionante, adicionalmente expresó que dicho proceso aún se encuentra en la fase inicial que es de carácter reservado, pero que ello no implica que pueda iniciar con su defensa.

Si bien el Código de Extinción de Dominio es especial e independiente, también es claro que, ante la discusión frente a la entrega de copias en ejercicio del derecho de petición, se debe acudir a normas o jurisprudencia que permita aclarar o adelantar el trámite solicitado, en el caso de estudio es evidente que se está haciendo uso de la Ley 1437 de 2011 que estipula el recurso de insistencia contra peticiones que se niegan por la reserva interpuesta, cuyo trámite es el siguiente:

⁴ página 268 del archivo identificado como 002TutelaAnexos20230014200

“...ARTÍCULO 26. INSISTENCIA DEL SOLICITANTE EN CASO DE RESERVA. <Artículo **CONDICIONALMENTE** **exequible**> <Artículo modificado por el artículo **1** de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes...” (Subrayas fuera del texto)

Así, es claro que se está haciendo uso de la Ley que regula el derecho de petición como quedó demostrado y como fue analizado en debida forma por el Juez A quo en su momento.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

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.

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

(EN PERMISO)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **de5015425281af8bfe88d76e3fcae7271d0718bb96b04d26a27e7c53971cdd65**

Documento generado en 18/10/2023 03:33:52 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Radicado	05000-22-04-000-2023-00493-00 (2023-1547-3)
Accionante	Guillermo Mosquera Perea
Accionado	Fiscalía 14 Seccional de San Roque, Antioquia y Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación.
Asunto	Incidente de desacato
Decisión	Requerimiento previo a la apertura. Rechaza otra petición.

Esta Sala, mediante sentencia de tutela del cinco de septiembre de 2023 resolvió:

“PRIMERO: Declarar improcedente la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso y petición invocados por GUILLERMO MOSQUERA PEREA.

SEGUNDO: Conceder la acción de tutela para proteger el derecho a la vida, tranquilidad y protección de GUILLERMO MOSQUERA PEREA, como consecuencia de ello se dispone a la Fiscalía 14 Seccional de San Roque, Antioquia, y la Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, para que con la mayor celeridad realicen el trámite legal encaminado a definir la necesidad de incluir o no a GUILLERMO MOSQUERA PEREA en el Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía. Para comenzar con ese proceso cuentan con un término de ocho días hábiles.”

El señor **Guillermo Mosquera Perea**, mediante correo del 17 de octubre de 2023 manifestó que la Fiscalía accionada *“ha intentado asignarme un abogado, pero aún no se ha concretado dicha asignación, a pesar de que el 20 de octubre se tiene prevista una audiencia por preclusión “en la que es esencial contar con un apoderado debidamente preparado para estudiar el caso. La falta de tiempo previo para la preparación adecuada pone en riesgo sus derechos y la debida defensa. Es vital que se me asigne un abogado con la antelación necesaria, no el mismo día de la audiencia, ya que estaría desinformado sobre la situación actual del caso, y no podría firmar un consentimiento adecuado en tan corto plazo”,* y que la Unidad de Protección *“propone que abandone mi finca y propiedades, lo cual resulta contradictorio, ya que he denunciado intentos de desplazamiento previos. Esto significaría una pérdida significativa de mis propiedades y un riesgo innecesario”.*

Con base en ello, solicita (i) se dé trámite a incidente de desacato y (ii) se emita *“un comunicado al Juzgado Promiscuo de Yolombó, donde se encuentra el caso, para que este juez realice las validaciones*

necesarias y, si es necesario, cambie la fecha de la audiencia en vista del incumplimiento en la asignación del abogado”.

Así, en aplicación de los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, **SE ORDENA:**

PRIMERO: REQUERIR de manera personal, y previo a la apertura del trámite de incidente de desacato, a la **Fiscalía 14 Seccional de San Roque, Antioquia** y a la **Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación**, a fin de que, en el término de **DOS (02) DÍAS HÁBILES**, informe a esta Magistratura sobre el cumplimiento a la orden emitida en la sentencia de tutela del 31 de julio de 2023.

Una vez vencido el término anterior se adoptará la decisión que el asunto amerite.

SEGUNDO: REQUERIR a la **Fiscalía 14 Seccional de San Roque, Antioquia** y a la **Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación**, para que certifique el nombre de las personas (identificación e individualización) adscritas a dichas dependencias que sean los competentes para dar cumplimiento a la orden judicial y certifiquen quien funge como superior de dichos funcionarios, con indicación de la dirección electrónica dispuesta para notificaciones y la dirección de residencia que aparezcan reportadas en sus hojas de vida.

TERCERO: RECHAZAR la segunda pretensión del incidentista Guillermo Mosquera Perea consistente en que se emita *“un comunicado al Juzgado Promiscuo de Yolombó, donde se encuentra el caso, para que este juez realice las validaciones necesarias y, si es necesario, cambie la fecha de la audiencia en vista del incumplimiento en la asignación del abogado”*, en tanto lo exigido escapa de lo ordenado en el fallo de tutela del cinco de septiembre de 2023.

CÚMPLASE

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: **522a915428d5eb7b29bb419ada5429fb701856a16094649ac8aeec724c74ed38**

Documento generado en 18/10/2023 03:38:08 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, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-1825-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00589
Accionante : Narbelly Mercado Silgado
Accionado : Centro de Servicios de los Juzgados
de Ejecución de Penas y Medidas de
Seguridad de Medellín y Antioquia.
Decisión : Niega – Hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 353

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve la señora NARBELLY MERCADO SILGADO, contra el CENTRO DE SERVICIOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA y EL ESTABLECIMIENTO CARCELARIO Y PENITENCIARIO EL PEDREGAL por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

N° Interno : 2023-1825-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00589
Accionante : Narbely Mercado Silgado
Accionado : Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia.
Decisión : Niega – Hecho superado

ANTECEDENTES

Manifiesta la señora NARBELLY MERCADO SILGADO que, el 30 de agosto de 2023 el área de jurídica del Establecimiento Carcelario y Penitenciario El Pedregal requirió al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería Córdoba, para que, efectuara la remisión de su proceso radicado bajo el CUI 05250 61 00000 2022 00017 ante el Centro de Servicios los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia pues, de conformidad con cambio de lugar de privación de la libertad habían perdido competencia para pronunciarse sobre sus peticiones liberatorias.

A la fecha, el Despacho accionado no ha procedido con la remisión de las diligencias razón por la cual estima, se encuentran en detrimentos sus derechos fundamentales a la petición y al debido proceso.

Conforme con ello, solicita ordenar al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería realizar la remisión de su proceso con destino al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia.

Una vez surtido ese trámite, se le informe a cuál juzgado le correspondió la vigilancia de la pena impuesta.

La Directora del **Complejo Carcelario de Mediana y Alta Seguridad el Coped El Pedregal** solicitó la desvinculación del

N° Interno : 2023-1825-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00589
Accionante : Narbelly Mercado Silgado
Accionado : Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia.
Decisión : Niega – Hecho superado

presente trámite, teniendo en cuenta que, de conformidad con la página de la rama judicial, el 05 de octubre de 2023, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín asumió el conocimiento de la vigilancia de la pena impuesta a la accionante.

Esos mismos argumentos fueron replicados por parte de la citadora adscrita al **Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia** quien además señaló que, al proceso se le había asignado el radicado 2023E3-03885.

Solicita se denieguen las pretensiones elevadas puesto que, ya le fue asignado el Juzgado correspondiente para la vigilancia de la pena.

La titular del **Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medellín** indicó que, el 5 de octubre de 2023, le correspondió la vigilancia de la pena impuesta a la sentenciada dentro del trámite al cual hace referencia; en virtud de lo anterior, mediante auto 3522 del 13 de octubre de 2023 asumió conocimiento de las diligencias y, dispuso la notificación de esa providencia a la accionante.

Recuerda el carácter subsidiario de la acción de tutela y, solicita se deniegue el amparo constitucional invocado al no evidenciarse afectación a derechos fundamentales.

N° Interno : 2023-1825-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00589
Accionante : Narbely Mercado Silgado
Accionado : Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia.
Decisión : Niega – Hecho superado

CONSIDERACIONES

1. Competencia

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.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la República, la protección inmediata, en cualquier tiempo y lugar, de sus derechos fundamentales, cuando considere que han sido violados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública siempre que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable. En un Estado social de derecho la protección de tales garantías debe ser real y material, a ello apunta la tutela.

2. Problema jurídico

Sería del caso, que esta Sala determinara si en la presente acción constitucional se cumplen los requisitos de procedibilidad establecidos por la Corte Constitucional y de encontrarse colmados los mismos, deberá establecerse si el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, el Establecimiento Carcelario y Penitenciario El Pedregal y el Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de

N° Interno : 2023-1825-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00589
Accionante : Narbely Mercado Silgado
Accionado : Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia.
Decisión : Niega – Hecho superado

Seguridad de Medellín y Antioquia han violentado el derecho fundamental al debido proceso de la señora NARBELLY MERCADO SILGADO, al no asignar el conocimiento de las diligencias penales que se surten en su contra, a un despacho ejecutor de la ciudad de Medellín.

Sin embargo, de acuerdo a la respuesta suministrada por las autoridades accionadas y vinculadas, aunado a los soportes probatorios arrimados al expediente, hay lugar a analizar la posible ocurrencia de la figura de carencia actual de objeto para decidir por hecho superado.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la petición de amparo ha desaparecido, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir el objeto jurídico sobre el cual proveer, es decir, la decisión que hubiera podido proferir el juez constitucional, en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto.

El hecho superado se configura, en palabras de la Corte Constitucional en Sentencia T 143 de 2022 cuando:

“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

N° Interno : 2023-1825-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00589
Accionante : Narbely Mercado Silgado
Accionado : Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia.
Decisión : Niega – Hecho superado

hecho imputable a su voluntad. Así, esta Corte ha procedido a declarar la existencia de un hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas, el suministro de los servicios en salud requeridos, o dado trámite a las solicitudes formuladas, antes de que el juez constitucional o alguna otra autoridad emitiera una orden en uno u otro sentido”.

En el caso concreto, nótese que la pretensión última de la accionante era que, se le asignara el conocimiento de su proceso con radicado 05250 61 00000 2022 00017 a un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, con miras a elevar las solicitudes correspondientes a su privación de la libertad, lo anterior teniendo en cuenta que, al haberse efectuado una modificación en su sitio de reclusión los despachos de la Ciudad de Montería habían perdido competencia para atender sus requerimientos.

Al respecto es importante señalar que, si bien no se recibió respuesta por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, de los informes allegados por el Establecimiento Carcelario y Penitenciario El Pedregal y el Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, el pasado 5 de octubre de 2023, se asignó el conocimiento de las diligencias al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín lo anterior bajo el radicado interno 2023E3-03885.

Esa información fue corroborada por parte de la titular de ese despacho, la cual indicó que, el 13 de octubre de 2023 asumió conocimiento de las diligencias y dispuso la notificación personal

N° Interno : 2023-1825-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00589
Accionante : Narbely Mercado Silgado
Accionado : Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia.
Decisión : Niega – Hecho superado

de dicha providencia a la accionante, la cual se encuentra en trámite.

Conforme con lo expuesto, esta Sala concluye que los hechos que dieron origen a la tutela se superaron durante el trámite de la misma, por lo tanto, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.

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 02 de octubre de 2023 y el 05 de ese mismo se asignó el conocimiento de las diligencias al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, es decir que, se satisfizo la pretensión del accionante, terminando así cualquier vulneración de sus derechos.

Aunado a lo anterior, debe recordarse que la Judicatura en comento, refirió que, mediante auto del 13 de octubre de 2023

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

N° Interno : 2023-1825-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00589
Accionante : Narbelly Mercado Silgado
Accionado : Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia.
Decisión : Niega – Hecho superado

asumió conocimiento de la actuación y resolvió situación jurídica de la accionante, encontrándose en término de notificación.

Sobre este último aspecto, debe señalarse que, no se evidencia mora en el trámite impartido por el despacho ejecutor o alguna circunstancia vulneradora derechos fundamentales pues de forma reciente se le entregó la carpeta para su conocimiento y, de forma diligente ha impartido el trámite correspondiente.

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: **DENIEGA LA TUTELA** interpuesta por la señora Narbelly Mercado Silgado; ello, al constatarse una carencia actual de objeto para decidir por configuración del 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

N° Interno : 2023-1825-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00589
Accionante : Narbelly Mercado Silgado
Accionado : Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia.
Decisión : Niega – Hecho superado

establece para efectos de su eventual revisión, en el *Decreto 2591 de 1991, artículo 31.*

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

-Aprobada el viernes 13 de octubre de 2023, para la fecha de la firma se encuentra en permiso-

Firmado Por:

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: **f9b33ec6a7fb44f994699844cceda11df39532f71146ee42220b491428543dd9**

Documento generado en 18/10/2023 04:01:40 PM

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

N.I.: 2023-1951-4
Radicado: 05000-22-04-000-2023-0631
Accionante: Juan David Mendoza
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia

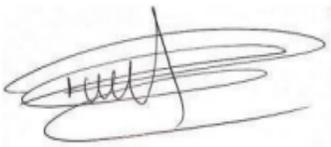
CONSTANCIA

Señora Magistrada, le informo que, la presente **TUTELA PRIMERA INSTANCIA** se allegó por parte de la Secretaría al correo institucional del despacho, des01sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co el día **18/10/2023 a las 08:15 horas** y le fue asignado el radicado **05000-22-04-000-2023-00631** y número interno **2023-1951-4**.

Es menester indicar que, es interpuesta por apoderado judicial pero no se allega poder especial para actuar.

Pasa a despacho.

Medellín, 18 de octubre de 2023



PAULA ANDREA ECHEVERRI BOLÍVAR
AUXILIAR JUDICIAL



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

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

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que la misma es interpuesta por el abogado **Juan David Mendoza** quien dice **actuar en representación de los intereses de Andrés Felipe Salazar Cotrini**, sin embargo, no se aportó **Poder Especial** para la interposición de la presente acción de tutela.

De este modo, de conformidad a lo normado en el artículo 90 numeral 5º del Código General del Proceso, 17 del decreto 2591 de 1991, así como a lo dispuesto en las sentencias T-695 de 1998, T-465 de 2010, se dispone **INADMITIR** la demanda, y **REQUERIR** al precitado abogado, para que dentro del improrrogable término de tres (3) días, subsane la omisión referida, y adjunte el poder especial otorgado por el señor **Salazar Cotrini**, so pena de rechazar la demanda.

En consecuencia, se **ORDENA** a la Secretaría de la Sala Penal de la Corporación que, de conformidad con los artículos 56 y 60 de la Ley 1437 de 2011, notifique esta decisión al mencionado, sin perjuicio de la notificación personal a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Isabel Álvarez Fernández
Magistrada

Firmado Por:

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: **f464d806e941fdaa5b1874e6578a7add816c1ca34bd326ff3647462d7c679ed3**

Documento generado en 18/10/2023 04:32:44 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

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

Radicado : 2018-1336-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051546100191201580027
Acusada : Maruja Esther de la Cruz González
Delito : Trata de personas
Decisión : Revoca y absuelve

El 18 de octubre de 2023 se aprobó por la Sala decisión de segunda instancia dentro del proceso identificado con el CUI 051546100191201580027 que se adelanta contra Maruja Esther de la Cruz González.

Se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VEINTICUATRO (24) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS ONCE DE LA MAÑANA (11:00 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)
Isabel Álvarez Fernández
Magistrada

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

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **06daba7ba68f2d56ae56e15f3d7588c52d70684a016157877dec262c5b6c1f46**

Documento generado en 18/10/2023 12:00:30 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Cristobslina Mena Moya
Accionados: Procuraduría General de la
Nación y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00627
N.I: 2023-1947-5



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés

Cristobslina Mena Moya presentó acción de tutela en contra de la Procuraduría General de la Nación, el Concejo Municipal de Carepa Antioquia, el Municipio de Carepa Antioquia, el Instituto Técnico Nacional de Comercio "Simón Rodríguez", Intenalco Educación Superior y la Federación Nacional de Concejales "Confenalco". Lo anterior, a fin de obtener la protección de su derecho al debido proceso en el acto de calificación del concurso de méritos para la elección del Personero Municipal de Carepa - Antioquia. La presente fue repartida al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó Antioquia.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó Antioquia al momento de decidir sobre la admisión, consideró no ser el competente citando el numeral 3º del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 333 de 2021, debido a que una de las accionadas es la Procuraduría General de la Nación.

El artículo 2.2.3.1.2.1. del decreto 333 de 2021 cita lo siguiente:

"Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes

reglas:

1. (...)

Tutela primera instancia

Accionante: Cristobslina Mena Moya
Accionados: Procuraduría General de la
Nación y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00627
N.I: 2023-1947-5

2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.

3. Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones del Contralor General de la Republica, del Procurador General de la Nación del Fiscal General de la Nación, del Registrador Nacional del Estado Civil, del Defensor del Pueblo, del Auditor General de la Republica, del Contador General de la Nación, del Consejo Nacional Electoral, así como, las decisiones tomadas por la Superintendencia Nacional de Salud relacionadas con medidas cautelares y de toma de posesión e intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar, de cesación provisional, o de revocatoria total o parcial de habilitación o autorización de funcionamiento, con fundamento en los artículos 124 y 125 de la Ley 1438 de 2011, serán repartidas, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o a los Tribunales Administrativos. (...)" (negrillas propias)

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó Antioquia interpretó de manera errada el acuerdo en cita. La acción presentada no va dirigida en contra actuación alguna del Procurador General de la Nación. Incluso la vinculación de la Procuraduría General de la Nación es apenas aparente ya que de los hechos no se desprende ningún tipo de participación de la entidad de orden nacional, eventualidad que de cualquier forma radica la competencia en los Juzgados de Circuito.

La competencia recae directamente en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó Antioquia quien cuenta con la categoría para conocer las acciones que se presentan en contra de cualquier entidad pública de orden nacional como lo es la Procuraduría General de la Nación.

En consecuencia, y entendiendo que el motivo por el que fue remitida la

Tutela primera instancia

Accionante: Cristobslina Mena Moya
Accionados: Procuraduría General de la
Nación y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00627
N.I: 2023-1947-5

acción a esta Corporación no existe, se ordena la devolución de la presente actuación al El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó Antioquia, a quien le correspondió por reparto, para que asuma su conocimiento.

En caso de que el Juzgado mencionado no comparta los argumentos esbozados en esta providencia, desde ya se propone conflicto negativo de competencia ante la Corte Constitucional. Esto, sin tener en cuenta que, según el artículo 139 del Código General del Proceso regula el trámite en los conflictos de competencia, preceptuando que el Juez que declare su incompetencia para conocer de un proceso, ordenará remitirlo al que estime competente; **precisando en el inciso tercero, que el Juez que reciba el expediente no podrá declararse incompetente cuando el proceso le sea remitido por alguno de sus superiores funcionales.**¹

COMUNÍQUESE y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

¹ "...Artículo 139. Trámite. Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación. Estas decisiones no admiten recurso. El juez no podrá declarar su incompetencia cuando la competencia haya sido prorrogada por el silencio de las partes, salvo por los factores subjetivo y funcional.

El juez que reciba el expediente no podrá declararse incompetente cuando el proceso le sea remitido por alguno de sus superiores funcionales.

Quando el conflicto de competencia se suscite entre autoridades administrativas que desempeñen funciones jurisdiccionales, o entre una de estas y un juez, deberá resolverlo el superior de la autoridad judicial desplazada.

La declaración de incompetencia no afecta la validez de la actuación cumplida hasta entonces...".

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: **3c1a7f8ef6387a6fb9131c7518527953d51b2080c30b71d386a2471611bbb7bd**

Documento generado en 18/10/2023 09:42:51 AM

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

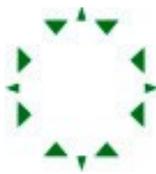
Auto de segunda instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Carlos Daniel Caro Benítez

Delito: Homicidio y otro

Radicado: 05 209 60 00 331 2021 00075

(N.I. TSA 2023-1794-5)



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

Medellín, trece (13) de octubre dos mil veintitrés

**Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta No. 105 de la fecha

Proceso	Auto interlocutorio Ley 906
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Prueba incorporada
Radicado	05 209 60 00 331 2021 00075 (N.I. TSA 2023-1794-5)
Decisión	Se abstiene decidir por carencia de objeto

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto del pasado 13 de septiembre de 2023 que negó la incorporación de una evidencia en el curso de la audiencia juicio oral que se adelanta en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia Antioquia, en contra de Carlos Daniel Caro Benítez.

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 del C.P.P.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Para lo que interesa a la presente providencia, el 13 de septiembre de 2023¹ en el curso de la audiencia de juicio oral, la defensa solicitó la incorporación de 11 fotografías que fueron decretadas en audiencia preparatoria, las cuales serían incorporadas mediante el testigo Mauricio Andrés Holguín Vargas.

Luego de ya haber sido incorporadas por medio de la información brindada por el testigo en el interrogatorio, antes de contra interrogar, la fiscalía se opuso a la incorporación. Indicó que son fotografías anónimas ya que se desconoce quién las tomó, y no se cumple con lo establecido en el artículo 425 del Código de procedimiento penal.²

Una vez realizado el contra interrogatorio al testigo Mauricio Andrés Holguín Varga por cuenta de la Fiscalía, el Juez negó la incorporación de las fotografías al no cumplirse con los lineamientos normativos de los artículos 425 y s.s. del Código de procedimiento penal. Advirtió que no se acreditó la autenticidad; se desconoce la procedencia de las fotografías; quien las tomó; en qué fecha y en qué hora se tomaron. Lo único que se informó fue que las fotos fueron tomadas del celular del testigo.³

¹ “0087AudioContinuacionJuicioOral”.

² Record 02:04:00 en adelante ““0087AudioContinuacionJuicioOral”

³ Record 02:29:10 en adelante. Ibidem.

IMPUGNACIÓN

La defensa presentó y sustentó recurso de reposición en subsidio de apelación.

Advirtió que el testigo manifestó que las fotos fueron tomadas desde su celular el 17 de mayo de 2021, excepto las fotos donde se evidencia campo abierto que fueron tomadas en otra fecha. Además, los documentos se presumen auténticos salvo prueba en contrario.

Informó que se generó la carga suficiente para dar por probada la procedencia de las fotografías. Frente a la forma como están rotulados los archivos, no tiene relación alguna con la fecha en la que fueron tomadas las fotografías.

La Fiscalía como no recurrente indicó:

El testigo informó que las fotografías fueron tomadas por la cámara de un celular marca redmi 07, pero al observar la parte inferior de las fotografías al parecer fueron tomadas con la cámara de un celular marca Huawei. Por tanto, no hay claridad de la procedencia frente a la producción de las imágenes.

La representante de víctimas se acoge a lo que se decida en la resolución del recurso.

El Juez no repuso la decisión. Advirtió la falta de mismidad en la procedencia de las fotografías. Además, pudo percibir que las mismas no fueron tomadas por el testigo, sumado a lo informado por la fiscalía como no recurrente.

CONSIDERACIONES

La Sala de abstendrá de resolver el recurso interpuesto por la defensa dada la carencia de objeto para decidir. Esta conclusión se desprende de lo siguiente:

Se verificó que en el curso del juicio se incorporó y utilizó como prueba dentro del debate oral 11 fotografías por intermedio del testigo Mauricio Andrés Holguín Vargas. Para constatar la incorporación y utilización de los documentos cuestionados basta escuchar la sesión de juicio del 13 de septiembre de 2023.⁴

Para la utilización de las imágenes, se realizó solicitud previa al Juez quien accedió luego de verificar el decreto admitido en preparatoria, situación que fue verificada igualmente por la fiscalía en el curso de la diligencia.⁵

En ese momento no se realizó ninguna objeción por las partes. Ni la fiscalía ni la representante de víctimas presentaron objeción alguna en el momento en que la defensa exhibió las imágenes al testigo. Incluso, en el contra interrogatorio, la fiscalía realizó preguntas con respecto a la información aportada con las imágenes exhibidas por el testigo en el juicio.⁶

De tal manera que, las partes permitieron la incorporación de los elementos, tanto así, que se generó el debate probatorio respecto a las imágenes cuestionadas. Es decir, los elementos contaron con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad, en presencia y aprobación de las partes y el Juez.

⁴ Record 01:42:12 en adelante “0087AudioContinuacionJuicioOral”

⁵ Record 01:40:43 en adelante. Ibídem

⁶ Record 02:22:20 en adelante. Ibídem

Por tanto, resulta intrascendente la entrega física de las imágenes al Juez, cuando esa información ya fue llevada a su conocimiento a través de la descripción dada por el testigo en el juicio oral. El debate aquí presentado es innecesario, debido a que la incorporación y utilización ya se materializó.

Las reglas que regulan el decreto, práctica y aducción de las pruebas tienen como fin que sólo se lleven al conocimiento del Juez aquellas que han cumplido con los requisitos previstos en la Ley. Los cuales, como se observó, fueron satisfechos previo a la objeción de la fiscalía y la decisión emitida por el Juez Promiscuo del Circuito de Concordia Antioquia.

La oposición de la fiscalía y la decisión del Juez fue inoportuna y sin objeto alguno. Si la finalidad era evitar la utilización de los elementos en el en juicio oral, era imperativa la actuación al momento de la solicitud de traslado que hizo la defensa, y no, de manera posterior a su incorporación y utilización como se presentó en esta oportunidad.

Ahora, no quiere decir la Sala que sea esta la práctica adecuada de la incorporación de la prueba en el juicio. Tampoco que se deba asumir con veracidad la prueba incorporada. Como se realizaron cuestionamientos de procedencia frente a la mismidad de los elementos cuestionados, solo queda que el Juez valore toda esa información incorporada en la sentencia.

Las partes cuentan con la oportunidad en los alegatos finales de solicitar al Juez que se abstenga de valorar o que lo haga en cierto sentido, aduciendo los criterios legales que resulten adecuados para el efecto.

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

Auto de segunda instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Carlos Daniel Caro Benítez

Delito: Homicidio y otro

Radicado: 05 209 60 00 331 2021 00075

(N.I. TSA 2023-1794-5)

RESUELVE

ABSTENERSE de decidir el recurso de apelación, por carencia de objeto según lo motivado.

Contra esta decisión no proceden recursos.

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: **b221f701e10713781caca6c2fe5e3267cc6ee37f2cb8901a139c5361533c3f6a**

Documento generado en 18/10/2023 10:04:19 AM

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

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

SALA PENAL.

Medellín, octubre dieciocho de dos mil veintitrés

Para efectos de dar lectura a la sentencia emitida dentro de la actuación con radicado 2023-1649, señálese el día 25 de octubre a las 9 a.m. Con el enlace para la audiencia virtual de lectura, remítase copia de la providencia a la cual se le dará lectura.

CUMPLASE

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTADO.

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: **635a6007d5d78ee693e56a0bff043352db6398b463c58e3debc7625609e9c29f**

Documento generado en 18/10/2023 01:46:03 PM

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

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Magistrada ponente: María Stella Jara Gutiérrez

Radicación: 05591630053520208006301 [2023-1687-3]
Procesado: JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR
Delito: Acoso Sexual
Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia
Decisión: Confirma
Aprobado: Acta No. 328, octubre 05 de 2023

Medellín, Antioquia, cinco (05) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

1. La Sala decide la apelación interpuesta por la defensa de JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR contra la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil veintitrés (2023) por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito del Santuario, Antioquia, lo condenó por el delito de acoso sexual a la pena de trece (13) meses de prisión.

II. HECHOS

2. Los hechos origen de la presente investigación tuvieron ocurrencia entre el primero y el veinticuatro (24) de agosto de dos mil veinte (2020) en las instalaciones de la Centro Carcelario de Puerto Triunfo Antioquia, donde laboraban JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR y Bibiana Patricia Villa Diaz, el primero como Cabo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en adelante Inpec, y la segunda como enfermera vinculada mediante contrato por esa institución.

3. Según la denunciante, el veinticuatro (24) de agosto de dos mil veinte (2020), a eso de las 11 p.m., estando sola y recostada boca abajo en una de las camillas de la unidad de sanidad, ingresó al lugar el Cabo JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR a pasar revista, momento en cual aprovechó para abordar a Bibiana

Patricia Villa Diaz y manosearle los glúteos, le tomó la mano y le hizo que le tocara el arma de fuego de dotación y después el pene; manoseos lujuriosos de los que ha habido sido víctima con anterioridad en dos ocasiones.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

4. El dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020) ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Triunfo, Antioquia, en cumplimiento de funciones de control de garantías, la Fiscalía imputó a JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR, el delito de acoso sexual previsto en el artículo 210A, cargo que no fue aceptado¹.

5. La Fiscalía radicó escrito de acusación y el asunto correspondió por competencia al Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia. Ese despacho judicial llevó a cabo la audiencia de acusación el veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021), en donde se elevaron cargos en contra de JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR por el delito de acoso sexual, previsto y sancionado en el artículo 210A del Código Penal, en concurso homogéneo, artículo 31 ibidem².

6. El treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022) tuvo lugar la audiencia preparatoria en la que se decretaron las pruebas peticionadas por las partes y se acordó incorporar al juicio como probado el hecho plena identidad del acusado³.

7. El veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023) se inició el juicio oral, en esa sesión se incorporó la estipulación probatoria relativa a la plena identidad del acusado y declararon Bibiana Patricia Villa Diaz y Rosmira Díaz Berrio⁴.

8. La diligencia de juicio oral continuó el once (11) de agosto de (2023) y en esa ocasión rindió testimonio la Jefe de Enfermería Farley Yiseth Moya Salazar⁵.

9. El once (11) y catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023) se continuó con la práctica de las pruebas decretadas a instancia de la defensa, en tal virtud declararon Cristian Alexander Cruz Sánchez y el acusado JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR. Luego se dio paso a las alegaciones y de esa manera finalizó el debate oral, entonces el juzgado anunció sentido de fallo de naturaleza condenatoria

¹ Documento PDF No. 001 Carpeta Preliminares del expediente digital

² Documento PDF No. 009 Carpeta Preliminares del expediente digital

³ Documento PDF NO. 12 del expediente digital.

⁴ Documento PDF NO. 16 del expediente digital

⁵ Documento PDF NO. 22 del expediente digital.

en contra del acusado, en calidad de autor del delito de acoso sexual previsto en el artículo 210 A del Código Penal, pero no en concurso homogéneo⁶. La lectura de la sentencia se llevó a cabo el veintidós (22) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

10. Luego de considerar reunidos lo requisito de la condena, el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, mediante proveído del veintidós (22) de agosto de dos mil veintitrés (2023), condenó a JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR en calidad de autor del delito de acoso sexual previsto en el artículo 210 A del Código Penal⁷. Para ello indicó:

11. En punto de la estructura dogmática del delito de acoso sexual, descrito y sancionado en el artículo 210 A del Código Penal, dijo, se trata de un tipo penal de conducta alternativa, ya que se materializa cuando el sujeto activo “*acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente*”.

12. Menciona respecto del elemento subjetivo específico o ánimo especial que el acoso sea en favor del sujeto activo o de un tercero, con fines sexuales no consentidos; precisando que la conducta se consuma por razón del acoso, hostigamiento, asedio o persecución emprendidas por el victimario, el cual en términos genera zozobra, intimidación o afectación psicológica a quien la padece para no hablar de la limitación que se produce respecto de la libertad sexual.

13. Luego de analizar los testimonios de Bibiana Patricia Villa Díaz, Rosmira Díaz Berrío, Farley Yisseth Salazar, Cristian Alexander Cruz Sánchez y JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR bajo los criterios de la sana crítica, o persuasión racional y en conjunto, concluyó, la Fiscalía cumplió con demostrar más allá de toda duda razonable la existencia de la conducta delictiva y la responsabilidad del acusado; por cuanto halló coherencia y concatenación en los testimonio, respecto de cual no halló duda de que, para el mes de agosto del año 2020, Bibiana Patricia Villa Díaz prestaba sus servicios como auxiliar de enfermería en el Área de Sanidad del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo, Antioquia, siendo Inspector o Cabo el acusado, señor JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR y ella, Bibiana Patricia Villa Díaz, la enfermera que prestaba turnos nocturnos.

⁶Documento DVD No. 26 audiencia de continuación de juicio oral minuto a minuto 00:54 a 01:45.

⁷ Documento PDF No. 34 del expediente digital.

14. Claramente, expresa, Bibiana Patricia Villa Díaz puso de presente que, en el transcurso de ese agosto, en una primera ocasión, el acusado, quien pasaba revista durante el turno nocturno, ingresó a sanidad, donde ella se encontraba sola y acostada en una camilla descansando, y le tocó los glúteos de inmediato le reprochó esa actitud. En una segunda oportunidad, en ese mismo lugar y mientras transcurría el turno nocturno, JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR ingresó a esa dependencia a pasar revista, le alumbró los senos con una linterna y le expresó que se los mostrara y le alegrara la vida, en actitud morbosa, ante lo cual le suplicó que no lo hiciera y así superar esa situación; con todo, ocurrió un tercer evento, el 24 de agosto, también acaecido durante la revista al área de sanidad por parte del Cabo TOBÓN ESCOBAR en la noche. En esa ocasión, mientras ella yacía en una camilla la abordó el hombre y le volvió a manosear las nalgas, además, le pidió la mano y le hizo tocar el miembro viril que lo tenía por fuera del pantalón como también algo que tenía en la pretina del pantalón, que cree era un arma de fuego, por lo cual sintió temor y vulnerable. Hechos comentados por ella a la Jefe de Enfermería Rosmira Ríos Berrío.

15. Testimonio que halló corroborado con el ofrecido por la señora Ríos Berrío, en tanto esta comentó haber tenido conocimiento de los hechos por lo contado por su hija a quien notó deprimida, pues se había ido de Chigorodó entusiasmada en busca de trabajo, pero había perdido el empleo por esa situación.

16. De la misma manera considera, la declaración de la enfermera Jefe Farley Moya, a quien la víctima le comentó los abusos cometidos por parte del procesado en el área de sanidad y durante los turnos de la noche a donde acudía a pasar revista, corrobora lo dicho por ella, pues, según dijo, esta le pedía asignarle turnos no coincidentes con los del Cabo JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR, además la notó deprimida. Después, indicó, habló con el procesado y este negó todo y al siguiente día le presentó una queja por escrito en contra de Bibiana Patricia Villa Díaz y le adjuntó un video donde se veía durmiendo en una camilla de unidad de sanidad, además, le afirmó que lo denunciado por ella era falso y solo pretendía excusarse por las faltas al servicio. Aclaró, antes de ese episodio, el Cabo no le había comunicado queja alguna en contra de la auxiliar Villa Díaz.

17. De otra parte, no dio crédito a las exculpaciones del Cabo JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR, respecto de la mendacidad de los señalamientos, todo lo cual, según afirmó, se trataba de una retaliación de la señora Bibiana Patricia

Villa Díaz en su contra por los llamados de atención que le hiciera por las faltas al servicio, pues ingresaba al Establecimiento Carcelario en horarios no autorizados y en estado de alicoramiento, además, tenía cercanía con algunos reclusos oriundos de Chigorodó. Lo anterior, dijo, por cuanto se trata de manifestaciones sin ningún sustento, ya que no se acreditaron los llamados de atención referidos por el acusado y solo se cuenta con una queja posterior a la denuncia de Bibiana Patricia Villa Díaz en contra del Cabo JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR.

18. Concluye: JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR, en su calidad de Cabo del Inpec y quien prestaba sus servicios en el Establecimiento Penitenciario de Puerto Triunfo, Antioquia, tenía una relación de autoridad o poder no solo frente a sus subalternos y los privados de la libertad, sino frente al personal que prestaba allí sus servicios, al punto que como él mismo lo indicó debía pasar revista por la seguridad del establecimiento e informar cualquier anormalidad.

19. Y en ese contexto realizó tocamiento lujuriosos no consentidos a la auxiliar de enfermería Bibiana Patricia Villa Díaz en tres oportunidades en el mes de agosto de dos mil veinte (2020), que causaron en la víctima intimidación y afectación psicológica, porque se trataba de una mujer sola en el lugar de trabajo y sin ningún respaldo de una persona allegada, porque procedía de otra ciudad, además le fundaba temor poner en conocimiento el hostigamiento o asedio al que venía siendo sometida, en tanto sospechaba le traería consecuencias negativas, pues la labor la desempeñaba sola al interior de un Establecimiento Penitenciario vigilado por el Inpec exclusivamente, institución a la que pertenecía su agresor quien tenía un alto rango en el mando.

20. Descartó el concurso homogéneo, a un cuando los hechos eran varios, pues se trata de una característica del delito de acoso sexual.

21. Así, tras considerar acreditados los requisitos de la condena previstos en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, declaró responsable a JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR y como consecuencia de ello le impuso trece (13) meses de prisión y la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

22. De otra parte, por expresa prohibición del inciso segundo del artículo 68A del Código Penal negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria

de que tratan los artículos 63 y 38 y 38B del Código Penal, respectivamente, por tanto la pena de prisión impuesta a JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR debía cumplirla privado de la libertad en un establecimiento penitenciario designado por el Inpec, por consiguiente ordenó librar la correspondiente orden de captura.

V. LA APELACIÓN Y EL TRASLADO DEL NO RECURRENTE

23. La defensa de JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR interpuso recurso de apelación para solicitar la revocatoria de la sentencia de primer grado y, en su lugar, se absolviera a su representado de los cargos a él formulados en calidad de autor del delito de acoso sexual, de que trata el artículo 210A del Código Penal⁸.

24. Lo anterior, en tanto, con las pruebas practicadas en juicio oral no se acreditó más allá de toda duda la ocurrencia del acoso sexual y que su procurado sea autor de esa delincuencia. Para ello indicó:

25. No existe prueba que conduzca a la certeza ni de la existencia de la conducta punible, menos aún de la responsabilidad del procesado, por tanto se debió absolver a JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR por duda probatoria. Luego cita la sentencia STP10868-2018 de la Corte Suprema de Justicia según la cual *"La primera (ausencia de motivación) se presenta cuando el juzgador omite precisar los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión. La segunda (motivación incompleta) cuando omite analizar uno cualquiera de estos dos aspectos, o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar su fundamento"*. A reglón seguido dice. *"Los argumentos de decisión para el caso que nos ocupa son muy generales, no conoce esta defensa de donde salen los valores utilizados para proponer los resultados, razón por la cual está defensa la considera falta de motivación y ausencia debida de la valoración de la prueba en atención a la igualdad de armas y el derecho de defensa."* Con todo, no precisa la controversia con la sentencia de primer grado sobre la falta de motivación.

26. También la defensa aludió a importantes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y a tratados internacionales concernientes

⁸ Documento PDF No. 37 del expediente digital.

al delito de acoso sexual, sin embargo, no se indica claramente la razón de esa citación.

27. La fiscalía en su condición de no recurrente considera no sustentada en debida forma la apelación y por esa razón reclama sea declarado desierto el recurso, pues, si bien el escrito consta de trece (13) páginas, solo contiene manifestaciones genéricas y ambiguas sin concreción de los verdaderos motivos de disenso, como cuando afirma que no se practicó ninguna prueba que acredite la responsabilidad del acusado.

28. Entonces, reitera, ante la indebida sustentación del recurso de apelación pide sea declarado desierto, pues, afirma, este instituto no está previsto para “*probar suerte*” ante el juez de segunda instancia.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

29. Según el artículo 34, numeral 1, de la Ley 906 de 2004, el Tribunal tiene competencia para resolver la apelación interpuesta, porque la providencia apelada fue proferida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia. Este ámbito funcional, en virtud del principio de limitación inherente a los efectos del recurso de alzada, sólo permite la revisión de la providencia en los aspectos impugnados y en los que le estén vinculados de manera inescindible.

30. Bajo tal comprensión, el Tribunal únicamente examinará el fallo de primera instancia en los ataques formulados, asimismo, con respeto de la prohibición de la reforma en peor de que tratan los artículos 20 de la ley 906 de 2004 y 31 de la Constitución Política porque ante la inconformidad exclusiva de la defensa, en el acusado converge la condición de apelante único.

31. La Sala, en primer lugar, debe ocuparse de estudiar si el recurso presentado por el defensor debe ser negado en razón a la deficiente sustentación y, en caso de superar ese examen, se establecerá el acierto de la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, que condenó a JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR por la conducta punible de acoso sexual.

32. El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 instituye el deber de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de ser declarado desierto, tal

como lo enuncia el artículo 179A *ibidem*. Tales disposiciones encuentran sentido, en tanto es necesario que quien interpone el recurso indique ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para refutar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

33. La jurisprudencia constitucional ha indicado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no reprime el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu*, confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus tesis para que la segunda instancia efectúe el estudio del contenido de su petición, haciendo que indefectiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

34. Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

“...Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.

En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.

El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituido en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.

Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.

Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluir toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

*Obsérvese que, existiendo la prohibición de la **reformatio in pejus**, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.*

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional... ”⁹

35. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia expuso:

“...Si bien el derecho fundamental al debido proceso de qué trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar,

⁹ Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales“. (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas “si bien hipotéticamente” podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.

En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.

En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó”¹⁰.

36. Frente al principio de caridad, la SP de la CSJ en decisión del nueve (9) de septiembre de dos mil quince (2015), radicado 46235, indicó:

“Acorde con la jurisprudencia de la Sala¹¹, el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible¹².

Se trata de una forma de superar los yerros de sustentación a efectos de encontrar el verdadero sentido del recurso en procura de dar efectividad al derecho material subyacente. En ese orden, debe existir un ejercicio de fundamentación que, aunque impreciso, permita desentrañar el contenido de la censura.

No obstante, si no se entregan razones para sustentar la impugnación o las suministradas son insuficientes para deducir una postura jurídica concreta frente al tema de debate, resulta imposible acudir a este principio para obviar falencias argumentativas.”

37. Descendiendo al caso en particular, si bien el recurso propuesto por la defensa exhibe falencias en la sustentación, las mismas pueden ser superadas en

¹⁰ Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.

¹¹ Cfr. CSJ proveídos del 10/03/09 Rad. 30822; 01/07/09 Rad. 27397; 12/05/10 Rad. 33755; 20/10/10 Rad. 33022; 05/09/12 Rad. 39284, entre otros.

¹² Cfr. CJS SP 08/06/11 Rad. 35130.

aplicación del principio de caridad argumentativa, pues adujo el confutador la inexistencia de prueba que condujera a la certeza de la materialidad de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR, por tanto, debió absolversele por duda probatoria. Dicha manifestación, en aplicación al mencionado principio, permite a la Sala colegir como debidamente sustentada la alzada, entonces se debe dar respuesta a ese planteamiento a fin de efectivizar la prevalencia del derecho sustancial.

38. El artículo 210 A del C.P. describe la conducta punible de acoso sexual como:

El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

39. Definido lo anterior y teniendo en cuenta lo debatido, la Sala se concentrará en establecer si se reúnen los presupuestos de la condena de que trata el artículo 381 de la ley 906 de 2004, tal como se anunció en precedencia.

40. Según la ley, el acoso sexual es cometido cuando una persona, en beneficio suyo o de un tercero -y valiéndose de su superioridad o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica-, acosa, persigue, hostiga o asedia física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona. Para que haya acoso, además, debe tratarse de actos habituales y con permanencia en el tiempo, por lo cual los actos aislados y aleatorios no están comprendidos en este delito.

41. Los artículos 7º y 381 de la Ley 906 de 2004, que indican que para proferir sentencia condenatoria debe existir convencimiento y conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, con base en las pruebas debatidas en el juicio, agregando a la última de las normas, que tal decisión no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

42. Con tales bases normativas, en el caso bajo estudio, como se reseñó, el apelante no cuestiona en verdad que su prohijado haya realizado actos libidinosos en contra de Bibiana Patricia Villa Diaz cuando ambos laboraban en el establecimiento carcelario de Puerto Triunfo, Antioquia, él como Cabo del Inpec y ella como auxiliar

de enfermería de Unidad de Sanidad, sino que, más bien, alega que no se probó más allá de toda duda razonable que haya existido el delito de acoso sexual.

43. Pues bien, desde ya se anuncia, tal como lo indicó el *A quo*, que las pruebas practicadas en juicio oral prueban suficientemente la hipótesis delictiva del acoso sexual del cual fue víctima Bibiana Patricia Villa Díaz, por parte de JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR.

44. Bibiana Patricia Villa Díaz declaró en juicio e indicó que los hechos ocurrieron en tres oportunidades durante el mes agosto de dos mil veinte (2020). La primera vez sucedió a comienzos del mes en una noche mientras ella prestaba turno, pues estando acostada en la camilla sintió que el Cabo JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR le tocó los glúteos, ante lo cual le llamó la atención y le cambió la conversación mientras él la evadió y se retiró del lugar. La segunda ocasión aconteció como a mitad de ese mismo mes, esa noche como de costumbre el Cabo pasó a realizar revista en la unidad de sanidad y al verla sola, con una linterna le alumbró los senos y le dijo que se los mostrara para que le alegrara el rato, a lo que no accedió y le reprochó la falta de respeto, entonces se retiró.

45. La tercera vez ocurrió el veinticuatro (24) de agosto y en esa oportunidad también ingresó de noche a sanidad donde ella se encontraba sola y le manoseó los glúteos e inmediatamente le reclamó, pero él enseguida le dijo:

“permítame su mano un momentico y entonces en ese instante el me, en la pretina yo vi que tenía algo y la verdad me dijo que le tocara el miembro, yo no estuve de acuerdo con eso, el ya lo tenía él afuera y ya al ver esa situación acudí a mi jefe y le comenté que hiciera lo posible de que, que yo ya no quería tener más problemas, pero que hiciera lo posible que no me dieran turnos con él porque me estaba sintiendo incómoda, yo me sentía vulnerada, eso estaba, eso es muy retirado, sola en ese lugar en el instante puede, pude pasar pensar temer por su integridad, entonces yo le dije a la jefe que por favor me no me coincidieran turnos con él, ahí fue donde ella me llevó a los PJ... eso ocurría a la 10 u 11 cuando eso ya estaba muy solo... ellos a esa hora pasaban revista y como normalmente uno mantenía solo en el área ahí, entonces quizás se aprovechaba de eso”

46. Insiste, las tres ocasiones sucedieron en la noche mientras quedaba sola en el área de sanidad a donde iban a pasar revista los guardines, entre ellos el Cabo JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR; asimismo, mencionó, la intención de este era manosearla con fines libidinosos, pero ella no le permitía pasar a otro tipo de abusos y verla en esa actitud se retiraba.

47. Agregó, después de contarle a la Jefe de Enfermería lo sucedido el acusado, al día siguiente, el veintiocho (28) de agosto, entregó un informe o queja en su contra relativa a una falta en el servicio y exhibió un video donde se le veía dormida en una camilla, hecho respecto del cual dijo, se trataba de una estrategia del procesado para evitar ser investigado, especialmente porque nunca tuvo inconvenientes de tipo laboral mientras se desempeñó como auxiliar de enfermería en la unidad de sanidad del Establecimiento Carcelario de Puerto Triunfo, Antioquia.

48. Por último comentó la afectación psicológica que padeció por cuenta de esos acosos del procesado, como también en tanto no le renovaron el contrato por haber denunciado, pues el director del establecimiento carcelario era amigo del procesado.

49. La señora Rosmira Diaz Berrio, madre de Bibiana Patricia Villa Diaz, comentó que esta es auxiliar de enfermería y se desempeñó en varias empresas, en el año dos mil veinte (2020) en el centro penitenciario de Doradal, lugar donde su hija vivía sola. Comenta, siempre ha vivido en Chigorodó, Antioquia, sin embargo, mantienen comunicación telefónica constante. Dijo saber de los hechos investigados por comentario que le hiciera Bibiana Patricia mediante llamada telefónica, notándola deprimida y aburrida, porque ella se había ido a buscar trabajo y con lo sucedido presentía perder el empleo, tal como ocurrió, pues no le renovaron el contrato.

50. Finalmente, a instancia de la Vista Fiscal declaró la señora Farley Yisseth Montoya Salazar, enfermera jefe de profesión quien laboró para el Centro Penitenciario de Puerto Triunfo, Antioquia, desde octubre de dos mil diecinueve (2019) hasta diciembre de dos mil veinte (2020), en consulta externa y urgencias. Durante esa época tuvo a cargos varias auxiliares de enfermería, entre ellas a Bibiana Patricia Villa Díaz. Sobre los hechos investigados indicó tener conocimiento por cuenta de los comentarios que le hiciera la auxiliar en una jornada, entonces le anunció que hablaría con el cabo JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR.

51. En efecto, le comentó la situación al Cabo JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR y él negó todo y al día siguiente le entregó por escrito un informe donde mencionaba que la enfermera Bibiana Patricia Villa Díaz dormía en las camillas de sanidad durante los turnos nocturnos. Después le recomendó ir a donde el policía judicial de la cárcel a quien ella le comentó lo sucedido en agosto de dos mil veinte (2020). Sobre la queja comentó que las auxiliares tenían permitido descansar a

determinadas horas en los turnos de la noche y que los guardias del Inpec pasaban rondas por el área de sanidad. Comentó que Bibiana Patricia muy temerosa le pedía que no le asignara turnos nocturnos que coincidieran con los del Cabo TOBÓN ESCOBAR.

52. El procesado renunció a la garantía de guardar silencio y se presentó como testigo. En la declaración negó los hechos a él atribuidos de acoso sexual y aseguró se trataba de una retaliación de la enfermera Bibiana Patricia Villa Díaz por los llamados de atención efectuados por él debido a la deficiencia en la prestación del servicio. Indicó, él realizaba revistas nocturnas en la unidad de sanidad para inspeccionar la prestación del servicio y era su deber presentar informes sobre lo que allí sucedía, como la mala prestación del servicio por parte de Bibiana Patricia, quien se disgustaba por los llamados de atención, según los gestos corporales que hacía. En cuanto a la denuncia, insiste, era una represalia de Bibiana Patricia Villa Díaz en su contra por reclamos efectuados debido a las irregularidades presentadas durante el turno, como dormir en las camillas y asistir al trabajo en horas no permitidas.

53. Para la Sala la declaración de la víctima es creíble, pues respondió sin vacilaciones a las siguientes preguntas: ¿qué pasó?, ¿dónde sucedieron los hechos?, ¿cuándo y quién los llevó a cabo?; por tanto, se trata de una versión circunstanciada y veraz. Relato corroborado por las deponentes Rosmira Diaz Berrio y Farley Yisseth Montoya Salazar, por el procesado. Las dos primeras comentaron haber escuchado de Bibiana Patricia una historia de acoso sexual sufrida durante los turnos nocturnos de parte del acusado cuando iba a pasar revista y las dos concuerdan en afirmar el nerviosismo de ella por esos acontecimientos.

54. Por su parte el procesado en forma conteste con Bibiana Patricia Villa Díaz comentó las circunstancias que rodearon el acontecer; con todo, asegura, se trata de una falsa acusación como represalia de los llamados de atención efectuados por él debido al incumplimiento de sus deberes, mientras prestaba turno como enfermera en el área de sanidad.

55. Tal como lo indicara el *A quo*, no es creíble la versión del acusado porque no cuenta con respaldo probatorio, mírese que la única queja escrita del Cabo JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR en contra de la auxiliar de enfermería Bibiana Patricia Villa Díaz la presentó un día después de la intervención realizada por la jefe de enfermería Farley Yisseth Montoya Salazar. De otra parte, si en realidad se trataba

de una falsa denuncia en su contra debió poner en conocimiento de la fiscalía esos hechos, pero no lo hizo.

56. Así, las pruebas demuestran que JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR, en su calidad de Cabo del Inpec y quien prestaba sus servicios en el Establecimiento Penitenciario de Puerto Triunfo, tenía una relación de autoridad o poder no solo frente a sus subalternos y los privados de la libertad, sino respecto del personal que prestaba allí sus servicios, pues como él mismo lo expresó debía pasar revista por la seguridad del establecimiento e informar cualquier situación anómala que involucrara, entre otros, a los que allí laboraban. En ejercicio de dicha labor y con reiteración en el tiempo, ejecutó acosos lascivos con expresiones y tocamientos no consentidos en la auxiliar de enfermería del área de sanidad del centro carcelario Bibiana Patricia Villa Díaz, lo cual causó en la mujer intimidación y afectación psicológica.

57. Sucede que es el mismo afectado quien apoya la tesis de superioridad como factor de amedrentamiento, cuando a pregunta del fiscal responde que entre sus deberes estaba la de inspeccionar o hacer rondas nocturnas en el área de sanidad y presentar informes sobre las irregularidades cometidas por el personal de esa dependencia, tal como lo hizo respecto de su denunciante, la auxiliar de enfermería Bibiana Patricia Villa Díaz.

58. Entonces, existe nexo causal entre la mencionada autoridad del acusado y las razones que impulsaron al primero a realizar los tocamientos, con lo cual se colma de contenido fáctico la hipótesis delictiva prevista en el artículo 210 A del Código Penal.

59. El delito atribuido al procesado es, real y jurídicamente hablando, acoso sexual, tal cual lo dispuso el *A quo*, pues claramente se presentó una repetición de asedios o acosos con fines lascivos, en tres oportunidades, todos sucedidos durante el mes de agosto de dos mil veinte (2020), la última, podría decirse superó el ámbito de protección del artículo 210A, dado que el actuar del acusado no se limitó a palabras y rozamientos externos, pues tomó la mano de la víctima y sin su aquiescencia hizo que le tocara el miembro viril.

60. Entonces, no le asiste razón al confutador al requerir la aplicación del apotegma universal del *in dubio pro reo* en favor de su representado, pues las pruebas

practicadas en juicio oral permiten acreditar en el grado de conocimiento más allá de toda duda la materialidad el delito de acoso sexual y la responsabilidad atribuida al procesado JUAN SEBASTIÁN TOBÓN ESCOBAR, conforme lo demanda el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para proferir una sentencia de condena.

61. Por lo anterior se confirmará la sentencia enervada.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar en su integridad la sentencia de fecha, naturaleza y origen antes indicados.

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

TERCERO. La notificación queda surtida en estrados, sin perjuicio de la que deba intentarse en forma personal de conformidad con el artículo 169 de la ley 906 de 2004.

Cópiese, devuélvase en forma oportuna al Juzgado de origen y cúmplase.

Se notifica en estrados,

(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: **cd939d03fdbce1c808ae9f15691bac1a45490fe272f3d1d80ea2c9ba86e16e9f**

Documento generado en 06/10/2023 11:24:06 AM

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

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Magistrada ponente: María Stella Jara Gutiérrez

Radicación	050426100082201880144-01 (2020-0790-3)
Procedente	Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia
Acusado	JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA
Delito	Feminicidio agravado tentado
Decisión	Modifica parcialmente
Aprobado	Acta No. 330, octubre 05 de 2023

Medellín, Antioquia, cinco (05) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO POR RESOLVER

1. Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, mediante la cual condenó a JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA por el delito de feminicidio en la modalidad de tentativa.

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

2. El nueve (9) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), aproximadamente a las cuatro (4:00) de la mañana, en la Estación de Policía de Ebéjico, Antioquia, se presentó JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA y manifestó a los policiales que momentos antes había agredido físicamente a su progenitora, la señora María Aracelly Montoya Estrada, con un arma cortante, tipo machete, causándole heridas en el rostro, cráneo y extremidades.

3. Antes en la estación de Policía se recibió una llamada telefónica de parte de una señora, quien desde la vereda Chaguadal, de ese municipio, pedía auxilio, por lo que los Patrulleros John Fredy Piedrahita Londoño y Estiwar Córdoba Palacios se trasladaron a ese lugar, donde, en una residencia encontraron a María Aracelly Montoya Estrada gravemente herida con arma cortopunzante e inmediatamente la

trasladaron a la ESE de San Rafael y gracias a la atención prestada por el personal de salud la víctima no perdió la vida.

III. ACTUACION PROCESAL

4. El veinte (20) de diciembre dos mil dieciocho (2018), se realizaron audiencias preliminares ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ebéjico, Antioquia¹, donde, luego de legalizar el procedimiento de captura, la Fiscalía General de la Nación le imputó a JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA la comisión, en calidad de autor, de la conducta punible de homicidio agravado en la modalidad de tentativa, de acuerdo con los artículos 103, 104 numeral 1 y 27 del Código Penal², cargo que aquel no aceptó; finalmente, se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario.

5. El Ente Fiscal radicó escrito de acusación, el cual le correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, autoridad judicial que celebró audiencia de formulación de acusación el once (11) de octubre de dos mil diecinueve (2019). En el acto el representante del Ente Acusador realizó adiciones de naturaleza fáctica³ porque al imputado se le acusaba como autor del delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa con base en el reconocimiento médico legal de la víctima, al tiempo formuló la imputación jurídica⁴ por delito de femicidio consagrado en el artículo 104A del Código Penal, adicionado por la Ley 1761 de 2015, en la modalidad de tentativa artículo 27 ibidem.

6. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). Por su parte, el juicio oral se adelantó en sesiones del veinte (20) de febrero, veintisiete (27) de abril, primero (1) y diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020); fecha esta última en la que se anunció el sentido condenatorio del fallo y se realizó el traslado estipulado en el artículo 447 del C.P.P.

7. Finalmente, la audiencia de lectura de fallo se llevó a cabo el diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020) y contra la decisión el defensor interpuso el recurso de apelación, cuya concesión provocó el envío de la actuación a este Tribunal.

IV. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

¹ Audio audiencia preliminar concentrada de ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017).

² Audio audiencia preliminar de ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017) minuto a minuto 22:34 a 25:26.

³ Audiencia de acusación documentos digital 006 Acusación 11 de octubre de 2019.minuto a minuto 0:18:45 a 02:57.

⁴ Audiencia de acusación documentos digital 006 Acusación 11 de octubre de 2019.minuto a minuto 0:23:46 a 0:27:17.

8. En providencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020), el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sante Fe de Antioquia, condenó a JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA por el delito de feminicidio en la modalidad de tentativa a la pena principal de ciento cincuenta y seis (156) meses o trece (13) años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; además, negó la concesión de subrogados penales⁵.

9. Manifestó haber verificado la tipicidad del actuar desplegado por el acusado, el cual fue soportado en los distintos medios de pruebas aportados, agregando que la conducta fue cometida en la modalidad de tentativa, por cuanto el propósito del encartado de dar muerte a la víctima no se consumó por causas externas a su intención, como la intervención de los médicos quienes salvaron la vida de la afectada. Consideró también debidamente acreditados los ciclos de violencia referidos en la norma sobre el feminicidio, pues el acusado durante la convivencia con la víctima la amenazaba constantemente con matarla.

10. Lo anterior, dice, se deduce del testimonio de la víctima según el cual, su hijo JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA, en la intimidad del hogar la amenazaba constantemente con matarla y le anunciaba que no descansaría hasta lograrlo. Tal singularización de la víctima, madre del acusado, le permitió deducir que la intención de matar a la señora María Aracely Montoya Estrada se debía a esa condición de mujer, pues el feminicidio no solo abarca el concepto por su condición de mujer, sino que trasciende a los contextos familiares, sociales, labores, interpersonales, *verbi gratia* por ser la madre, la novia e incluso la identidad de género.

11. Así, añadió, los lineamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre la violencia de género son aplicables al caso, en tanto todos los testigos confluieron en indicar que el procesado repetidamente amenazaba con causarle la muerte a su progenitora al prohibirle el consumo y expendio de estupefacientes, al punto de tener que refugiarse en la casa de los vecinos; en consecuencia, declaró responsable al acusado JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA del delito de feminicidio tentado, de acuerdo con el artículo 104 A literal e y 27 del Código Penal.

12. En relación con la dosificación punitiva, acudió al sistema de cuartos para el delito de feminicidio, aplicó la rebaja por tentativa y se situó en el cuarto mínimo

⁵ Documento PDF No. 029 del expediente digital.

ciento veinticinco (125) meses a ciento ochenta y siete punto cinco (187.5), para imponer en definitiva una pena principal de ciento cincuenta y seis (156) meses o trece (13) años de prisión. Por este mismo monto impuso la pena accesoria de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo atinente a los subrogados penales, se abstuvo de concederlos al no cumplir con los requisitos objetivos establecidos legalmente.

V. DISENSO

13. La defensa demandó la revocatoria parcial de la decisión apelada y, en su lugar, la absolución de su representado por el delito de femicidio tentado y se condene por lesiones personales, subsidiariamente por homicidio simple tentado.

14. Para apoyar tal pedimento, dijo, no se probó la circunstancia que permite edificar el delito de femicidio tentado por el cual fue acusado su representado, al tenor del artículo 104 A literal E y 27 del Código Penal.

15. Porque la descripción típica del delito por el cual se acusó exige la causación de la muerte a una mujer, por su condición de mujer o cuando, según el literal E, cuando existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

16. En sentir del togado, según los planteamientos del *A quo* la condena por el delito de femicidio se soporta por la condición de mujer de la víctima y por ser ella la madre del acusado, situaciones que no fueron probadas en el proceso, en tanto a esa conclusión se arriba únicamente teniendo en cuenta el testimonio de la víctima María Aracelly Montoya Estrada, donde no se hizo mención a que las agresiones causadas por su hijo, el aquí acusado, hayan estado motivadas por el hecho de ser mujer o ser su progenitora, contrario a ello se trataba de una retaliación por causa de las restricciones que le imponía a él como hijo, relativas al consumo de estupefacientes, planteamiento que apoya con la sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia radicado 41457 SP2190-2015.

17. Sobre esa circunstancia, asegura, no se hizo alusión en las declaraciones del hermano y vecino de la señora Aracelly Montoya, Héctor Hernando Montoya; tampoco la de los dos médicos legistas que valoraron a la víctima, Daniel Vesga

Martín y José Fernando Saldarriaga Díaz, ni los Patrulleros Andrés Alberto Aguilar Muñoz y Estiwuar Eduardo Córdoba Palacios, pues ninguno de esos deponentes indicaron que el ataque ocasionado por el procesado a su progenitora estuviese motivado por circunstancias especiales de abuso de poder, de discriminación y dominación por su calidad de ser mujer las cuales deben ser probadas. Postura reforzada con el concepto de feminicidio descrito por en la Sentencia C-539 de 2016.

18. La segunda inconformidad del recurrente está enfilada a solicitar la revocatoria de la condena por feminicidio tentado y, en su lugar, se sancione a su procurado por el delito de lesiones personales. Esta postura del recurrente surge de contradicciones que dice halló en los dos dictámenes medicolegales, en tanto el Dr. Daniel Vesga Martín, médico de urgencias que el día de los hechos atendió a la señora Aracelly Montoya, señaló que esta ingresó estable con una sábana en la cabeza a manera de turbante, con signos vitales estables y hemorragia contenida, en razón a ello, asegura, no se puso en riesgo la vida de la víctima, pues las heridas individualmente consideradas no atentaban en contra de la vida de la paciente, con todo, en conjunto sí, debido a la gran pérdida de sangre, y sin la atención médica adecuada se hubiera producido una anemia aguda y su probable muerte. Asegura que ese dictamen es contradictorio con el rendido por el médico José Fernando Saldarriaga Díaz, en tanto este refiere que las lesiones ocasionadas a la víctima sin la atención adecuada hubiesen causado la muerte. Lo anterior, afirma, conduce a una duda sobre la intención homicida del autor y como consecuencia de ello solicita se condene por el delito de lesiones personales⁶.

19. Así, las peticiones de la defensa apuntan a la revocatoria de la sentencia de feminicidio tentado y se condene a su procurado por el delito de lesiones personales, subsidiariamente por homicidio simple tentado.

20. Pronunciamiento de sujetos procesales no recurrentes.

Fiscalía General de la Nación. Después de una extensa transcripción de la sentencia de primera instancia y jurisprudencia relacionada con la descripción del tipo penal de feminicidio solicitó confirmar la decisión emitida por la autoridad judicial de primera instancia, en tanto considera que la discriminación de la mujer en una de las más insidiosas formas de exclusión y segregación, pues es silenciosa y extendida en los ámbitos públicos y privados que inhiben la posibilidad de rechazo de la sociedad y en este caso se presenta la relación desigual de una madre que debe

⁶ Documento PDF No. 031 del expediente digital.

proteger a su hijo y cuidarlo, aunque este la maltrate, el acusado desprecia a su madre y por esa razón constantemente la amenazaba de muerte lo cual evidencia el desprecio por la mujer.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

21. Competencia: De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia que, en primera instancia, profirió el Juzgado promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia en contra de JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA.

22. Problemas jurídicos: De conformidad con lo reseñado y en observancia del principio de prioridad, corresponde a la Sala establecer si la imputación adelantada en contra de JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA permite condenarlo como autor del delito de feminicidio tentado, en caso negativo, estudiar la configuración del delito de homicidio en grado de tentativa, especialmente si se acredita la tipicidad del comportamiento frente a este último punible. En tal ejercicio, se analizará si, como lo propone el apelante, en el actuar del acusado no existió dolo de matar a la víctima, es decir, si solo quiso lesionarla.

23. Falta de hechos jurídicamente relevantes para el delito de feminicidio y la violación de garantías que surge de ese yerro. Sobre el asunto, la Corte Suprema de Justicia tiene decantado que:

*“En nuestro país, el artículo 250 de la Constitución Política define el objeto del ejercicio del poder punitivo como “los **hechos que revistan las características de un delito**”, siendo éstos los únicos susceptibles de imputación penal, tal y como lo ordena el artículo 29 ibidem, segundo inciso, pues «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al **acto que se le imputa**». En consecuencia, es insoslayable la imputación fáctica como forma básica de la vinculación de un ciudadano al proceso penal (art. 287 C.P.P./2004) y se cumple mediante una «relación clara y sucinta de los **hechos jurídicamente relevantes**, en lenguaje comprensible...» (art. 288-2 ibidem).⁷*

“... la formulación de imputación representa un mecanismo básico de defensa material, pues, ha sido legalmente instituido como el primer momento formalizado en el que la Fiscalía da a conocer a la persona que se le está investigando, a efectos de que adelante su particular tarea defensiva.

*Esa tarea, huelga anotar, necesariamente está mediada **por los hechos concretos** que en criterio de la Fiscalía conforman el delito o delitos por los cuales se investigará a la persona.*

⁷ C.S.J. AP-2017. 26 Abr. Rad. 46.619

Solo si se determina, con las indispensables características de tiempo, modo y lugar, qué es lo que se atribuye haber ejecutado al imputado, este podrá adelantar eficientemente su labor de contradicción o controversia, las más de las veces con el acopio de elementos materiales probatorios o evidencia física que digan relación con estos hechos.

Y, cabe agregar, la definición específica de qué, dónde, cómo, cuándo y por qué se ejecutó una específica conducta punible, exige del mayor cuidado, no solo por las connotaciones que, se dijo atrás, apareja la formulación de imputación, sino en consideración a que el principio de congruencia demanda que esos hechos delimitados en la imputación –en su componente fáctico, debe relevarse para evitar confusiones-, permanezcan invariables en su núcleo esencial, ya suficientemente decantado que lo autorizado para el Fiscal en la audiencia de formulación de acusación, es la variación del nomen iuris o denominación jurídica.

Por último, en lo que al tema general compete, únicamente cuando la Fiscalía precisa los hechos con claridad y suficiencia, es posible para el imputado, con conocimiento informado, decidir si acepta o no esos cargos y, consecuentemente, acceder a la condigna reducción punitiva que por justicia premial ofrece la normatividad consignada en la Ley 906 de 2004.⁸

La atribución de un suceso jurídicamente relevante debe ser clara, precisa e inequívoca, desde el mismo momento de la formulación de imputación, sin que puedan presumirse imputados hechos o circunstancias porque son obvias o sobrentendidas para luego reprocharlas en el fallo, en perjuicio del debido proceso y el derecho de defensa.⁹

Las anteriores constataciones (determinación de los hechos jurídicamente relevantes y/o la hipótesis delictiva), aunadas a la verificación del cumplimiento de los estándares de conocimiento previstos para formular imputación y acusación, respectivamente, son presupuestos de la proporcionalidad y razonabilidad del ejercicio de la acción penal, que se verían seriamente comprometidos si al ciudadano se le imponen las cargas inherentes a dichas sindicaciones sin que primero se verifique que los hechos investigados encajan en la descripción normativa y que encuentran suficiente demostración en las evidencias y demás información recopilada hasta ese momento.¹⁰

24. En línea con lo dicho, en cuanto a la importancia de la formulación de imputación y las consecuencias jurídicas que devienen de la existencia de vicios en la misma, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria ha señalado:

“En efecto, aunque el principio de congruencia se predica, en estricto sentido, de la relación sustancial fáctico-jurídica entre la acusación y la sentencia, y está suficientemente decantado que, al momento de la acusación bien es posible modificar los términos de la imputación en su cariz jurídico –dado su carácter provisional-, no así en los de naturaleza fáctica, es lo cierto que jamás podría emitirse fallo, en cualquiera de sus sentidos (absolutorio o condenatorio), sin que el injusto típico, descrito en su aspecto fáctico relevante, haya sido previamente

⁸ C.S.J. SP-2016. 23 Nov. Rad. 48.200

⁹ C.S.J. SP-2015. 10 Dic. Rad. 45.888

¹⁰ C.S.J. SP-2017. 8 Mar. Rad. 44.599

enunciado, con claridad, en la audiencia de formulación de imputación, -habida cuenta que el referido acto de comunicación, constituye una de las bases fundantes del proceso, con efecto sustancial, que además provee por la salvaguarda del derecho de defensa. Surge, entonces, la regla adjetivo-sustantiva según la cual sin imputación no puede haber acusación y mucho menos condena o absolución.¹¹

*(...) la formulación de imputación se erige en hito fundamental e insustituible –en el entendido que marca el comienzo formalizado del procedimiento en sentido estricto-, a la manera de entender que los errores trascendentes ocurridos allí afectan de forma insoslayable el debido proceso y reclaman de la condigna nulidad, pues, ya todo lo actuado a partir de este momento se encuentra afectado.*¹²

25. A más de lo anterior, ha insistido esa Alta Corporación en que la Fiscalía debe incluir en la imputación los presupuestos fácticos de las circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad y, en general, los que correspondan a las normas penales seleccionadas, por lo que no es suficiente con hacer alusión al respectivo contenido normativo y, más bien, lo que resulta determinante es que se exprese su referente fáctico¹³.

26. Ahora bien, en un pronunciamiento más reciente¹⁴ esa Colegiatura admitió que, en ciertos casos, a la hora de formular la acusación la Fiscalía puede adicionar los hechos relacionados en la imputación, como una expresión del principio de progresividad que rige la actuación penal. Al respecto, en cita de la Corte Constitucional¹⁵, dijo la Alta Corporación que:

“fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos”.

27. Luego, al haber encontrado que algunos de los enunciados de la Corte Constitucional tienen una “*textura amplia*”, como ocurre con los conceptos de *razonabilidad* de los cambios que pueden hacerse a la premisa fáctica y lo que debe entenderse por *nuevos detalles* que pueden incidir en la calificación jurídica, la Sala de Casación Penal realizó las siguientes precisiones:

28. I) La formulación de imputación tiene, entre otras funciones, la de materializar el derecho del procesado a conocer los hechos que se le atribuyen y a contar con el tiempo suficiente para preparar su defensa, lo que hace deseable que los

¹¹ C.S.J. SP-2016. 10 May. Rad. 44.425

¹² CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 48200.

¹³ CSJ SP, 5 jun. 2019, rad. 51007.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Sentencia C-025 de 2010.

cargos comunicados en la imputación sufran el menor número posible de variaciones; II) dicha garantía tiene mejor posibilidad de materializarse en la medida en que la defensa conozca con la mayor antelación posible los hechos, porque, entre otras cosas, el paso del tiempo puede dificultar las prácticas investigativas; III) los actos de investigación adelantados después de la formulación de imputación pueden incidir en la protección de los derechos de las víctima y los intereses de la sociedad y del mismo procesado y IV) la adición de la imputación es un mecanismo idóneo para los casos en que la investigación trae nuevos descubrimientos, aunque no debe exigirse su aplicación en todos estos eventos.

29. Dicho ello, relacionó algunos aspectos de la premisa fáctica que pueden sufrir variaciones, como lo son las circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en la variación de la calificación jurídica y los cambios favorables al procesado. Por otra parte, frente a las modificaciones desfavorables al encartado, recaló que no es posible incluir en la acusación los presupuestos fácticos de nuevos delitos y dijo que, en tales eventos, la Fiscalía puede solicitar la adición de la formulación de imputación.

30. Así mismo, explicó que *“cuando se trata de la incorporación de aspectos factuales que dan lugar a la aplicación de un tipo penal diferente, difícilmente puede hablarse de que se trata de simples detalles”*. Y de manera adicional elucidó que:

“En principio podría pensarse en una regla orientada a que, en cada caso, se evalúe la trascendencia del cambio de tipo penal, en orden a establecer si la modificación de los hechos jurídicamente relevantes debe hacerse a través de la adición de la imputación, o si esas modificaciones encajan en lo expuesto por la Corte Constitucional acerca de los “detalles” factuales que pueden agregarse en la acusación e incidir en la calificación jurídica.

Sin embargo, ello podría dar lugar a discusiones interminables sobre la trascendencia de las modificaciones en cada caso en particular, con la consecuente afectación de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, al tiempo que haría mucho más compleja la labor de los jueces.

*En consecuencia, en aras de la igualdad, la seguridad jurídica y la protección de los derechos del procesado, la Sala estima razonable que los cambios factuales que conlleven la imputación de un delito más grave, **o que, tratándose de un delito menor, impliquen el cambio del núcleo fáctico de la imputación, no encajan en la categoría de “detalles” o complementos –C-025 de 2010-, por lo que deben hacerse a través de la adición del referido acto comunicacional.**”*

31. Por último, adujo la Corte que, cuando los presupuestos fácticos de nuevas circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad se establezcan luego de

formulada la imputación, la audiencia de acusación es el escenario adecuado para adicionar esos detalles que pueden incidir en la calificación jurídica.

32. Sobre la posibilidad de proferir condena por un delito distinto al que fue objeto de acusación. Como es bien sabido, el principio de congruencia - contemplado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004- tiene por finalidad asegurar que el encartado sea juzgado y condenado por conductas frente a las cuales tuvo la oportunidad de ejercer su defensa¹⁶, sin perder de vista los matices explicados en el apartado anterior de esta providencia.

33. En desarrollo de tal postulado, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que el juez puede condenar por un delito distinto a aquel que fue objeto de acusación, sin que ello vulnere garantías fundamentales, siempre que:

“(i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes.”¹⁷

34. El caso concreto. En el asunto bajo estudio de la Sala, la Fiscalía formuló imputación de la siguiente manera:

“Los hechos por los cuales se le va a formular esta imputación tuvieron su ocurrencia el día nueve (9) de diciembre del presente año, en la Vereda en Chaguadal, cuando a las tres (3) de la mañana la susodicha ciudadana se acababa de levantar, su progenitora la señora María Aracely Montoya a las 3:05 de la mañana a hacer unos fritos que ella suele hacer para vender y cuando pasó por el baño ella sintió que le dieron un golpe y volteó a mirar y es su hijo, él no le manifestaba nada y le continuaba dándole, le dio varios golpes en su cabeza, en su rostro en las manos también como producto de la defensa a la que ella pues según obvio, ella se enfrentó a defender de los ataques de su propio hijo.

Y esta, la señora María Aracely, y ella, no le había parado bolas al asunto de que él venía diciendo entre las gentes que lo rodeaban de que él la iba a matar, todo por el priurito de que como él es consumidor no estaba dejándolo ingresar con sus amigos de farra y parranda a la residencia a hacer de las suyas entonces, razón por la cual él andaba como se dice en el argot común con esa piquiñita en contra ella y manifestaba que la iba a matar, de hecho se tiene conocimiento que en la actualidad él manifiesta lamentar no haberla matado y que él no descansa hasta que no lo logre.

Por estos hechos así brevemente destacados y narrados considera la Fiscalía General de la Nación que se tiene suficiente convicción inferirse de manera razonada que el autor de los mismos es el ciudadano acá presente, por lo cual se le formula la imputación por el delito de...”

¹⁶ CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685, entre otras.

¹⁷ CSJ SP, 15 ago. 2018, rad. 50890.

35. Luego, durante el llamamiento a juicio, formuló acusación en los siguientes términos:

“El día 9 de diciembre de 2018 siendo las 04 horas se presentó en las instalaciones del estreno de policía de Ebéjico el señor JORGE ANDRÉS VELÁZQUEZ MONTOYA identificado con la cédula ciudadanía número 1039885 485 de Ebéjico, Antioquia, natural de Medellín que en la fecha tiene 28 años de edad cursos de estudios hasta décimo grado solteros sin hijos residente en la vereda Chaguadal, desempleado, hijo de María Aracelly y Jorge Eliecer y con el alias Pipón, sin más datos.

El ciudadano de referencia JORGE ANDRÉS VELÁZQUEZ MONTOYA manifestó a los uniformados haber agredido físicamente a su madre la señora María Aracelly Montoya Estrada, haciendo uso de un arma cortopunzante tipo machete causándole múltiples heridas en el rostro cráneo y extremidades, debido a que la Policía lo andaba buscando.

En desarrollo de las actividades de patrullaje en el casco urbano que para la fecha, hora y fecha correspondía a la patrulla del cuadrante único adscrito al municipio de Ebéjico e integrado por los policiales Intendente Jefe Jhon Fredy Piedrahita Londoño y el Patrullero Córdoba Palacios Stiwar recibió una llamada por parte de la ciudadanía que les piden auxilio de la Vereda Chaguadal posterior a la información nos desplazamos a dicho lugar cuando escuchamos llamados de auxilios por parte de la comunidad acudimos a una residencia donde hallamos a una víctima herida por arma cortopunzante la cual sangraba en diferentes partes del cuerpo, que estaba tendida sobre el piso, la cual se arrastraba por su propia capacidad fuera de su propia residencia de forma inmediata se dispusieron a auxiliarla y trasladarla al centro de asistencia más cercano a ese Hospital San Rafael a la señora María Aracelly Montoya Estrada con cédula de ciudadanía No. 43.444.459 de Ebéjico de 48 años de edad, residente en la Vereda Chaguadal, del mismo municipio, ama de casa, separada de estudios segundo de primaria, hija de Esther y Gustavo ubicable en el abonado telefónico 3114016044, quien manifestó que se levantó a trabajar normalmente como todos los días y siendo las 03:20 horas pasadas y que cuando se iba a bañar sintió que la atacaron por la espalda dentro de su casa cayó al piso y observó a su hijo de nombre JORGE ANDRÉS VELÁZQUEZ MONTOYA con, un machete en la mano y que estando ella en el piso la siguió atacando sin contemplación con el machete que ya solo trataba de cubrirse con sus manos esto lo hizo sin siquiera mediar palabra alguna sufriendo varias heridas y luego su hijo que es la única persona con quien convive huyó el lugar dejándola herida y abandonada sin auxiliarla.

Así mismo manifestó a los policiales que adelantaron la captura que el indiciado argumentaba constantemente que si sale libre va a rematar a su madre, además los familiares insisten en denunciar estos hechos agresivos en contra la madre en las cuales han sido los reincidentes y nunca denunciados solo hasta ahora. (...)

Luego de realizar Ah bueno yo quería adicionar en cuanto a esa señora se le seguirá por parte del Médico Leonardo Saldarriaga Díaz, reconocimiento médico legal contentivo en el informe pericial de clínica forense 89 0982 37-00044 - 2018 de fecha 9 de diciembre de 2018, donde efectivamente en el acápite de análisis de interpretarían conclusiones dice que al examen presenta lesiones actuales consistente en el relato de los hechos mecanismos traumático elección corto contundente incapacidad médico legal provisional 40 días debe realizar nuevo conocimiento al

término de incapacidad. Secuela médico legal deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente y perturbación funcional del órgano de la aprehensión derecha de carácter por definir, deformidad física que afecta el cuerpo carácter por definir, perturbación funcional del miembro superior izquierdo y derecho de carácter por definir, perturbación psíquica de carácter por definir, para determinar el carácter se requiere una nueva valoración que debe aportar copia completa y actualizada de la historia clínica de atención de los hechos y nuevo oficio petitorio.

La lesiones actuales pusieron en riesgo la vida de la víctima y podrían haber ocasionado su muerte.

(...)

*Este delegado observa que en la carpeta hay una anotación que hace alusión a lo que planteará la señora representante del Ministerio Público, la cual comparte este Delegado con la Fiscal que dejara la anotación es por entonces que con base en estos elementos materiales probatorios y defensa técnica y legalmente obtenida de la cual dará lectura seguidamente le puede afirmar con probabilidad verdad que la conducta delictiva es la de feminicidio, **consagrada en el artículo 104 del código penal adicionado por la ley 1761 2015 en la modalidad tentativa.***

Este tipo penal dice quien causare la muerte a una mujer por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias incurrirá en prisión de 250 meses a 500 meses. A) tener o haber tenido una relación familiar, íntima o de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo, de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológico o patrimonial.

Aquí de lectura de los de los hechos se observa la señora es muy enfática en manifestar de las amenazas que venía siendo víctima constante por parte de su hijo la víctima, dice la víctima que en reiteradas oportunidades y se lo manifestaba a viva voz.

*Y esto en un informe que rinde, al momento de capturar de ser capturado este ciudadano, el 19 de diciembre de 2018, dice el Intendente John Fredy Piedrahita a la Fiscal que estaba de turno Bedoya Alzate para mi conocimiento señor fiscal **es mi deber informar que la hora de la captura del procesado manifiesta libre y voluntariamente tener rabia contra su madre y no quería volver a ver y no quería volver a verla porque no descansará hasta verla muerta, eso también lo manifestaba la familia de abuelo maternos los cuales están con temor constante mientras esté libre el Señor Jorge Andrés Velasco Montoya. Además, se recibe llamada telefónica del abonado 311 327 75 97 donde hablan la señora María Aracelly Montoya Estrada quién aduce ser la madre de del iniciado quien pide encarecidamente que lo dejen detenido para ella poder regresar a su casa ya que la tiene amenazada de muerte constantemente, en caso de que le regrese al pueblo. dice que la mata, y que eso mismo se lo dice a toda la familia...***

Entonces sería ese tipo penal señoría de feminicidio artículo 104 por la ley 1761 de 2015 en la modalidad tentativa y con estas circunstancias ah bueno Yo también dice la ley que exista el antecedentes de cualquier tipo de violencia en el ámbito doméstico familiar laborando escolar por parte del sujeto activo en parte de la víctima de violencia de género cometida por el autor que el hecho haya sido un ciudadano eso sería más bien señoría las circunstancias del artículo literal a y e y gratitud a en la

*modalidad tentativa Artículo 27 del código penal, entonces este delegado **en resumen completa que a este ciudadano se le acusa a Jorge Velasco Montoya como autor del delito de femicidio consagrado en el artículo 104A adicionado por la ley 1761 2015 artículo segundo literal e en la modalidad tentativa Artículo 27 del código penal.***¹⁸

36. Bajo este panorama legal y jurisprudencial, para la Sala es claro que, como lo alegó el defensor, la formulación de imputación careció del soporte fáctico del tipo penal de femicidio, delito que se atribuyó al procesado de conformidad con el literal E del artículo 104A del Código Penal, que a la letra dispone:

«Artículo 104A. Femicidio. Adicionado por el artículo 2 de la Ley 1761 de 2015. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.»

37. En el relato fáctico la Fiscalía ni siquiera adujo que el ataque se hubiera presentado por la condición de mujer de la víctima o con motivo de su identidad de género, como tampoco explicó cuáles eran los antecedentes o indicios de violencia o las amenazas en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar que JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA habría llevado a cabo.

38. Como es obvio, tales circunstancias no pueden calificarse de simples detalles, sino que constituyen verdaderos elementos del tipo sin los cuales, ciertamente, no puede configurarse la conducta atribuida al procesado, por manera que, en ausencia de tales hechos, se privó por completo a JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA del conocimiento necesario sobre cuál era la totalidad de los hechos por los que estaba siendo procesado y, en consecuencia, se imposibilitó que iniciara en debida forma la labor defensiva, pues, refulge en lógica, nadie puede cuestionar un hecho que no se le ha enrostrado. Recuérdese que en la audiencia preliminar y en la acusación la Vista Fiscal expresó que JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA es una persona aquejada por la drogadicción y debido a que su progenitora le impedía o reprochaba el consumo o distribución de sustancias estupefacientes en la casa le anunciaba que la iba a matar, es decir, ese era el verdadero móvil de la acción homicida del procesado.

¹⁸ Audiencia de acusación realizada el 11 de octubre de 2019. minuto a minuto 0:18:04 a 028:26.

39. Y es que, al estudiar la configuración normativa del tipo penal de feminicidio del artículo 104A del C.P., encuentra la Sala que son muy variadas las circunstancias en las que el reato en cuestión puede llevarse a cabo, lo que significa un amplísimo espectro de escenarios que podrían encajar en dicho tipo penal.

40. Por consiguiente, resulta de la mayor importancia que la Fiscalía precise en qué consistió la violencia de género ejercida por el procesado, para que la agresión final pueda catalogarse como feminicidio, pues de cara a la tarea defensiva es primordial conocer cuáles son los hechos concretos que se atribuyen al encartado, de manera que pueda iniciar la recolección probatoria con miras a aclararlos, desmentirlos o justificarlos, labor que resulta imposible frente a una imputación abstracta.

41. Además, como se indicó en los precedentes jurisprudenciales atrás referidos, una irregularidad de esa naturaleza incide también en la posibilidad que tiene el procesado de evaluar, debidamente informado, si quiere aceptar o no los cargos, con la correspondiente rebaja de pena que le significaría el allanamiento en la primera salida procesal, posibilidad que, en definitiva, le fue negada a JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA.

42. Tolerar tal proceder, sería permitir e incluso incentivar, como parece pretenderlo la delegada Fiscal no recurrente, que el Ente Acusador impute siempre el delito de feminicidio con la sola constatación de que la víctima fue una mujer y que solo hasta el desarrollo de la investigación decida si la imputación que realizó tuvo sustento, adicionando nuevos hechos en la acusación, o concluya que no lo tuvo y entonces modifique la calificación jurídica por un delito de menor gravedad, lo que en definitiva implicaría una desnaturalización del acto de imputación capaz de trastocar la integridad del sistema de enjuiciamiento criminal colombiano y de comprometer las garantías procesales.

43. Así las cosas, en observancia del principio de congruencia, resulta imposible proferir condena en contra de JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA por el delito de feminicidio tentado, cuyos hechos jurídicamente relevantes no fueron relatados en la audiencia de formulación de imputación.

44. Ahora, si bien en el marco fáctico del acto de comunicación y acusación sí se incluyeron los hechos jurídicamente relevantes que configurarían el punible de

femicidio tentado y agravado por el parentesco, no se acusó al procesado por el agravante relativo al vínculo de consanguinidad existente entre el procesado y la víctima (madre e hijo), en los términos del artículo 104B literal G del Código Penal. Eso sí se mencionó las múltiples heridas causadas por el acusado a su ascendiente que pudieron causarle la muerte, de no ser por la intervención médica especializada. Así las cosas, la degradación de la calificación jurídica corresponde al homicidio simple y no agravado.

45. Entonces, de encontrarse probada la materialidad de este último delito y la responsabilidad del procesado, resultaría viable condenarlo como su autor sin que ello sea una vulneración del principio de congruencia, pues, además de guardar identidad fáctica con la conducta de femicidio, es menos grave que este en términos punitivos. Recuérdese que la sanción penal para el femicidio tentado, de acuerdo con el artículo 104 A del Código Penal es de prisión de ciento veinticinco (125) a trescientos setenta y cinco (375) meses de prisión, mientras que el homicidio tentado, acorde con las previsiones del artículo 103 ibidem, ostenta una pena de prisión que va de ciento cuatro (104) a trescientos treinta y siete punto cinco (337.5) meses.

46. Con todo, con el fin de dar respuesta a uno de los planteamientos del confutador, a continuación, el Tribunal emprende el estudio de los medios de convicción aportados y practicados en juicio, con miras a definir si se probó la materialidad del delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa y la responsabilidad del encartado en su realización.

47. Con tal propósito, lo primero es advertir que, de acuerdo con el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para condenar se requiere el conocimiento, más allá de toda duda, acerca de la materialidad de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado como autor o como partícipe; presupuestos cuyo cumplimiento debe estudiarse a la luz de las pruebas debatidas en el juicio, analizadas en conjunto y bajo los lineamientos de la sana crítica, en concordancia con los cargos atribuidos a aquel por el ente acusador.

48. El delito de homicidio en la modalidad tentada. Y como quiera que el reato cuya configuración se analiza es el de homicidio en la modalidad tentada, el análisis de tipicidad debe hacerse de cara a los artículos 103 y 27 del C.P., cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 103. Homicidio. *El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses”.*

“Artículo 27. Tentativa. *El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.*

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla”.

49. Según la última de las normas citadas, el actual Código Penal consagra tres clases de tentativa: acabada, inacabada y desistida. La segunda, que es la que interesa a este pronunciamiento, se produce cuando:

*“el autor ha dado comienzo idóneo e inequívoco a la ejecución del delito, pero no ha realizado todos los actos que de acuerdo con su planeación son necesarios para que el resultado se produzca, momento en el cual el iter criminis se ve interrumpido por una causa ajena a su voluntad que le impide continuar”.*¹⁹

50. Entonces, para que se configure la modalidad tentada acabada o inacabada de un delito, es preciso i) que el medio utilizado haya sido idóneo -pues de lo contrario se estaría en el terreno de la tentativa imposible, no punible en el ordenamiento jurídico colombiano-; ii) que pueda comprobarse que la conducta interrumpida estaba dirigida, sin asomo de duda razonable, a lograr el resultado antijurídico y iii) que este no se produzca por razones ajenas a la voluntad del agente.

51. Para efectos de establecer la idoneidad del medio, *“resulta necesario examinar los presupuestos fácticos de su ejecución con atención a las circunstancias modales que los rodean y establecer si, en un curso causal ordinario, tenían la aptitud de provocar el resultado típico que define la infracción consumada”.*²⁰

52. Por su parte, la exigencia de que el acto se haya dirigido inequívocamente a lograr la consumación del delito se absuelve mediante la *“constatación - directa o inferencial - de que lo pretendido por aquél al iniciar su ejecución era justamente lograr la producción del resultado típico”*²¹.

¹⁹ CSJ SP, 8 ago. 2007, rad. 25974.

²⁰ CSJ SP, 10 jun. 2020, rad. 52341.

²¹ *Idem.*

53. Ahora, en tratándose de la modalidad tentada del homicidio, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que:

“la conducta punible bajo el dispositivo amplificador de la tentativa puede aún presentarse en el caso de que la víctima haya resultado ilesa, sin que al efecto tenga trascendencia la naturaleza de las lesiones o la escasa incapacidad médica, pues lo que cuenta es la intención del agente y la acción dirigida contra la vida ajena, que es puesta en peligro o riesgo, sin que la lesión resultare factor definitorio, como así lo ha dicho la Sala”.²² (Negrillas de la Sala).

54. De esta manera, para determinar si el agente quería lograr el resultado antijurídico (muerte) es posible y casi necesario valorar aspectos objetivos de la conducta -como lo son el medio empleado, la forma en que se llevó a cabo el ataque, el número de heridas provocadas, la naturaleza y gravedad de las mismas, la ubicación de las lesiones en el cuerpo de la víctima, entre muchísimas otras-, tales datos no son propiamente elementos objetivos del tipo sino que, más bien, fungen como hechos indicadores de la intención con la que obró el sujeto activo de la conducta; también las manifestaciones anteriores o concomitantes al hecho expresadas por el autor donde hiciera clara referencia a deseo de matar a su víctima.

55. Caso concreto. Como se dijo, en la alzada no se discute la ocurrencia de los hechos que motivaron la presente actuación sino la finalidad del comportamiento ejecutado por el autor, pues se cuestiona que el hecho se haya llevado a cabo con la intención de causar la muerte a la víctima, lo que descartaría la tentativa de homicidio y obligaría la entrada en el terreno de las lesiones personales.

56. Por ende, se mantienen incólumes las consideraciones que frente a los elementos objetivos del tipo realizó el *a quo*, en lo que coincide con el delito de homicidio tentado. Así, a partir de los testimonios de la víctima María Aracelly Montoya Estrada y las pruebas periciales, se tiene probado que el acusado JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA tomó por sorpresa a su progenitora aquella mañana del nueve (9) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) cuando se dirigía al baño de su casa y por la espalda la atacó con un arma blanca, provocándole diez (10) heridas: cinco de ellas en la cara y otras en el cráneo, en el dedo pulgar y el antebrazo, hechos sobre los cuales, se itera, no hubo cuestionamiento alguno por parte del apelante.

²² CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 44312.

57. Ya frente a la tentativa, el opugnador no debate la idoneidad del medio empleado para llevar a cabo la conducta, solo una “contradicción” que dice se presenta al comparar los dos dictámenes medico legales, por cuanto en el rendido por el forense Daniel Vesga, el día de marras, cuando se hallaba de turno y recibió a la señora María Aracelly Montoya Estrada se expresa que la paciente llegó estable, que a modo de turbante tenía una sábana empapada en sangre, con signos vitales estables y una hemorragia contenida, ya que había sangrado bastante debido a diez (10) heridas que presentaba, varias de ellas en la cara y cráneo y otras en antebrazo y pulgar izquierdo, todas causadas con un arma cortopunzante, tipo cuchillo grande o machete. Explicó, no obstante las heridas no comprometían zonas del cuerpo vitales y por eso podría decirse que no ponían en riesgo la vida de la víctima, ellas en conjunto ocasionaron una abundante hemorragia; luego explicó, de no haber recibido atención médica oportuna la señora María Aracelly Montoya Estrada hubiese fallecido.

58. Por su parte, el Dr. José Fernando Saldarriaga, médico rural del hospital de Ebéjico, Antioquia, el día de los hechos atendió a la señora María Aracelly Montoya Estrada, quien llegó en regulares condiciones de salud debido a las múltiples heridas que presentaba en varias partes del cuerpo: en la cara, cráneo y pulgar y antebrazo izquierdo. Que esas heridas pusieron en riesgo la vida de la víctima, pues de no contar la atención en salud hubiese fallecido.

59. Como viene de verse, contrario a lo expresado por el opugnador, ninguna contradicción se presenta en los dos dictámenes, en tanto en ambos los galenos describen el número de heridas, su ubicación, el mecanismo con el cual fueron causadas y hacen la manifestación que de no haber recibido atención médica, la paciente hubiese perdido la vida.

60. Ahora veamos si realmente esas heridas tuvieron la entidad suficiente para poner en riesgo la vida de la ofendida, pues, según dice el recurrente, no se probó que, en efecto, amenazaran con causar la muerte, aspectos estos sobre los cuales se centrará la atención de la Sala, advirtiendo desde ya que tales cuestionamientos desconocen los precedentes jurisprudenciales atrás referidos, punto en el que se profundizará más adelante.

61. Pues bien, sobre la agresión, la víctima narró en juicio que el día de los hechos se levantó a eso de las tres (3) de la mañana a preparar unos chicharrones y que cuando se dirigía al baño sintió un golpe en la cabeza lanzado por la espalda, al

voltear observó que el ataque provenía de su hijo JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA, quien sin compasión continuó propinándole machetazos en la cabeza y en la cara, los cuales intentó infructuosamente evitar con sus brazos y manos, donde también fue herida. Después, dice, ante las voces de auxilio el hombre se paralizó y huyó del lugar dejándola allí sola y gravemente herida. Al ser indagada sobre los motivos de ese ataque por parte del procesado señaló, se debía a que él era consumidor y expendedor de estupefacientes, actividad que ella le reprochaba y le prohibía llevarla a cabo en la casa y este en retaliación venía amenazándola constantemente, intención llevada a cabo en la madrugada del nueve (9) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

62. Tal como se indicó con anterioridad, según los dos dictámenes medico legales de lesiones no fatales la víctima fue atendida en el hospital por los dos galenos quienes refirieron que la mujer presentaba diez (10) heridas ocasionas la mayoría de ellas en la cara, las demás en el cráneo, brazos y manos.

63. Así las cosas, para la Sala el acusado sí obró con la finalidad de causar la muerte de la víctima. A esa conclusión se arriba, pues no de otra manera se explica que la haya lesionado en múltiples ocasiones, después de anunciarle una y otra vez que ese era su deseo, el cual reiteró a los institucionales. También permite inferir ese propósito homicida en el autor el que haya dejado abandonada a su ascendiente gravemente herida, sola y a esa hora de la madrugada, pues si solo quería lesionarla le hubiese prestado auxilio.

64. Con tal panorama, resulta irrelevante si, como lo aduce el apelante, que las heridas vistas individualmente no revistieran gravedad dada su poca profundidad, criterio al que acude para cuestionar la intención homicida en su prohijado, pues, recuérdese, lo importante es que el actuar del agente haya tenido por objeto lograr el resultado antijurídico, que en este caso era la muerte de la víctima. De no ser así, a manera de ejemplo, tendría que aceptarse que quien dispara contra alguien no tuvo la intención de matarlo si erró el tiro o apenas rozó a su objetivo provocándole una herida superficial, intelección que resulta del todo desatinada frente al propósito de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo, que prolonga el ámbito de protección de la norma para castigar las conductas que tuvieron por designio la lesión de bienes jurídicos, independientemente de su grado de aproximación al resultado.

65. Entonces, para la Sala, el requisito de la tentativa relativo a que la conducta tuviera por finalidad provocar el resultado antijurídico está probado si se tiene en

cuenta el número de las heridas, las manifestaciones efectuadas antes y después por parte del procesado de querer cegar la vida de su progenitora y al huir del lugar dejándola sola y gravemente herida.

66. Por último, la Sala también encuentra probado el tercer requisito, esto es, que el resultado no se haya logrado por causas ajenas a la voluntad del agente. Al respecto, basta con indicar que el ataque –cuya intención homicida ya se declaró probada- fue interrumpido por las personas que llevaron a la víctima al hospital donde fue atendida, como también gracias a la intervención de los médicos quienes evitaron la muerte de la paciente por anemia aguda debido a la profusa pérdida de sangre secundaria a las diez (10) heridas causadas en la cara, cráneo, brazos y manos.

67. En consecuencia, recapitula la Sala, al haberse acreditado que JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA agredió a la víctima con un medio idóneo - como lo es un arma blanca- con el propósito de quitarle la vida, y que dicho resultado fue impedido por causas ajenas a su voluntad como lo fueron la intervención de quienes esa madrugada la auxiliaron y del personal médico que atendió el caso, se dan todos los elementos normativos para calificar el comportamiento como típico de homicidio en la modalidad tentada.

68. Tenidas tales consideraciones, es clara la antijuridicidad de la conducta, en tanto puso en peligro el bien jurídico de la vida (antijuridicidad material) y el agente no obró bajo el cobijo de una causal de justificación (antijuridicidad formal).

69. Determinación de la sanción penal. De conformidad con los artículos 103 y 27 del Código Penal, el delito de homicidio en la modalidad de tentativa tiene prevista una pena de ciento cuatro (104) a trescientos treinta y siete punto cinco (337.5) meses de prisión, monto de pena que, como se indicó, resulta inferior a la prevista para el delito de femicidio simple tentado (125 a 375 meses de prisión), pues no se atribuyó el agravante consagrado en el literal G del artículo 104B del Código Penal.

70. Con base en ello, es posible determinar un marco de punibilidad de 233,5 meses, uno de movilidad cincuenta y ocho punto trescientos setenta y cinco (58.375) meses y así fijar los cuartos de punibilidad de la siguiente manera:

Cuarto Inferior		Primer Cuarto Medio		Segundo Cuarto Medio		Cuarto Máximo	
104 meses	162.375 meses	162.375 meses y 1 día	220.75 meses	220.75 meses y 1 día	279.125 meses	279.125 meses y 1 día	337.5 meses

71. Como en el caso en concreto no se conocen circunstancias genéricas de mayor o menor punibilidad, para la determinación de la pena la Sala debe moverse dentro del cuarto mínimo, que oscila entre ciento cuatro (104) a ciento sesenta y dos punto trescientos setenta y cinco (162.375) meses de prisión, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 61 del C.P.

72. Una vez allí, para el Tribunal, así como lo fue para el *a quo*, se parte del mínimo y este se incrementa en el mismo monto, es decir, treinta y un (31) meses, aspecto que no fue motivo de inconformidad, por lo que se fijará la pena en ciento treinta y cinco (135) meses de prisión.

73. De otra parte, de conformidad con lo estipulado en el artículo 51 del Código Penal, en armonía con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 52 de la misma codificación, se impondrá como pena accesoria a JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal fijada en esta sentencia.

74. Subrogados y sustitutos penales. Para terminar, como quiera que no se impugnó lo relacionado con la denegación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, y en atención a que, con lo aquí resuelto, no varían en forma alguna las razones legales que dieron lugar a su negativa en la sentencia de primer grado (relacionadas con la pena impuesta y la pena imponible), la Sala confirmará lo resuelto por el *a quo* a este respecto.

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

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia en

contra de JORGE ANDRÉS VELÁSQUEZ MONTOYA y, en su lugar, **CONDENARLO** a la pena principal de ciento treinta y cinco (135) meses de prisión, como autor del delito de homicidio tentado.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia impugnada en el sentido de condenarlo a la pena accesoria de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal impuesta en esta providencia.

TERCERO. CONFIRMAR en lo demás la providencia apelada.

CUARTO. ADVERTIR que, contra lo resuelto, procede el recurso de casación, en los términos previstos en la Ley 906 de 2004.

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: **5956b8380579d3dc66ff5aecb0af662cd9c640807b3f8e8a1fae22d8824a58ca**

Documento generado en 06/10/2023 11:24:14 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Magistrada ponente: María Stella Jara Gutiérrez

Radicación:	05 591 60 00343 2023 00018 01 (2023-1494-3)
Procedencia:	Juzgado Promiscuo Municipal de San Luis, Antioquia
Procesado:	ALEX MAURICIO SUAREZ VÉLEZ – HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO
Delito:	Hurto calificado y agravado
Decisión:	Confirma parcialmente
Aprobado:	Acta No. 339, octubre 11 de 2023
Lectura:	Octubre 18 de 2023

Medellín, Antioquia, once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de ALEX MAURICIO SUÁREZ VÉLEZ y HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO en contra de la sentencia proferida el veinticinco (25) de julio de dos mil veintitrés (2023) por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Luis, Antioquia, por medio de la cual fueron condenados como coautores del delito hurto calificado y agravado, por vía de allanamiento a cargos.

2. HECHOS

Fueron resumidos en el fallo impugnado en los siguientes términos:

« Tuvieron ocurrencia el día 6 de febrero de 2023 aproximadamente a las 20:00 h de la noche en la vereda altavista del municipio de San Luis Antioquia exactamente en el taller de mecánica y parqueadero de razón social R y S , cuando los señores Alex Mauricio Suárez Vélez y Hernán Ernesto Rodríguez Castro mayores de edad identificados con cédulas de ciudadanía número 79815735 hora de Bogotá y 79.819.038 de Bogotá respectivamente, de común acuerdo, se apoderaron de un computador del tractocamión de placas SVP 157

propiedad de la empresa de transporte OIT hoy organización Interamericana de transporte, la cual se encontraba en custodia del señor Ricardo Pareja Velázquez identificado con cédula de ciudadanía número 1038407606 ya que se le habían entregado para realizarle mantenimiento, hoy siendo el bien usado una parte esencial de ese tractocamión, ya que sin el mismo no es posible siquiera encender dicho vehículo».

3. ANTECEDENTES PROCESALES

El traslado del escrito de acusación se realizó el siete (7) de febrero de dos mil veintitrés (2023) por el delito de hurto calificado y agravado, según los artículos 239, 240 inciso 3 y 241 numeral 10 del Código Penal.¹ Los procesados ALEX MAURICIO SUÁREZ VÉLEZ y HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO no aceptaron los cargos.

La presentación del escrito de acusación se realizó el trece (13) de febrero de dos mil veintiuno (2021)², siendo asignado, mediante reparto, al Juzgado Promiscuo Municipal de San Luis, Antioquia.

Avocado el conocimiento, el nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023)³, el Juzgado convocó para el seis (6) de junio a las partes e intervinientes con la finalidad de realizar la audiencia concentrada, pero por solicitud de la defensa se reprogramó para el diez (10) de julio de dos mil veintitrés (2023), en tanto requería de un tiempo para contactarse con víctima para reparar los perjuicios. En esa data el Juzgado varió el sentido de la vista pública por una de presentación y verificación de allanamiento a cargos⁴, pues los acusados previamente por escrito manifestaron el deseo de aceptar cargos⁵; entonces, el juzgado mediante entrevista personal y en la forma prevista en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, constató que la renuncia a las garantía de guardar silencio y al juicio oral por parte de los procesados correspondía a una manifestación libre, consciente, voluntaria, libre, informada y debidamente asesorada.

Acto seguido, llevó a cabo la individualización de la pena (artículo 447 C. de P.P.) durante la cual la Fiscalía allegó el memorial de reparación integral de perjuicios a

¹ PDF 02 expediente digital.

² PDF 01 expedientes digital.

³ PDF 03 expediente digital.

⁴ PDF 21 expediente digital.

⁵ PDF 11 expediente digital.

la víctima Ricardo Pareja Velásquez; por otro lado, en cuanto al señor ALEX MAURICIO SUÁREZ VÉLEZ señaló que contaba con antecedentes penales, pero no HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO, pues solo le aparecían anotaciones en el SPOA.

La defensa solicitó se reconociera a sus representados la rebaja punitiva por reparación integral de que trata el artículo 269 código penal. Igualmente, peticionó en favor del señor RODRÍGUEZ CASTRO, la concesión de la prisión domiciliaria como subrogado penal, por ser padre cabeza de familia, pues dice, es quien vela por sus dos hijos, la compañera permanente y sus padres, quienes dependen de él económicamente; adicionalmente, dice, cuenta con arraigo social, laboral, familiar y carece de antecedentes penales, de manera que considera reúne los requisitos objetivos para ser acreedor del sustituto, para ello solicitó se inaplicara el artículo 68 A ídem.

4. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Promiscuo Municipal de San Luis, Antioquia, conforme los elementos materiales probatorios y evidencia física, halló acreditado la existencia del comportamiento delictivo aceptado de hurto calificado y agravado y la responsabilidad penal de los acusados, en consecuencia, condenando a ALEX MAURICIO SUÁREZ VÉLEZ a la pena principal de sesenta y un (61) meses y diez (10) días de prisión y a HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO a la pena privativa de treinta y ocho (38) meses.

La dosificación de la pena la llevó a cabo el juzgado de la siguiente manera:

“6 Dosificación de la pena:

*El delito de hurto calificado -por haberse efectuado mediante penetración o permanencia arbitraria, clandestina - **contemplado en el art. 240 N° 3 del C.P. tiene señalada pena de 6 a 14 años que equivale a 72 a 168 meses de prisión.** Pero como concurre la circunstancia de agravación del numeral 10 del Art. 241 del C.P. por haberse cometido por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto la pena se incrementa de la mitad a las tres cuartas partes lo que significa que en aplicación al artículo 60 numeral 4 los extremos punitivos oscilan entre 12 años y 24 años 6 meses o **108 a 294 meses de prisión.***

Así entonces el ámbito punitivo de movilidad para la pena de prisión es de 186 meses que dividido en cuartos arroja 46,5 meses o 46 meses 15 días. El cuarto mínimo oscila de 108 a 154 meses 15 días; el primer cuarto medio de 154 meses 15 días a 201 meses: el segundo cuarto medio de 201 meses a 247 meses 15 días y el máximo de 247 meses 15 días a 294 meses.”

ALEX MAURICIO SUAREZ VELEZ

*teniendo en cuenta que en contra del acusado solo concurren circunstancias de agravación punitiva , y que la circunstancia menor punibilidad contemplada en el artículo 55 numeral 6 del C.P. ha sido prevista de otra manera , como lo es la atenuación de que trató el artículo 268 del ibídem para efectos del rango de movilidad no podrá ser tenida en cuenta por lo tanto , es necesario ubicarnos en el cuarto máximo, partiendo del extremo mínimo , Además, teniendo en cuenta la a forma en que ocurrieron los hechos, la naturaleza del accionar y la gravedad de la conducta , el daño ocasionado a la víctima , pues en virtud de la captura en flagrancia la parte del automotor hurtada “Computador” fue recuperada, Considerándose que la conducta analizada genera reproche, llevándonos a inferir con certeza que se hace necesaria la pena a fin de que cumpla su función preventiva para los sentenciados convirtiéndose la pena en una retribución justa frente al mal del delito. Por lo tanto, se le impondrá a **ALEX MAURICIO SUAREZ VÉLEZ una pena de 247 de prisión.***

Sobre la pena dosificada de 247 meses de prisión se deben efectuar las rebajas de pena correspondientes a institutos post delictuales.

Así entonces, como se encuentran acreditadas las circunstancias post delictuales derivadas de la reparación según las voces del art. 269 del C.P en la suma de \$3.000.000 la disminución oscila de la mitad (50%) a la tercera parte (33%), y se otorgará la máxima del 50%, dada la prontitud en la reparación de los perjuicios estimados por la víctima, la devolución del incremento patrimonial la etapa procesal en la que fue efectuada, pues no hubo necesidad de desgaste a la justicia, obviándose inclusive la instalación de la audiencia concentrada y por lo tanto la pena queda en 123 meses de prisión.

*Finalmente, por allanamiento a cargos según el artículo 539 del C.P.P en concordancia con el art 351 del C.P.P la pena a imponer es la de **61 meses 10 meses de prisión** y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal como responsables de la conducta de Hurto Calificado y Agravado,*

HERNAN ERNESTRO RODRIGUEZ CASTRO

*Teniendo en cuenta que en contra del acusado concurren circunstancias de menor punibilidad , como es la carencia de antecedentes penales (Art 55 Numeral 1 del C.P.) y concurren circunstancias de agravación punitiva , es necesario ubicarnos dentro de los cuartos medios., partiendo del extremo mínimo , Además, teniendo en cuenta la a forma en que ocurrieron los hechos, la naturaleza del accionar y la gravedad de la conducta , el daño ocasionado a la víctima , pues en virtud de la captura en flagrancia la parte del automotor hurtada “Computador” fue recuperada, Considerándose que la conducta analizada genera reproche, llevándonos a inferir con certeza que se hace necesaria la pena a fin de que cumpla su función preventiva para los sentenciados convirtiéndose la pena en una retribución justa frente al mal del delito. Por lo tanto, se le impondrá a **HERNAN ERNESTRO RODRIGUEZ CASTRO una pena de 154 meses de prisión.** Sobre la pena dosificada de 154 meses de prisión se deben efectuar las rebajas de pena correspondientes a institutos post delictuales. Así entonces, como se encuentran acreditadas las circunstancias post delictuales derivadas de la reparación según las voces del art. 269 del C.P en la suma de*

\$3.000.000 la disminución oscila de la mitad (50%) a la tercera parte (33%), y se otorgará la máxima del 50%, dada la prontitud en la reparación de los perjuicios estimados por la víctima, la devolución del incremento patrimonial la etapa procesal en la que fue efectuada, pues no hubo necesidad de desgaste a la justicia, obviándose inclusive la instalación de la audiencia concentrada y por lo tanto la pena queda en 77 meses de prisión. Finalmente, por allanamiento a cargos según el artículo 539 del C.P.P en concordancia con el art 351 del C.P.P la pena a imponer es la de **38 meses** meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal como responsables de la conducta de Hurto Calificado y Agravado.” (Negrillas y subrogados fuera del texto original).

De otro lado, respecto de HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO despachó desfavorablemente la solicitud deprecada por la defensa con relación a la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, porque no se acreditó la minoría de edad de los hijos de aquel, por el contrario, de los elementos materiales de prueba aportados evidenció su mayoría de edad; tampoco se probó limitación alguna o incapacidad que recayera sobre la progenitora de aquellos. Así mismo, cuenta con sus padres que tienen igual deber de protección, y frente a quienes no se acreditó ninguna incapacidad permanente o circunstancia que les impidiera trabajar.

De otra parte, negó a ambos procesados la concesión de subrogados penales por expresa prohibición del artículo 68 A del código de las penas.

5. DISENSO

La defensa apeló la decisión por presentar inconformidad con la dosificación de la pena a sus dos prohijados, también, respecto de la negativa de reconocer la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia a HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO.

Para ello indicó, el *A quo* erró al determinar el quantum punitivo de prisión a sus representados, en cuanto a ALEX MAURICIO SUÁREZ VÉLEZ el Juzgado partió de doscientos cuarenta y siete (247) meses de prisión, pero al momento de realizar la disminución por reparación (artículo 269 C.P.) debió aplicar el criterio establecido en el numeral 5 del artículo 60 del estatuto penal “*Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica*”, por lo que realizado el cálculo aritmético la pena quedaría en sesenta y uno punto setenta y cinco (61.75) meses de prisión, después debió reconocer la rebaja de 50% por

aceptación temprana de cargos, quedando en definitiva una pena de treinta punto ochenta y siete (30.87) meses de prisión.

En lo concerniente a HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO a la par señaló que los ciento cincuenta y cuatro meses (154) fijados por el *A quo*, debieron disminuirse en el monto de rebaja contenida en el artículo 269 del C.P., acorde con los parámetros establecidos en el artículo 60 numeral 5 *idem*, por esta razón, la pena quedaría en treinta y ocho punto cinco (38.5) meses de prisión; luego, aplicó la rebaja del 50% que le fuera concedida por reparación, por lo tanto en definitiva le impuso pena de prisión de diecinueve punto veinticinco (19.25) meses.

En cuanto al segundo planteamiento, atinente a la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria como padre cabeza de familia, precisó que su representado RODRÍGUEZ CASTRO tiene a cargo una familia y por ende obligaciones económicas como líder de la casa.

Para la defensa los hijos del procesado, con edades de 19 y 20 años, requieren del soporte económico de su progenitor para terminar su formación universitaria como es el caso de Tatiana Rodríguez Colmenares, quien se encuentra estudiando. De otro lado, esboza, los padres y su cónyuge se verían afectados al no otorgar el mecanismo sustituto en tanto depende económicamente de él.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia y, en su lugar, se realice una tasación de la pena bajo criterios de legalidad, como también se otorgue la prisión domiciliaria al procesado antes mencionado.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para resolver la apelación de conformidad con el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, ya que la providencia confutada fue proferida por un Juzgado Promiscuo Municipal de este Distrito.

A partir de los planteamientos de la recurrente, estima la Sala que surgen dos problemas jurídicos que se deben resolver: i) Si se aplicó correctamente la rebaja de pena por reparación integral consagrada en el artículo 269 del código penal y los

criterios para determinar la pena definidos en los artículos 60 y 61 del código penal.

ii) Establecer si es procedente conceder en favor del procesado HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

6.1. Criterios para dosificación de la pena. Toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, como lo ordena el artículo 59 del código penal. Esa motivación debe abarcar las categorías jurídicas del delito, la adecuación típica y la correspondiente manifestación de responsabilidad, también aspectos como naturaleza, modalidad y gravedad.

Efectuada la adecuación típica del comportamiento punible, el juzgador debe determinar en primer término los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, como resultado de la aplicación de circunstancias modificadoras que hayan hecho presencia en el momento de la ejecución de la conducta punible, como son los atenuantes o agravantes.

Una vez establecidos los extremos punitivos, se fija el ámbito punitivo de movilidad, el cual se divide en cuartos: mínimo, medios o máximo, que ha de seleccionar el juzgador según las reglas establecidas en el artículo 61 del código penal.

El cuarto mínimo se aplica cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva; los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva y el cuarto máximo, cuando únicamente concurren circunstancias de agravación. Es preciso señalar, que las circunstancias aquí referidas por el legislador son distintas a las modificadoras del tipo especial, que ya se tuvieron en cuenta para determinar los extremos punitivos, razón por la cual no pueden volver a ser consideradas por vulneración del principio de *non bis in ídem*.

Sobre el particular, conceptuó la Sala de Casación Penal de la Corte de la siguiente manera:

«El juzgador debe seleccionar para cada delito que constituye el problema jurídico a resolver el cuarto de punibilidad aplicable, lo será solamente uno de los determinados con el procedimiento explicado anteriormente, elección que se hará considerando únicamente las circunstancias genéricas de mayor o menor punibilidad de que tratan los artículos 55 y 58 del C.P, las cuales deben estar claramente impuestas. Para los efectos señalados, se optará por el primer cuarto de punibilidad (PCP) cuando no concurren circunstancias genéricas de menor ni de mayor punibilidad o cuando solamente se puedan tener en cuenta circunstancias genéricas de menor punibilidad.

Se deberán escoger los cuartos medios (segundo cuarto de punibilidad - SCP- o tercer cuarto de punibilidad -TCP-) cuando concurren simultáneamente circunstancias genéricas de punibilidad del artículo 55 y 58 del C.P. (el número, la naturaleza y gravedad de las mismas determinará si se aplica el segundo -SCP- o el tercer cuarto de punibilidad -TCP-).

Se preferirá obligatoriamente el cuarto de punibilidad número cuatro (CCP) cuando en la conducta punible exclusivamente concurren circunstancias genéricas de mayor punibilidad de las que se ocupa el artículo 58 del C.P.

En la selección de los cuartos de punibilidad no se pueden tener en cuenta sino las circunstancias genéricas de punibilidad de los artículos 55 y 58 del C.P. que concurren para cada ilicitud, no las que por su naturaleza son específicas para el delito»⁶ (Negritas fuera del texto).

Establecida la pena a imponer, respecto de ese quantum, se deben aplicar los descuentos en virtud de los fenómenos post delictuales.

6.2 Rebaja punitiva del artículo 269 del Código Penal. El mencionado artículo expresa:

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

Ahora, para determinar el monto de la rebaja de pena a imponer -entre el 50% y el 75 % - el Juez debe considerar circunstancias tales como la prontitud de la indemnización con relación a la fecha de los hechos y el momento procesal en que se lleva a cabo la indemnización.

Sobre el particular la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia expresó:

«2. En efecto, esta Corporación tiene dicho, que para efectos de establecer el porcentaje de descuento de que trata el artículo 269 del Código Penal es preciso tener en cuenta el tiempo transcurrido entre la comisión de la conducta punible y el momento que se materializa la

⁶ CSJ SP338-2019, radicado 47.675 del 13 de febrero de 2019.

reparación, así como la fase procesal en que se encuentra la actuación porque, de ese modo, será posible verificar la voluntad del acusado para resarcir los perjuicios.

(...) 3. Se debe resaltar que el momento de la actuación procesal en la cual se materializa la reparación es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo, porque permitirá medir, a partir de la ocurrencia de los hechos y hasta antes de la emisión de la sentencia, la voluntad del acusado en resarcir el daño causado a las víctimas y así lo viene ratificando la Sala de manera consistente.

A manera de ilustración, léanse las siguientes consideraciones expuestas en providencia más reciente (CSJ SP11895-2015, Rad. 44618):

“Ahora bien, la norma sustantiva determina que el procesado tiene derecho a una disminución que va de la mitad a las tres cuartas partes (50% al 75%), descuento que si bien es discrecional del juez, no es arbitrario, puesto que ha de tener en cuenta el interés mostrado por el acusado «en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas” (CSJ SP16816/2014, rad. 43959).»⁷.

Ahora, contrario a lo expresado por la confutadora, esa rebaja de la mitad a las tres cuartas partes o entre el 50% y el 75 % debe aplicarse a la pena debidamente individualizada, en tanto la reparación integral de perjuicios (artículo 269 C.P.) es un fenómeno post delictual y por esa razón no se considera un fundamento modificador de la pena para variar los cuartos.

6.3 En el *sub examine*, advierte el Tribunal, el juez de primera instancia erró cuando identificó la conducta punible al momento de dosificar la pena, pues los acusados ALEX MAURICIO SUÁREZ VÉLEZ y HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO fueron acusados y aceptaron cargos por el delito hurto calificado, según el inciso 3 del artículo 240 del código penal, sancionado con pena de siete (7) a quince (15) años de prisión; con todo, el juez impuso la pena con base en la prevista para el hurto calificado, pero por el numeral tercero del inciso primero del artículo 240 ibidem, es decir, de seis (6) a catorce (14) años, en consecuencia otorgó una ilegal rebaja de pena a los procesados.

Yerro imposible de corregir de acuerdo con el principio constitucional *non reformatio in pejus* contenido en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución Nacional y desarrollado en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 906 de 2004 así: “*El superior no podrá agravar la situación del apelante único.*”

⁷ Consultar las sentencias: Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, SP4776-2018 (rad. 51100) del 7 de noviembre de 2018; SP824-2021 (rad. 54026) del 10 de marzo de 2021.

En segundo término, se denota que el *A quo* también se equivocó al aplicar el sistema de cuartos al caso en concreto, pues individualizó la pena en el máximo para ALEX MAURICIO SUÁREZ VÉLEZ y en los medios respecto de HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO, sin que se presentaran las hipótesis del inciso segundo artículo 61 del código penal, en tanto no concurrían circunstancias de mayor punibilidad para ninguno de los procesados, esto es, las consagradas en el artículo 58 del código penal. Sobre este particular se indicó en la audiencia de individualización de pena que ALEX MAURICIO SUÁREZ VÉLEZ registraba antecedentes penales y HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO carecía de ellos. En todo caso, respecto de los dos acusados debió el juzgado ubicarse en el cuarto mínimo, pues la citada disposición enseña: *“El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.”*

Así, los cuartos: mínimo, primero y segundo medio y máximo para el hurto calificado y agravado, acorde con los artículos 240 numeral 3 y 241 numeral 10 del código penal, tal como lo dedujo equívocamente el juzgado, oscilan en los siguientes guarismos: mínimo de ciento ocho (108) a ciento cincuenta y cuatro (154) meses y quince (15) días de prisión, el primer cuarto medio de ciento cincuenta y cuatro (154) meses y quince (15) días a doscientos un (201) meses de prisión, el segundo cuarto medio doscientos un (201) meses a doscientos cuarenta y siete (247) meses quince (15) días y el máximo de doscientos cuarenta y siete (247) meses quince (15) días a doscientos noventa y cuatro (294) meses. Entonces, si correspondía determinar la pena en el cuarto mínimo para los dos sentenciados el monto de prisión no debió ser inferior a ciento ocho (108) meses ni superior a cincuenta y cuatro (154) meses y quince (15) días de prisión, con todo el juzgado impuso a ALEX MAURICIO SUÁREZ VÉLEZ doscientos cuarenta y siete (247) meses de prisión y a HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO ciento cincuenta y cuatro (154) meses de prisión.

De otra parte, contrario a lo pretendido por la confutadora, los criterios de imposición de pena del artículo 61 del código penal no pueden ser los mismos utilizados para la

rebaja del 269 ibidem. Como lo menciona la jurisprudencia antes referida *«Los efectos que producen en la pena las conductas posdelictuales no determinan el marco de punibilidad, solamente se aplica después de individualizada la pena respecto del delito que concurra»*.

6.4. Redosificación punitiva. Como viene de verse, a los procesados se les debe determinar la pena en los guarismos del cuarto mínimo, esto es, de ciento ocho (108) a ciento cincuenta y cuatro (154) meses y quince (15) días de prisión, dado que no confluyen circunstancias de mayor punibilidad para ninguno de los dos procesados, pero si la de menor punibilidad – carencia de antecedentes penales- artículo 55 numeral 1 en relación con HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO.

En referencia al inciso 3 del artículo 61 del código penal, se mantendrá el criterio expresado por el *A quo* en el sentido de imponer el mínimo de la pena, razón por la cual la pena a imponer a los sentenciados es de ciento ocho (108) meses de prisión.

Ahora bien, como la aceptación de cargos se presentó en la primera oportunidad procesal, es decir, desde antes de la audiencia concentrada, se debe disminuir el 50% de rebaja de la pena, tal como lo expresó el *A quo* de conformidad con el artículo 539 del código de procedimiento penal de 2004. Efectuado el cálculo matemático la pena a imponer corresponde a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión para ambos procesados.

6.5. Rebaja de pena de la reparación integral. En cuanto a este particular, recuérdese que el artículo 269 del código penal prevé una rebaja de pena de la mitad a las tres cuartas partes. El Juzgado tras hallar reunidos los requisitos para el otorgamiento de esta diminuyente punitiva aplicó una rebaja del 50% a la pena ya individualizada, para ello indicó:

«Así entonces, como se encuentran acreditadas las circunstancias post delictuales derivadas de la reparación según las voces del art. 269 del C.P en la suma de \$3.000.000 la disminución oscila de la mitad (50%) a la tercera parte (33%), y se otorgará la máxima del 50%, dada la prontitud en la reparación de los perjuicios estimados por la víctima, la devolución del incremento patrimonial la etapa procesal en la que fue efectuada, pues no hubo necesidad de desgaste a la justicia, obviándose inclusive la instalación de la audiencia concentrada y por lo tanto la pena queda en 77 meses de prisión.»

De lo expresado por el Juzgado, se advierte que la motivación estaba encaminada a otorgar una reducción de pena superior al 50%, pues claramente hizo referencia a la prontitud de la reparación a la víctima y a la evitación de un mayor desgaste a la Administración de Justicia; con todo, aplicó el mínimo por concepto de esta diminuyente punitiva, razón por la cual la Sala debe entrar a corregir el yerro.

Para ello se afirma que el monto de rebaja, acorde con los fundamentos expresados por el Juzgado y la realidad procesal, los sentenciados son merecedores a una rebaja de pena superior al 50%, pero no del 75% en tanto la reparación aconteció cuatro (4) meses después de ocurridos los hechos⁸.

Por lo anterior, se reconocerá a los encartados una disminución punitiva por reparación integral de perjuicios equivalente al 71% que corresponde a 38.34 meses, que descontados a los cincuenta y cuatro (54) meses, arroja un total de pena en definitiva a imponer de quince punto sesenta y seis (15.66) meses de prisión.

Como consecuencia de lo anterior, se modificará la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, es decir quince punto sesenta y seis (15.66) meses de prisión

6.5. De la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia. Solicita la defensa se reconozca a HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, pues considera cumple con los requisitos objetivos y subjetivos para ello.

El artículo 1 de la Ley 750 de 2002, dispone lo siguiente:

«La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho

⁸ PDF 10, del expediente digital.

Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos (...)»

La Corte Constitucional declaró exequible la norma trascrita mediante en la Sentencia C-184 de 2003, «en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los **hombres** que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido.»

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concretó los presupuestos para acceder a la prisión domiciliaria como madre o padre cabeza de familia; así indicó:

«De la armonización de estas dos leyes se extrae que la prisión domiciliaria, bajo la modalidad de madre cabeza de familia, opera cuando la condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el único soporte de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de transcribir.

La anterior conclusión se aviene a los argumentos expuestos en el Congreso de la República durante el trámite de discusión de la referida ley: En particular en tales casos se percibe la urgencia de la adopción de medidas de apoyo especial a dichas mujeres, por cuanto es un hecho reconocido que los hijos menores y otras personas incapaces a cargo de la mujer cabeza de familia recluida quedan desamparados y a merced de las más nefastas influencias de la sociedad, lo que conlleva un doble efecto negativo para la sociedad, por una parte, el que no pueda cumplir esa mujer recluida, su rol natural respecto de sus hijos y de otras personas incapaces a su cargo, y de otra parte, que reciban esos menores una negativa orientación que los determinará con alta probabilidad a ubicarse al margen de la ley en el futuro, como medio de subsistencia y como el único modo de vida aprendido.

(...)

Ante este panorama, se tiene claro que: i) la Ley 750 de 2002 permite el cambio de sitio de reclusión (domiciliaria en lugar de intramuros) cuando la mujer o el hombre es la única persona a cargo del cuidado y la manutención de sus hijos menores de edad, siempre y cuando se reúnan los puntuales requisitos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia y ii) el mismo beneficio puede otorgarse a la mujer que tenga la calidad de madre cabeza de familia respecto de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, que integren su núcleo familiar, bajo las limitaciones establecidas en la ley (valga la necesaria repetición).

De esta manera, quedaría por establecer si el beneficio en mención podría otorgarse cuando esas “otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar” dependan exclusivamente del procesado, al punto que éste, respecto de aquéllas, reúna los requisitos legales para ser catalogado como cabeza de familia»⁹

⁹ CSJ SP1251-2020, radicación N° 55.614 del 10 de junio de 2020

Aplicando los anteriores criterios normativos y jurisprudenciales al caso en particular tenemos que el señor HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO fue condenado por el delito de hurto calificado y agravado, y la defensa solicitó en su favor la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia la cual fue negada por la Juez de primera instancia.

Para acreditar los requisitos de este subrogado se aportaron los registros civiles de los hijos del procesado: Tatiana Alexandra Rodríguez Colmenares¹⁰ y Oscar Andrés Rodríguez Cabeles¹¹, con 20 y 19 años de edad, respectivamente; también sendas declaraciones extra juicio, números 0811 y 0812, ambas del once (11) de febrero hogaño.¹² La primera ofrecida por los padres del procesado quienes indicaron ser personas de la tercera edad y dependientes económicamente de su hijo el sentenciado; la segunda, vertida por la compañera sentimental del acusado, Yulie Maderlin Vargas Sanabria, quien dijo convivir con él hacía tres (3) años y medio y ser dependiente económicamente de él. Se aportó otra rendida por la hija del acusado, Tatiana Alexandra, donde indicó que cursaba estudios universitarios y dependía económicamente de su padre.

Los anteriores elementos de juicio aportados al proceso permiten colegir que no se reúnen los requisitos exigidos para acceder a la condición de padre cabeza de familia, pues para ello era necesario acreditar que los hijos adultos del procesado y sus progenitores además de depender económicamente de él, que como consecuencia de la ausencia de él, con ocasión de la privación de la libertad, todos quedarán en completo desamparo.

De la atenta lectura de esa documentación únicamente se deduce que los hijos, ascendientes y compañera del procesado requieren apoyo económico de él, además, no acreditó una condición especial que los definiera como personas incapaces, tampoco que estuvieran en un estado de abandono o desprotección, dicho en otros términos, la defensa no adujo dificultad alguna de las progenitoras de los jóvenes para asumir el cuidado y sustento de estos, menos la ausencia de una familia extensa.

¹⁰ PDF 12 Expediente digital.

¹¹ PDF 13 Expediente digital.

¹² PDF 14 Expediente digital

Por consiguiente, los planteamientos propuestos no permiten conceder al procesado la gracia de purgar la condena en su lugar de residencia, pues la Corte de manera contundente limitó la procedencia de ese mecanismo para aquellos casos en los que existe una relación monoparental entre el padre y los hijos, ante la ausencia definitiva de la madre y de una familia extensa que pueda ocuparse del cuidado del hogar; en consecuencia, se confirmara la negativa de conceder la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia al procesado HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO.

En cuando a la tímida propuesta del recurrente sobre la inaplicación del artículo 68 A del código penal, en aras de hacer procedente los subrogados penales en favor de su procurado, no sobra señalar, la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria de que tratan los artículos 63, 38 y 38B del código penal, respectivamente, se conceden a los individuos condenados a la pena de prisión, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador, pues si bien estos subrogados penales son un derecho del condenado, también lo es que debe acreditarse en cada caso en particular los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador estableció. Si aquellos no se cumplen no es posible para el juez conceder tales beneficios por expresa prohibición legal.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia confutada, en el sentido de modificar el monto de la pena de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta a los señores ALEX MAURICIO SUÁREZ VÉLEZ y HERNÁN ERNESTO RODRÍGUEZ CASTRO en calidad de coautores de hurto calificado y agravado a quince punto sesenta y seis (15.66) meses de prisión. En lo demás la sentencia se confirma.

SEGUNDO. Enviar copia de esta decisión al juzgado de instancia.

TERCERO. Advertir que contra esta providencia procede el recurso de casación que podrá interponerse dentro del término legal.

Se notifica en estrados,

(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: **694682de41fcae26f2d52460302b2bbc2084991eca08e2d80a5fe318e3098e90**

Documento generado en 12/10/2023 05:03:13 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, nueve (09) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 211

RADICADO	: 05 895 60 99161 2020 00128 (2023 1793)
DELITO	PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO USO PRIVATIVO
ACUSADOS	: JAIRO MANUEL RODRÍGUEZ ROMERO YORBIN ANTONIO LÓPEZ PRADA ELVIS MANUEL NAYA VARGAS
PROVIDENCIA	: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado en contra del auto proferido el día 25 de septiembre de 2023, por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante el cual negó solicitud de nulidad.

ANTECEDENTES

Los señores Jairo Manuel Rodríguez Romero, Yorbin Antonio López Prada y Elvis Manuel Anaya Vargas fueron acusados como responsables de la comisión del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS. FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES y UTILIZACIÓN ILEGAL DE UNIFORMES E INSIGNIAS.

En transcurso del juicio oral y en audiencia celebrada los días 23 de agosto y 25 de septiembre del presente año, el señor defensor de los

procesados Jairo Manuel Rodríguez Romero y Yorbin Antonio López Prada solicitó la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria por falta de defensa técnica. Petición que fue negada por el Juez de conocimiento.

El señor defensor argumentó que se había incurrido en violación de garantías fundamentales, porque sus representados siempre han manifestado su inocencia afirmando que fueron obligados por otras personas que pertenecían a un grupo al margen de la ley a realizar un transporte, y toda la comunidad los conoce como personas humildes.

Sostuvo que existe un caudal de elementos materiales probatorios sobre la inocencia de sus patrocinados, pero por las falencias de la defensa técnica se omitió solicitar e incorporar dichos elementos que demuestran la declaratoria de inocencia de los acusados. Pruebas que demostraban su presencia justificada en momentos en que fueron capturados supuestamente en flagrancia.

Hace ver que, en la audiencia preparatoria, el defensor anterior sólo advirtió que llevaría los testimonios de los acusados al juicio, con lo que pretendía demostrar que eran inocentes, sin tener en cuenta la naturaleza del proceso acusatorio o bien porque correspondiera a una estrategia defensiva suya. Aunque el defensor no puede ser obligado a solicitar o presentar prueba o intervenir activamente, el defensor que tenían en definitiva abandonó a los acusados a su suerte. Esto es la asistencia jurídica de sus patrocinados para aquella época fue inexistente. No solicitó las pruebas que respaldaban la versión verdadera de sus patrocinados, ni tampoco aprovechó las que en su momento pidió la fiscalía. Omisión atribuible al desconocimiento de la

dinámica del proceso adversarial y no a una postura defensiva que favoreciera la situación de sus patrocinados.

Considera que dicha actitud afectó el núcleo esencial del derecho de defensa técnica al privar a los acusados de cualquier posibilidad defensiva, porque lo evidenciado en este proceso es la existencia de importantes elementos materiales probatorios con incidencia en la audiencia preparatoria, ya que no fueron descubiertos, aducidos o incorporados como prueba en el juicio oral.

Afirma que esa inactividad y deficiencia del defensor no puede ser entendida como una estrategia defensiva razón por la cual el proceso debe anularse a partir incluso de la audiencia preparatoria para aducir los elementos probatorios que este defensor ha recepcionado, ya que el anterior defensor por su condición de lego no sabía en qué momento debía hacerlo.

Agrega que la omisión atentó contra la defensa técnica de sus patrocinados, ya que el descubrimiento y la incorporación oportuna y solicitudes con toda probabilidad habría de incidir en el sentido del fallo.

De otra parte, sostiene que cómo no se solicitaron los testimonios de los otros coacusados, el juzgador no le permitió ejercer el contradictorio, violando de contera el derecho a la confrontación, para estar frente a frente contra quienes los acusan, formularles preguntas y contralor la práctica de la prueba.

Argumenta que igualmente se ha vulnerado el derecho de contradicción, la garantía de controversia no se satisface con la sola

posibilidad de rebatir el mérito de la prueba una vez ha sido practicada, se requiere para satisfacer el derecho, brindar la oportunidad de la parte contra quien se aduce la facultad de interrogar al testigo. Surge el principio rector cuando señala que la prueba debe estar sujeta a confrontación y contradicción. Las exposiciones recibidas por la Fiscalía no adquieren el carácter de prueba cuando no han sido practicadas con sujeción al conainterrogatorio de las partes.

Pide retrotraer la actuación a la audiencia preparatoria, para que en el transcurso de la misma pueda descubrir, enunciar y solicitar las pruebas.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo negó la solicitud de nulidad, porque el abogado defensor de los procesados no identificó nada concreto que permita visualizar la violación al derecho de defensa. Por ejemplo, no señaló qué pruebas, que alegatos o que situaciones específicas debió desatar el anterior defensor.

Consideró que lo presentado es una diferencia de criterios en cuanto a la forma como debió asumirse la defensa de los acusados. Desde un comienzo del proceso, ellos han contado con defensor contractual y los reproches se reducen más a una crítica profesional que a una vulneración al principio de contradicción y defensa técnica. El solo silencio u omisión para presentar alegatos o controvertir las decisiones judiciales no materializa per se la violación de los deberes del profesional del derecho.

Igualmente, sostuvo que, si bien el defensor se duele porque no se le permitió conainterrogar a los testigos presentados por el señor defensor del procesado Elvis Manuel Naya, era obvia la imposibilidad de hacerlo sin desquiciar el sistema penal acusatorio. No se le podía dar la palabra para que interrogara, porque solamente habían sido solicitados por la defensa del señor Elvis.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor de los procesados Jairo Manuel Rodríguez Romero y Yorbin Antonio López Prada, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Solicita se revoque la decisión. Cree que sí podía conainterrogar a los testigos que fueron presentado por el otro defensor, aunque el anterior defensor no los hubiera pedido como testigos.

Insiste en que el defensor anterior abandonó a sus defendidos a su suerte. La asistencia jurídica fue inexistente, no solicitó las pruebas que respaldan la versión verdadera de ellos. No aprovechó o intento controvertir los que la Fiscalía pidió. Omisión atribuible al desconocimiento de la dinámica del proceso adversarial y no a una postura defensiva que favoreciera la situación de sus patrocinados.

Asegura que lo evidenciado en este proceso es la existencia de importantes elementos probatorios que no fueron descubiertos, aducidos o incorporados por parte del anterior defensor, lo que no puede ser entendido como una estrategia defensiva, por lo cual debe anularse lo actuado a partir de la audiencia preparatoria. El defensor

anterior por su condición de lego no sabía en qué momento debía hacerlo.

También insiste en que debe tenerse en cuenta que, debido a esa falta de defensa técnica, no estuvo facultado para conainterrogar a los otros coprocesados.

Cita para respaldar su posición, decisiones de la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, con radicados 38320 del 11 de diciembre de 2013 y 45790 del 27 de enero de 2016.

2. El señor Fiscal como sujeto no recurrente solicita confirmar la decisión.

Argumenta que, si se escuchan los registros, puede verificarse que en la práctica de las pruebas de la Fiscalía en ningún momento se le negó la oportunidad de conainterrogar a los testigos. Lo que quería era hacer esa contradicción frente a los testigos que trajo el otro defensor.

Considera que, frente a la falta de defensa técnica, se presenta la convalidación, porque el señor defensor dejó pasar diez sesiones de audiencia del juicio oral sin solicitar la nulidad.

CONSIDERACIONES

Como bien clara quedó la inconformidad de la parte recurrente, la Sala únicamente se referirá al punto en discusión, teniendo en cuenta las limitaciones que tiene el Juez de Segunda Instancia para desatar la alzada.

El problema jurídico presentado a la Sala en esta oportunidad se limita en determinar si debe o no declararse la nulidad de la actuación conforme a solicitud presentada por la defensa de los acusados.

Frente al tema de la defensa técnica, es bueno recordar la jurisprudencia que ha desarrollado la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal:

“Ahora, cuando se alega la violación de la defensa técnica, como de forma insistente y reiterada lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corporación¹, resulta indispensable acreditar cómo la presunta falta de dominio que se afirma, tuvo injerencia cierta y efectiva en el resultado del proceso. Es por ello que, sin olvidar que la defensa técnica es un derecho que hace parte de las garantías fundamentales que se enmarcan en el artículo 29 de la Constitución Política, en el canon 8º, numeral e) de la Ley 906 de 2004, entre otros preceptos de carácter internacional, cuando se deprecia la ineptitud del abogado, es deber del censor demostrar a través de la exposición de conductas y omisiones cómo dicha incapacidad desencadenó en una situación de indefensión material, que tuvo efectos determinantes en desarrollo del proceso y su definición. (...) El recurrente tampoco se ocupó de denotar la trascendencia de sus denuncias, lo cual le obligaba desde una posición ex ante² explicar qué acciones debió emprender su defensor en la labor defensiva, por ejemplo, cómo se podía desvirtuar determinada probanza de cargo o cualquier otro acto que determinara un giro en la actuación o en las conclusiones a las cuales arribó el juzgador después del análisis racional de los elementos suasorios incorporados, y no limitarse a criticar de manera subjetiva que los funcionarios judiciales

¹ CSJ, SCP, SP568-2022, rad. 60.207, 2 de marzo de 2022.

² «En ese contexto, el juicio que corresponde hacer, cuando de cuestionar la gestión defensiva se trata, no puede partir de los resultados a que finalmente llegó el trámite, ni puede hacerse desde una valoración posterior, según el mejor modo de pensar de quien sucedió al profesional inicial. La estimación se impone realizarla desde una posición ex ante, esto es, que quien pretende hacer la censura debe realizar el ejercicio mental de situarse en el momento previo a aquel tachado de negligente y objetivamente razonar y concluir si en idénticas circunstancias una persona (abogado) promedio con mediana diligencia hubiese actuado de igual o diversa manera.» CSJ AP 4436-2015. 10 SP CSJ radicado 60884 del 8 de marzo de 2023, AP651-2023, M.P. Fernando León Bolaños Palacios

convencieron al abogado defensor para que desistiera de algunas pruebas.”³

Por tanto, como en el presente caso el señor defensor de los procesados Jairo Rodríguez y Yorbin López señala que el anterior defensor que los asistió en la audiencia preparatoria, actuó con negligencia y desconocimiento del sistema penal acusatorio, tenía el deber de señalar en concreto las conductas y omisiones de las cuales se pueda inferir esa incapacidad del defensor para litigar en materia penal en el sistema penal acusatorio, lo cual no hizo, pues simplemente se queja porque solicitó como prueba solamente el testimonio de los propios acusados.

Escuchados los registros de lo ocurrido en la audiencia preparatoria, la Sala no advierte ninguna situación que permita concluir que el señor defensor que tenían los procesados para ese momento desconociera el sistema penal acusatorio y la forma como debía descubrir, enunciar y solicitar las pruebas en favor de sus asistidos, al contrario, se observa conocedor del sistema.

Es cierto que el señor defensor explicó que por estrategia defensiva únicamente iba a utilizar como prueba el testimonio de sus asistidos en el juicio oral, pero de esa manifestación no se desprende que el togado desconociera como descubrir, enunciar y solicitar las pruebas a favor de los acusados, sino que al carecer de elementos materiales de prueba, su estrategia iba a ser pasiva, solamente para contradecir la prueba de cargos, lo cual es plenamente aceptable, pues no siempre se tienen elementos, evidencias y testigos para probar una teoría del caso.

³ Ver CSJ. Decisión del 31 de mayo de 2023. Radicado 62818. M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa

Igualmente, el recurrente en su solicitud no develó cuáles eran los medios de prueba con las que contaba el anterior defensor y que irrefutablemente tenían que ser incorporados al juicio para controvertir las pruebas presentadas por la fiscalía. Recuérdese que la solicitud de nulidad no puede fundamentarse en apreciaciones posteriores sino en un juicio ex ante, esto es, qué elementos y circunstancias rodeaban el momento en que se ejerció la defensa y que por razones atribuibles al defensor no fueron direccionadas en favor de los acusados.

Señala el recurrente que el defensor anterior no hizo uso de las pruebas que la fiscalía tenía para lograr demostrar la inocencia de sus defendidos, pero no atina a señalar en concreto qué medio de conocimiento debió solicitar como prueba común y por qué le era útil a la defensa, pues es sabido que no puede pedirse para sí el material de prueba presentado por la contraparte, pues es necesario señalar una pertinencia especial, ya que la contradicción se realiza con el contrainterrogatorio y la impugnación de credibilidad de los testigos.

De la misma forma, no explicó por qué al momento de la audiencia preparatoria debía solicitar a los coacusados como testigos y tampoco señaló si para ese momento, esas personas podían declarar en favor de los señores Jairo y Yorbin, lo cual al parecer no ocurrió ni siquiera en sus declaraciones en el juicio.

El recurrente sostiene que este caso es similar a los expuestos en las sentencias que cita de la Honorable Corte Suprema de Justicia, pero vistas las providencias, fácilmente se concluye que no hay similitud.

En el caso con radicado 45790 se pudo evidenciar con hechos concretos y claros que fue la ignorancia y la falta de aptitud del

abogado que ejerció la defensa en la audiencia preparatoria, en relación al debido proceso probatorio y a las más elementales nociones del régimen de las pruebas y de los recursos judiciales, lo que impidió la confrontación de las tesis de dos adversarios. Se advirtió cómo el defensor no supo argumentar las solicitudes probatorias, realizó algunas extemporáneas y sin la preparación debida, como tampoco atinó en la interposición de los recursos.

Igualmente, en el caso analizado bajo el radicado 38320 desde el principio del proceso se conocían las situaciones y circunstancias favorables al procesado que podían ser fácilmente demostradas. Todos los hechos referidos por el acusado eran susceptibles de probar, bien mediante prueba documental y testimonial. Situaciones claras que explicaban la conducta del procesado, incluso valiéndose del testimonio de una persona solicitada por la Fiscalía.

Y en el presente, el recurrente solo atina a señalar que sus representados tenían como oficio el mototaxismo y que eran conocidos como personas humildes, pero sin señalar cómo tales situaciones podían demostrarse y cómo tenían la aptitud de enfrentarse a la tesis acusatoria. Tampoco señaló que los elementos de prueba y evidencias que dice existen sin identificarlas, estuvieron a disposición del anterior defensor.

Ahora, en cuanto al conainterrogatorio de los testigos presentados por el defensor del señor Elvis Manuel Naya, el señor Juez en principio tiene razón, pues estamos ante un proceso de partes y los llamados al estrado en principio deben hacer manifestaciones con relación a la teoría del caso de quien los presenta. Ante situaciones inesperadas, podría generarse la necesidad de que alguna de las partes en forma

sustentada haga uso de circunstancias sobrevinientes. El señor defensor simplemente se duele de no habersele permitido ejercer contrainterrogatorio, pero no señala en concreto cuál situación favorable o desfavorable se presentó para sus representados y qué solicitudes debidamente sustentadas realizó.

Conforme con lo anterior, la Sala confirmará el auto apelado.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, **CONFIRMAR** el auto de origen, fecha y naturaleza ya mencionados.

Esta providencia se considera notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE⁴,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

⁴ 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

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: **ebbaf08f74e58ac497f583315bfc0757d7f51854fd050d2bcaaa97dc2a9ae720**

Documento generado en 09/10/2023 09:19:33 PM

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

Proceso No. 05 101 60 00000 2022 00021 NI: 2023-0671
Acusado: DANIEL ALBERTO MONSALVE CARO
Delito: Porte Ilegal de armas
Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar
Motivo: Apelación sentencia absolutoria
Decisión: Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No. 05 101 60 00000 2022 00021 **NI:** 2023-0671
Acusado: DANIEL ALBERTO MONSALVE CARO
Delito: Porte Ilegal de armas
Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar
Motivo: Apelación sentencia absolutoria
Decisión: Confirma
Aprobado Acta No. 155 de 9 de octubre del 2023
Sala No.: 06

Magistrado Ponente: Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Medellín, octubre nueve de dos mil veintitrés

(Hora:)

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia emitida el pasado 27 de marzo del 2013 del Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar en el que se absolvió a Daniel Alberto Monsalve Caro.

Fueron narrados así en la sentencia de primera instancia conforme la acusación:

“ El día 11 de agosto de 2022, siendo las 11:50 horas, en la calle 49 B No. 65-64, barrio Pio XII, zona urbana del municipio de Ciudad Bolívar- Antioquia, es capturado por funcionarios de policía el señor Daniel Alberto Monsalve Caro, por el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, partes o municiones, luego de hallar en

su poder un arma de fuego tipo revólver, calibre 38 Especial, marca LLAMA, modelo SCORPIO, número de serie borrado y limado, número interno 11618, con cinco (5) cartuchos en el tambor, sin percutir, elementos aptos para su funcionamiento, sin contar con permiso para porte o tenencia de los mismos”.

4. Sentencia apelada

La Juez de instancia, consideró que en relaciona al punible objeto de acusación, si bien es cierto se había estipulado la calidad y buen estado del arma incautada no aparecía claro que en efecto el aquí procesado fuere la persona que estaba portando dicha arma, para esto llamó la atención sobre la falta de precisión en la versión que los policiales que conocieron del caso a saber Héctor Hernando Rodas Durango y Jean Carlos Ospina Vergara, quienes aunque indican que realizaron el procedimiento de captura en una persecución, no atinan a indicar con precisión el lugar exacto dentro del inmueble donde se realizó la captura ni tampoco si el arma la tenía el procesado en sus manos, en su pretina u oculta de alguna manera, y por el contrario Cristian Alejandro Sosa Rendón y Daniel Alberto Monsalve Caro, aunque reconocen su captura el día de los hechos materia de la actuación, indican que ellos solamente estaban en la casa para trabarse momentos en los cuales entraron agentes del orden quienes les implantaron droga y un arma de fuego sin que tales elementos fueren de ellos, y aduciendo los agente del orden cuando ingresaron que se trataba de un allanamiento, procediendo en el cual además se incautaron otros elementos y se causaron daños como lo expuso la señora NATALIA ISABEL MONTOYA.

Llamó la atención sobre lo incompleto de los informes y fotografías que presentaron los policiales sobre el procediendo y considero que existía una duda sobre lo que en efecto había ocurrido vista la prueba presentada por la defensa lo que desemboca necesariamente

en el procedimiento de una sentencia absolutoria ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Recalcó que si bien es cierto la versión del acusado y su acompañante no está corroborada con otras pruebas si mengua considerablemente la versión de los policiales y plantea varios interrogantes sobre lo que en efecto ocurrió el día de los hechos materia de juzgamiento por lo que la única determinación posible a tomar es la de la absolución.

5. De la sustentación del recurso de apelación interpuesto

Inconforme con la determinación de primera instancia la representante de la Fiscalía General de la Nación interpone recurso de apelación en el que solicita se revoque la sentencia impugnada y se emita una condenatoria que fundamenta en la siguiente premisa:

La versión de los policiales que conocieron del caso es completa, clara y plenamente creíble y permite tener por debidamente acreditada la captura del procesado portando el arma que finalmente fue incautada, no es posible hacer elucubraciones como las plasmadas en el fallo de primer instancia, pues resulta imposible que los policiales falseando la verdad traigan un arma de fuego y termine "*plantándose*", Al procesado, no hay ningún elemento de prueba que permita suponer que en efecto los policiales faltaron a la verdad, y la versión del acusado y su acompañado que fuera capturado con estupefacientes por lo que esta siendo procesado en celda separada no tiene asidero probatorio ajuno.

Los supuestos daños y hurtos que denuncia la señora NATALIA ISABEL MONTOYA no está demostrado, no hay constancia de esto en las diligencias de allanamiento, ella no denunció esas supuestas irregularidades ni aportó prueba alguna de lo ocurrido, de otra parte el

procediendo de allanamiento fue debidamente efectuado y los policiales que conociera del caso elaboraron los informes y fijaciones fogotaficas de ley, no hay motivo alguno para considerar que en efecto se trate de un montaje por parte de los agentes del orden.

Dentro del término de traslado alas no recurrentes no se presentó pronunciamiento alguno.

6. Consideraciones de la Sala

Procede la Sala a verificar si en el presente asunto se reunieron en desarrollo del juicio oral, pruebas que permitan demostrar más allá de toda duda que efectivamente DANIEL ALBERTO MONSALVE CARO es responsable del delito de porte ilegal de armas.

Al respecto se debe indicar que ninguna controversia existió sobre la naturaleza y buen funcionamiento del arma de fuego pues esto fue objeto de estipulación la controversia probatoria surge es en relación si en efecto el arma incautada fue encontrada en poder de MONSALVE CARO.

Al respecto la Fiscalía trajo para demostrar tal aspecto a los policiales Héctor Hernando Rodas Durango y Jean Carlos Ospina Vergara, ellos ilustraron sobre el procediendo que realizaron en el que se capturaron a dos persona una con estupefacientes y otra con un arma de fuego, igualmente indicaron las diligencias que realizaron y como registraron el procediendo, aunque estos dos policiales presentan un testimonio concordante, la Sala aprecia como lo evidenció la Juez de Primera Instancia algunas inconsistencias en sus dichos pues aunque estos informan que que se trató de una persecución, después de recibir información de fuente no humana sobre la presencia de personas dedicadas a la venta de estupefacientes, y al verificar la misma el implicado y su compañero detectaron su presencia huyen y tratan de refugiarse en la vivienda de alias “Morisco”, traspasan la puerta

y los alcanzan en la sala, donde los reducen y al requisar a Daniel le incautan el arma de fuego, lo cierto es que sobre tal labor no existe evidencia demostrativa del sitio exacto donde se aprehendió el ciudadano, ni reporte gráfico del ingreso a la vivienda (puerta de entrada), tampoco dónde exactamente portaba aquel el arma de fuego, si la llevaba en la pretina del pantalón o camuflado.

De otra parte tanto el aquí procesado como su acompañante para ese momento y quien también fuera capturado CRISTIAN ALEJANDRO SOSA RENDON, narran un procediendo totalmente diverso, pues niegan haber huido e indican que los policiales ingresaron a la casa a realizar un allanamiento y en el mismo falsamente les plantón un arma y unos estupefacientes, y aunque como lo menciona la Fiscalía no se puede suponer *a priori* que en efecto los policiales faltaran a la verdad o realizaran un montaje y es cierto que se encontró un arma de fuego, la anotada falta de precisión de la forma como se realizó la incautación en donde la tenía el procesado, y las anunciada falencias de la evidencia demostrativa presentada en el juicio, toda vez que las fotografías aportadas no permiten saber a ciencia cierta en qué lugar se realizó el procediendo, ni tampoco se pudo acreditar debidamente la razón inicial de la intervención policial visto que se tratado de una supera información de fuente anónima, implican entonces que la versión de los policiales no es contundente y clara sobre lo que en efecto ocurrió como para concluir más allá de toda duda que en efecto el aquí procesado portaba el arma que posteriormente fue puesto a disposición de la fiscalía como encontrada en su poder.

Es cierto aquí se presentan dos hipótesis sobre lo ocurrido, la suministrada por la fiscalía fincada en dos declaraciones que presentan las grietas en su credibilidad que evidencia el fallo de primera instancia, y otra la del procesado y de su acompañante que es capturado con estupefacientes, las cuales si bien es cierto no aparecen corroborar por otra prueba, si ponen evidencia algunas falencia de la versión policial, de otra parte se aprecia que en el

procedimiento policial se presentaron al parecer otras irregularidades como las que denuncia la señora NATALIA ISABEL MONTOYA, la cual si bien es cierto tiene una especial relación con el acusado y por esto podría dudarse de la imparcialidad de su dicho, también es ,que no aparecen debidamente refutadas con la prueba de descargo llevada a juicio, y que como se indicó llevó a la falladora de primer instancia a inclinar la balanza por la absolución ante la imposibilidad de derruir la presunción de inocencia.

En ese orden de ideas, las probanzas allegada al juicio no arrojan una conclusión de convencimiento más allá de toda duda sobre la autoría y participación del acusado en el delito endilgado, por el contrario aparecen, fisuras que generan un estado de duda que no se puede despejar con las probanzas allegada al proceso penal, obliga a dar aplicación al principio del *in dubio pro reo*, consagrado en el artículo 7 de la Ley 906 del 2004, como desarrollo de la presunción de inocencia, pues no pudo el Estado lograr desvirtuar la presunción que ampara a toda ciudadano y aunque exista elementos que aparentemente demuestren la autoría y responsabilidad necesariamente no se puede condenar si subsisten dudas.

Debe igualmente aquí señalarse que no es que aquí se concluya que el arma incautada, fue llevada a dicho lugar por los policiales, pues lo cierto es que el procesado y acompañante se limitan a indicar que ellos no portaban el arma no sabiendo de donde sale la misma, y aunque esta pudiere efectivamente si estar en el inmueble lo cierto es que se causo porque el señor MONSALVE CARO portaba dicha arma, por lo mismo era indispensable saber como lo reclama la falladora de primera instancia, si la portaba en la mano, en la pretina de su pantalón u oculta en sus ropas, aspectos esto que no pudieron ser dilucidados con la versión de los agentes del orden que comparecieron al juicio. Surge entonces un estado de duda al respecto que impide llegar al convencimiento necesario para la emisión de una sentencia condenatoria que obliga a dar aplicación al principio del *in dubio pro reo*.

Al respecto la Corte Constitucional al precisar el alcance del principio del *in dubio pro reo* y la absolución por duda precisa *“El proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al sindicado. Es decir, a éste le asiste en todo momento la presunción de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste acorazado con la presunción de inocencia debe ser absuelto.”*¹

Así las cosas, la conclusión a la que se debe arribar debe ser la plasmada en la sentencia objeto de apelación, por lo mismo la determinación a tomar no puede ser otra que la de entrar a confirmar la sentencia apelada

En mérito y razón de lo expuesto el Tribunal Superior de Antioquia, administrando Justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia materia de impugnación de conformidad a lo expuesto en el cuerpo motivo de este proveído.

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto procede el recurso extraordinario de casación que debe ser interpuesto en los 5 día siguientes a la notificación de esta sentencia. (artículo 98 Ley 1195/10). -

¹ Sentencia C 782 del 2005 M.P. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Proceso No. 05 101 60 00000 2022 00021 NI: 2023-0671
Acusado: DANIEL ALBERTO MONSALVE CARO
Delito: Porte Ilegal de armas
Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar
Motivo: Apelación sentencia absolutoria
Decisión: Confirma

CÓPIESE y a su ejecutoria **DEVUÉLVASE** al Juzgado de origen.

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

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: **59f5624cd0e02038f4fa89bfddfcabfc105506b7de549e429132ff3c72d6be88**

Documento generado en 09/10/2023 05:58:59 PM

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

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

Proceso No: 058876000000202300001 NI: 2023-1833
Imputado: WILMAR ALCIDES ZAPATA VALENCIA
Delito: Concierto para delinquir agravado
Motivo: Apelación del auto niega rechazo de una prueba
Decisión: Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 058876000000202300001 **NI:** 2023-1833
Imputado: WILMAR ALCIDES ZAPATA VALENCIA
Delito: Concierto para delinquir agravado
Motivo: Apelación del auto niega rechazo de una prueba
Decisión: Confirma
Aprobado Acta Número: 156 de octubre 9 del 2023
Sala No: 6

Magistrado Ponente: Dr. **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.** -

Medellín, octubre diez de dos mil veintitrés¹. -

(Hora:)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto calendarado el día 4 de septiembre del año en curso en el que el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia negó petición de rechazo sobre algunos elementos de prueba. Inicialmente no se concedió el recurso de alzada por lo que se tramitó recurso de queja que fue resuelto el pasado 12 de septiembre del año en curso², disponiéndose dar curso al recurso de apelación, que ahora se procede a resolver al recibirse de la secretaría de esta Corporación la correspondiente actuación el pasado 2 de octubre del año en curso.

II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES. –

¹ Por inconvenientes en la firma electrónica la providencia se firma al día siguiente de su aprobación.

² Decisión con Ponencia del Magistrado RENE MOLINA CARDENAS.

En desarrollo de la audiencia preparatoria el pasado 4 de septiembre del año en curso y cuando se le dio el uso de la palabra a la defensa para que presentara observaciones al descubrimiento probatorio el togado al frente de la misma solicitó el rechazo por falta de descubrimiento probatorio de los siguientes elementos materiales de prueba enunciados en el escrito de acusación:

El informe del de investigador de campo del 22 de mayo del 2020 suscrito por el VICTOR ALFONSO FORERO CORTES, pues aunque en dicho informe se menciona una serie de entrevistas e informes de inteligencias los mismos no se adjunta al informe en concreto se echa de menos una entrevista del 18 de julio el 2019 rendida por YUBAN GIRALDO MONTOYA, declaración jurada de 19 de junio del 2019, rendida por YUBAN GIRALDO MONTOYA, declaración jurada del 19 de Julio de 210 HILDER GONZALE RAVE, LEINER LANDRO PALAICO URIBE, declaración bajo reserva de identidad, de ALFA UNO, del 14 de febrero del 2020, declaración jurada rendida por Alfa del 13 de febrero del 2020 MARIANA GIRALDO NONTYA del 1 de abril del 2020, igualmente los informes de inteligencia 68 del 25 de febrero del 2020 del Jaula Militar de Antioquia, informe 2020 530 008226-3 de 9 de marzo del 2020 suscrito por JUAN PABLO MESA NIETO, 2020 1300086-3 del 13 de marzo del 2020 de JUAN PABLO MESA NIETO, informe 00092 del 17 de marzo del 2020 del MAYHOR GAMBOA HERNANDEZ, informe de inteligencia 0011 del 7 de abril del 2020 MAOR YILIBER SEXIG GAMBOA HERANDE, del 18 de abril del 2020 también por YILIBER YESID GAMBOA HERNANDEZ.

Igualmente solicita se rechace la declaración de los testigos identificados como ALFA UNO Y DELTA DOS, pues al revisar las entrevistas que fueron descubiertas se aprecia que en las mismas se consigna que se trata de una ampliación de entrevista, y al requerir a la Fiscalía

para que remitiera las entrevistas previas esta se negó alegando que era documentos reservados, con lo que se evidencia un descubrimiento incompleto.

Frente a tales manifestaciones el representante de la Fiscalía General de la Nación indicó que como ya se le había indicado a la defensa, cuando mediante correo electrónico hizo un requerimiento a su despacho por considerar incompleto el descubrimientos, las entrevistas e informes que reclama se le entreguen y que aparecen relacionados en el informe del investigador VICTOR ALFONSO FORERO CORTES, no fueron relacionados como elementos de prueba en la acusación, pues no hacen parte de esta investigación y se refieren a otras personas que no están siendo investigadas en esta causa, y a un hecho diverso como lo es la muerte de un excombatiente de las FARC y como son apenas indiciados está sometida a reserva legal y al no tener ninguna relación con lo que aquí se está juzgado ni se relacionaron en la acusación ni mucho menos deben descubrirse.

En cuanto a la versiones iniciales de los testigos que en su momento fueron identificados como ALFA UNO Y DELTA DOS, estas personas rindieron varias entrevistas pero solo se descubrieron la que tiene que ver con los hechos que aquí se juzgan, es cierto hay una entrevista previa pero en la misma no se les interrogó sobre lo que aquí se está juzgando sino sobre otros eventos totalmente diversos, que no tiene relación algún con el aquí procesado y por lo mismo no debe ni pueden ser traída al juicio estas declaraciones previas.

III. PROVIDENCIA IMPUGNADA. -

Mediante auto del 4 de septiembre del año en curso, decretó la totalidad de las pruebas solicitadas tanto por la Fiscalía y negó el rechazo reclamado por la defensa, indicando que si lo que se pedía descubrir cómo lo informó a Fiscalía se refería a temas que no son objeto de juzgamiento por tratarse de elementos materiales recabados en la investigación de un

homicidio, no hay razón alguna para exigir que los mismos se descubran o mucho menos que como consecuencia de esto se excluyan los testigos pedidos por la Fiscalía.

IV. RECURSO DE APELACION. -

La defensa interpone recurso de apelación y fundamenta su petición de rechazo en los siguientes aspectos.

El informe de policía suscrito por el investigador VICTOR ALFONSO FORERO CORTES, no se ajusta a las previsiones legales del artículo 209 de la Ley 906 del 2004, pues aunque en el mismo se menciona entrevistas, declaraciones e informes de inteligencias los mismos no fueron acompañados con el mismo y ante el requerimiento que no es atendido por la Fiscalía y que impide el cabal ejercicio de la defensa, debe excluirse el referido informe, pues no puede llevarse a juicio una prueba que no puede ser conocida en su integridad al no aportarse previamente las referidas entrevistas y declaraciones, las cuales la defensa debe conocer para saber si en efecto tienen o no relación con los hechos que se están juzgado.

En cuanto alas entrevistas previas de los testigos ALFA UNO Y DELTA DOS, evidente es que si lo que se descubre es una ampliación de entrevista debe entregarse cámbienla entrevista inicial, pues no de otra manera puede ser valorada en su integridad las declaraciones previas para poder constatarla con lo que eventualmente se diga en el juicio y se pueda controvertir lo que estos testigos pretende señalar, para garantizar el efectivo derecho de defensa se debe conocer en su totalidad las pruebas con las que cuenta la Fiscalía y que pretende llevar al juicio, antes de que las mismas sean decretadas.

La Fiscalía como no recurrente insistió que lo reclamado por la defensa, no tiene relación con los hechos que aquí se están juzgando y se refiere a investigaciones contra terceros no vinculados en esta causa y respecto de los cuales existe reserva legal.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA. -

El asunto que concita el interés de la Sala es establecer si se debe acceder al rechazo reclamado por la defensa.

Sobre las consecuencias de la Fala de descubrimiento la Ley y la jurisprudencia son claras al señalar que la consecuencia de la misma es el rechazo de los elementos de prueba no descubierto en efecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³ indica :

«” El artículo 346 de la Ley 906 de 2004, señala: 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 conlleva la exclusión del elemento material probatorio o evidencia física, pues ello estructura una actuación desleal. Ahora bien, esta norma contempla una excepción a la sanción, y ocurre cuando se acredita que su incumplimiento obedece a causa no imputable a la parte obligada verbi gracia, cuando ante quien se debe exhibir la evidencia no acude al sitio indicado para tal fin, o cuando la dificultad para develar el elemento probatorio o la evidencia no es imputable a quien la presenta»

En el presente caso la defensa considera que no se cumplió con el deber de descubrimiento de algunos elementos probatorios a saber:

³ AP36788 DEL 2011.

En primer lugar, de varias de las entrevistas e informes relacionados en el informe del investigador VICTOR ALFONSO FORERO CORTES, pues, aunque se le hizo entrega a la defensa del respectivo informe, no se le remitieron los anexos en los que se fundaba dicho informe y con esto se contravino lo establecido en el artículo 209 de la Ley 906 del 2004. Al respecto debe indicarse en primer lugar que el informe de policía por sí solo, aunque es un elemento material, no es una prueba, pues al juico lo que ingresa es la declaración del investigador, y el informe es solo la base de las actividades que ejecutó y que eventualmente puede servir para fines de refrescar memoria, o impugnar credibilidad, pero de manera laguna es una prueba autónoma.

Ahora bien, es cierto y así lo admite la Fiscalía, que en el informe suscrito por el investigador VICTOR ALFONSO FORERO CORTES, se menciona varias entrevistas y algunos informes de inteligencia que no se entregaron con el descubrimiento probatorio, pero argumenta que esto se debe a que los mismos se refiere a hechos diversos como lo es la muerte de un excombatiente de las FARC, y a personas que no están siendo llamadas a responder en la presente actuación, por eso no se relacionaron tales entrevistas e informes en las solicitudes probatorias que se elevaron en el pliego de acusación.

Al respecto debe precisar la Sala que en efecto ni los informes de inteligencia ni las entrevista y declaraciones que menciona la defensa aparecen relacionadas en el informe del investigador FORERO CORTES, fueron enunciadas como pruebas o elementos materiales de prueba de la Fiscalía en la acusación, y la existencias de los misma surge es de la lectura que da la defensa al material descubierto, que por demás aún no conoce la judicatura, y la explicación que da la Fiscalía para no entregar dichos elementos, conforme al principio de buena fe resulta plausible, pues si no tiene relación con la persona que aquí se juzga ni en concreto con los cargos que se le están formulando al acusado, mal se haría con traer a este juicio elementos que resultarían totalmente inútiles, por lo que evidente es que mal se haría en exigir la entrega de los mismo, o mucho menos considerar que se debe entonces impedir

el uso del referido informe para los fines que legamente se permiten o rechazar la prueba que en concreto se derivaría de dicho informe como lo es la declaración del investigador FORERO CORTES, por lo que la determinación del juez de primera instancia resulta acerada, debiendo eso si dejar expresa constancia que al declarar el prenombrado investigador, no podrá exponer ningún aspecto referido en las entrevistas e informes que la defensa a mencionado no se descubrieron, pues como no se entregaron y como lo menciona la Fiscalía se refieren a otro hechos bajo ninguna óptica podrán entonces ser ventilados directa o indirectamente por el referido testigo al momento de rendir su versión en el juicio.

Ahora en lo que tiene que ver con la declaración previas de los testigos denominados ALFA UNO Y DELTA DOS que la Sala entiende corresponden a YEISON ALVAREZ ACEVEDO Y HAMILTON JOHAN BUITRAGO OCHOA, conforme lo consignado en el escrito de acusación⁴, se tiene que la Fiscalía descubrió sendas entrevistas de estas personas rendidas tal y como consta en el ya referido escrito de acusación los días 20 y 21 de mayo del 2020, tenemos que el representante del Ente Instructor reconoce que estas personas rindieron varias versiones, pero solo trae a juicio la que se refiere a los hechos materia de investigación y no una previa que estas personas ya habían rendido, que es la que ahora reclama la defensa no se le descubrió y que traería como consecuencia el rechazo de sus declaraciones en el juicio.

⁴ En concreto lo consignado en la acusación es del siguiente tenor:

“A. Testimonial: Sírvase decretar el testimonio de las siguientes personas, que serán presentadas en la respectiva audiencia pública: 1. YEISON ALEXIS ÁLVAREZ ACEVEDO (ALFA 1). Testigo directo de los hechos. Rinde declaración del 21-05-2020, acta y álbum para reconocimiento fotográfico del 21-05-2020 2. JUAN CAMILO LÓPEZ LINARES. CTI UEI. Realiza acta y álbum para reconocimiento fotográfico del 21-05-2020 con el testigo YEISON ALEXIS ÁLVAREZ ACEVEDO (ALFA 1), acta y álbum para reconocimiento fotográfico del 20-05-2020 con el testigo HAMILTON JOHAN BUITRAGO OCHOA (DELTA 2) 6. HAMILTON JOHAN BUITRAGO OCHOA (DELTA 2). Testigo directo de los hechos. Rinde declaración del 20-05-2020, acta y álbum para reconocimiento fotográfico del 20-05-2020.”

Al respecto la Sala encuentra que la explicación dada por la Fiscalía y acogida por el juez de primera instancia, resulta plausible a la luz del principio de buena fe, si es verdad, pues no se conoce e contenido de tales declaraciones previas, que en las mismas nada se dice sobre el aquí acusado, ningún sentido tiene que se descubra la misma, pues no interesa a esta causa, por lo mismo acertado es que no se decrete el rechazo reclamado por la defensa de la prueba testimonial, pues la misma solo podrá versar sobre lo referido en las entrevistas descubiertas del 20 y 21 de mayo del 2020, que se refiere a lo que aquí se está juzgando no siendo posible entonces que estos testigos se pretenda probar sobre aspectos diversos no solo porque no tiene relación sobre lo que se juzgan sino además porque de hacerlo implicaría partir de información recibida en otras entrevistas que no fueron descubiertas en esta actuación y por lo mismo no podrá llegar tal información a esta causa.

En ese sentido entonces se confirmará la providencia materia de impugnación.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, con las observaciones hechas en este proveído sobre las entrevistas, informes y declaraciones previas que no fueron descubiertas.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Proceso No: 058876000000202300001 NI: 2023-1833
Imputado: WILMAR ALCIDES ZAPATA VALENCIA
Delito: Concierto para delinquir agravado
Motivo: Apelación del auto niega rechazo de una prueba
Decisión: Confirma

Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

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: **feb2b5ee0ed1caf5bc2712c1825d813ef70c832516d892ca028a0cab69bfe871**

Documento generado en 10/10/2023 10:40:05 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, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 215

RADICADO : 05 154 60 00000 2023 00022 (2023 1570)

DELITO CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO

ACUSADO : MARTA ELENA OLARTE

ASUNTO : DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la decisión proferida el 17 de agosto de 2023, mediante la cual el titular del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia negó solicitud de preclusión de la investigación.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que, en la audiencia de formulación de imputación, realizada el 24 de mayo de 2020, se estableció que MARTA ELENA OLARTE perteneció a un grupo armado organizado en el municipio de Zaragoza, Antioquia, desde julio de 2018 y hasta la fecha de su captura (23 de mayo 2020), organización en la que se desempeñaba como “Campanera”, toda vez que informaba los movimientos de la fuerza pública, asimismo, se encargaba de una de las plazas de vicio.

La procesada fue presentada el 24 de mayo de 2020 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Zaragoza, oportunidad en la que se le formuló imputación por el delito de concierto para delinquir agravado (art. 340

Inc. 2 del C.P.). Se le impusieron medidas no privativas de la libertad, establecidas en el artículo 307 literal b numerales 3 y 4 del C.P.

El 22 de noviembre de 2021, la Fiscalía presentó escrito de acusación, fijándose por parte del Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el 23 de mayo de 2022 como fecha para celebrar audiencia de formulación de acusación. Sin embargo, la misma fue aplazada en diversas oportunidades, lográndose instalar audiencia con tal objetivo el 21 de octubre de 2022, fecha en la que MARTA ELENA OLARTE informó que ya había sido condenada por los mismos hechos, lo cual llevó a que la Fiscalía solicitara la suspensión de la audiencia.

El 06 de diciembre de 2022, se realizó audiencia de formulación de acusación respecto a cinco procesados y se informó que al parecer MARTA ELENA OLARTE ya había sido condenada por los mismos hechos, concretamente, el 02 de agosto de 2021 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

El 30 de marzo de 2023, la Fiscalía retiró el escrito de acusación respecto a MARTA ELENA OLARTE, toda vez que conocida la información anterior, presentaría solicitud de preclusión.

La Fiscalía solicitó se decretara la preclusión de la investigación a favor de MARTA ELENA OLARTE, por el delito que le fue imputado, argumentando que operaba la causal 1° del precepto 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por la “Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal”, toda vez que la ciudadana ya había sido condenada por los mismos hechos y delitos, es decir, considera que existe identidad de sujeto, objeto y causa pues la

procesada, según los elementos de juicio, ha pertenecido ininterrumpidamente desde el año 2018 a la organización criminal conocida como Clan del Golfo.

Argumentó que su antecesora, Fiscal 48 Especializado de Antioquia, presentó escrito de acusación en contra de la señora Marta Elena Olarte como presunta autora del delito de concierto para delinquir como integrante del grupo armado organizado Clan del Golfo con injerencia en varios municipios y en especial con relación a la señora Marta Elena en el municipio de Zaragoza, extendiendo como tiempo de permanencia en el grupo desde enero de 2019 hasta el mes de noviembre del mismo año.

No obstante, la Fiscalía de igual manera ya había adelantado por otro lado investigación contra el mismo grupo delincencial contra otras personas y también contra la señora Marta Elena Olarte, suscribiendo la participación de la misma en el mismo grupo delincencial pero ya desde inicios de 2020 hasta diciembre de dicha anualidad.

En esa oportunidad como lo manifestó el defensor se llegó a terminación anticipada del proceso en el Juzgado Tercero Especializado de Antioquia mediante sentencia del 2 de agosto del año 2021, allí se tuvieron como fundamentos probatorios las declaraciones de los señores Juneyder Días Jiménez y de la señora Cruz Celina Murillo Sánchez, quienes manifestaron en sus entrevistas y reconocimientos que la señora Marta Elena Olarte, quien era conocida en el grupo delincuencia como alias la mocha, hacía parte de ese grupo desde hacía mucho tiempo y desde mucho antes del tiempo en que ellos rindieron las declaraciones y desde antes que hicieran parte. Declaraciones que fueron recibidas en la misma época en que

fuera capturada la procesada el 14 de noviembre de 2020 y la segunda el 15 de noviembre de 2020.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

En audiencia celebrada el 17 de agosto de 2023, el señor Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia decidió negar la solicitud de preclusión.

Advirtió que, pese a la solicitud de la Fiscalía, la realidad procesal es otra y no se entiende por qué no se hicieron los correctivos, como la conexidad.

Explicó que para señalar que hay vulneración al principio de non bis in ídem, es necesario demostrar que nos encontramos en tres aspectos idénticos: identidad de persona, identidad de causa e identidad de objeto. Se requiere que el marco fáctico motivo de imputación sea el mismo en ambas actuaciones.

Pero en la sentencia proferida por el homólogo, los hechos del proceso quedaron reseñados en el siguiente ámbito temporal: se enmarcaron desde inicios del año 2020 y hasta el 3 de diciembre de esa anualidad, y los hechos de la primera actuación, la imputación comunicó hechos de julio de 2018 hasta el momento de su captura ha de entenderse que hasta finales del año 2019 porque los otros fueron juzgados por el juzgado 3º.

Concluyó entonces que no tenemos una continuación ininterrumpida de la delincuencia, procesalmente lo que tenemos que la señora Marta Elena venía cometiendo el delito de Concierto para delinquir por lo

menos desde el año 2018. Ella fue capturada se le formuló imputación, no se le impuso medida de aseguramiento y reincide en la comisión del delito, es decir, vuelve y se vincula a la estructura, en ese caso no se han juzgado los hechos enmarcados entre el año 2018 y finales del año 2019.

Para su criterio, se trata simplemente de un fenómeno de reincidencia y la solución correcta hubiera sido la conexidad.

Citó jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, por la que concluyó que los casos de reincidencia –que es lo que aquí ocurre- no quedan cobijados bajo la prohibición de doble incriminación y, en consecuencia, no encontró viable acceder a la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía al tenor de la causal 1° del art. 332 del C.P.P.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor Fiscal, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Argumenta que en este caso no se trata de una reincidencia de la procesada sino de una continuidad de la misma en el delito. La situación se generó por un proceso que fue iniciado desde el año 2018. La otra causa se inició con posterioridad y generó la condena. Por tanto, no es que la señora haya sido condenada por un hecho previo, sino que este segundo proceso se venía adelantando con anterioridad y es la continuidad de la actividad de la señora Marta Elena la que genera el segundo proceso por el cual fue condenada.

En las declaraciones que dan sustento a la actuación se hace alusión que ella pertenecía al grupo desde mucho antes de ese año 2020. No estamos hablando en este momento de una reincidencia sino al contrario, es la continuidad de la señora Marta Elena en la actividad delictiva. Doña Marta nunca dejó de pertenecer al grupo. Hubo una mala clasificación de la temporalidad. Solicita se revoque la decisión y en su lugar acceda a la preclusión.

2. El señor Representante del Ministerio público también solicita revocar la decisión de negar la solicitud deprecada por la Fiscalía. Considera que hay un error por parte del A quo al tomar la decisión. Se ha pregonado por los intervinientes que hay una línea de tiempo única. Desde el año 2018 la señora viene siendo miembro del grupo Clan del Golfo hasta el momento de la judicialización que realiza el juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Antioquia. Es un error no reconocer que se trata de los mismos hechos, por la línea de tiempo relativa al 2020. Se debe examinar que la señora es miembro desde el año 2018 hasta el momento de su captura. Por ello, considera que se vulnera el principio de non bis in ídem. Negar la preclusión basada solo en la línea de tiempo, desconoce el material probatorio. No se puede hablar de reincidencia y no hubo ruptura en el tiempo, como erradamente lo aprecia el A quo.

3. El señor defensor de la imputada, como no recurrente, dice que discrepa de la decisión. La línea de tiempo ha sido demostrada. La investigación inicia en el año 2018 y dos delegados de la Fiscalía estaban investigando el mismo hecho a una misma persona en una misma línea de tiempo.

Solicita se revoque la decisión de primera instancia, pues no existe un elemento material probatorio que dé cuenta que existió una ruptura en esa línea de tiempo en la comisión de la conducta punitiva, pero sí por el contrario podrá verificarse que en los elementos material probatorios que la señora Marta Elena Olarte, con el mismo alias, con la misma organización y en el mismo lugar perteneció a una organización criminal debidamente identificada cumpliendo el mismo roll. Nunca se rompió esa continuidad, esa conducta fue permanente en el tiempo. Las circunstancias de tiempo modo y lugar son homogéneas. Nos encontramos ante la misma persona y ante la misma causa. Se cumplen los tres requisitos para revocar la decisión del A quo y acceder a la preclusión.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico puesto a conocimiento de la Sala en esta oportunidad se contrae en determinar si le asistió o no razón al A quo al negar la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía.

Para decidir la Sala analizó atentamente lo ocurrido en los procesos y pudo determinar lo siguiente:

1. El 24 de mayo de 2020 ante el Juez Promiscuo Municipal de Zaragoza (Antioquia) se legalizó la captura, se formuló imputación y se le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad establecida en el artículo 307 literal b numerales 3 y 4 del c.p.p. a la señora MARTA ELENA OLARTE.

En la diligencia se presentaron otros procesados: Andrés Yorjany Sánchez, Faber Arroyo Suárez y María Rocío Londoño Yepes.

Se les imputó los delitos de concierto para delinquir con fines extorsivos y tráfico de estupefacientes. Se legalizó diligencia de allanamiento y registro en el inmueble ubicado en el barrio Las Brisas, sector parte alta, del municipio de Zaragoza. Se legalizó incautación de 7 papeletas de marihuana y \$171.000 que estaban en poder de la indiciada MARTA ELENA OLARTE al realizar dicha diligencia.

2. En esa oportunidad en resumen frente a lo ocurrido se tiene:

Que la Fiscalía estaba realizando una investigación estructural, por hechos ocurridos en el municipio de Zaragoza (Antioquia) en donde se advierte la existencia de un grupo armado organizado denominado Clan del Golfo que delinque en ese municipio y que está conformado por varias personas, cada una de ellas se encarga de desplegar un rol dentro de la organización criminal, importante para el actuar criminal de dicha organización. Dicho grupo está conformado por más de 2000 miembros para esa fecha.

De esa estructura se tiene varias subestructuras, y en este caso se habla de las subestructuras Virgilio Peralta Arenas, Julio César Vargas y Francisco José Morelos Peñata, quienes juntas comparten el dominio de las rentas ilegales. El dominio criminal en los municipios del bajo cauca antioqueño. En esta oportunidad de Zaragoza.

En lo que tiene que ver con esta imputación se indicó que la temporalidad se referirá para todos, a partir de julio de 2018 a la fecha en que fueron capturados. Esa es la temporalidad del concierto para delinquir.

Se refiere a la ciudadana conocida con el alias de la Mocha, Marta Elena Olarte. Su roll específico es ser campanera y expendedora del grupo armado organizado en el municipio de Zaragoza. Es la encargada de informar a la banda criminal los movimientos de la fuerza pública y de igual manera es la encargada de una de las plazas de vicio de la organización criminal. Teniendo en cuenta las labores investigativas, dentro de esa estructura que delinque desde julio de 2018 hasta la fecha de la captura, esta ciudadana hace parte activa del grupo criminal desempeñando ese roll importantísimo de ser campanera dentro de la organización delincuencia. También se dedica a expender sustancias estupefacientes.

3. En el proceso por el cual resultó la señora Marta Elena Olarte condenada, mediante sentencia del 2 de agosto de 2021, se dice que un grupo de personas se asociaron con la empresa criminal Clan del Golfo para traficar estupefacientes en dosis personales en el municipio de Zaragoza (Antioquia) a inicios de 2020.

Marta Elena Olarte tenía el roll de coordinadora con Karen Paola Cipriano Núñez, alias la flaca. Víctor Alfonso Pereira Pión e Isabel Cristina Sánchez Serna, almacenaban los alucinógenos en dosis personales, abastecían los puntos fijos o móviles de expendio y recaudaban dineros producto de la venta. En tanto que Alexander Hernández Jaramillo, Yorman Daniel Morillo Dorante y Adrián Farid Paz Mora eran expendedores.

Se informó que las acciones criminales que los siete procesados desarrollaron se realizaron hasta el momento de su captura. materializadas los días 2 y 3 de diciembre de 2020. El 4 de diciembre

de 2020 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Bagre (Antioquia) se legalizó la captura.

Ahora, con los elementos materiales probatorios que fueron aportados para demostrar las conductas punibles objeto de acusación vía preacuerdo, quedó claro que la señora Marta Elena Olarte venía delinquiendo con el grupo al margen de la ley, denominado Clan del Golfo desde mucho tiempo antes y en su labor de expendedora de estupefacientes. Que su vivienda había sido allanada y registrada en varias ocasiones y que había sido también capturada, por lo cual existían en su contra otras investigaciones. No obstante, para ese caso se limitó la temporalidad desde inicios del año 2020.

Con lo visto, es indiscutible que la señora Marta Elena Olarte desde hace mucho tiempo pertenece o trabaja para una organización criminal que está conformada por muchas personas y que se dedican en la municipalidad de Zaragoza al negocio del tráfico de estupefacientes y otros delitos que son cometidos por el llamado Clan del Golfo. Ello podría sugerir que no debe ser condenada por el delito de Concierto para Delinquir con respecto a la pertenencia a ese grupo en más de una oportunidad.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el delito de Concierto para Delinquir es un delito de carácter permanente y se comete mientras la persona pertenezca a una organización criminal y realice actos positivos para el cumplimiento de sus fines, lo cual puede extenderse en el tiempo.

Entonces surge el problema técnico y de carácter procesal para el enjuiciamiento de un delito que en su desarrollo se realizan actos de

ejecución durante mucho tiempo que incluso puede comprender el posterior a recibir una sentencia condenatoria.

No hay duda alguna que una vez emitida la sentencia condenatoria, los hechos posteriores referidos a la continuación de la comisión del mismo delito también deben ser perseguidos por las autoridades y no es de extrañar que frente a ellos pueda iniciarse un nuevo proceso y emitirse una nueva condena, Pues la sentencia inicial no puede ser una patente para que la persona condenada continúe en la misma actividad delictiva.

Igualmente, no es difícil de comprender que, si en algún momento del desarrollo de la ejecución de un delito de carácter permanente existe una ruptura en su comisión, esto es, el delito cesa por alguna razón, pero posteriormente inicia de nuevo, exista la posibilidad procesal de realizar dos juicios de reproche por tratarse en la realidad fáctica de dos hechos punibles debidamente identificables.

El problema que se le presenta en esta oportunidad a la Sala es diferente, pues la condena que se emitió en contra de la señora Marta Elena Olarte está referida a hechos posteriores a una imputación anterior (incluso tomó algunos meses de esa línea de tiempo anterior) mientras que por la primera fase de la comisión de la ilicitud de carácter permanente aún no se ha presentado la acusación (ya que fue retirado el escrito de acusación).

Considera la Sala que la respuesta a este interrogante lo suministra la propia jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia con respecto a las vicisitudes procesales de las actuaciones frente a delitos de carácter permanente.

Por ejemplo, frente a la prescripción en casos de delitos de carácter permanente, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha establecido¹:

3. De conformidad con el artículo 83 de la Ley 599 de 2000², la acción penal prescribe en un término igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a 5 años ni excederá de 20, salvo las excepciones previstas en dicha disposición.

A su vez, el artículo 84 de esa codificación³ señala que la prescripción de la acción penal se contabiliza, para las conductas de ejecución instantánea, desde el día de su consumación. Y, para los delitos de ejecución permanente, «desde la perpetración del último acto».

El delito de rebelión es de ejecución permanente⁴. Por tal razón, la contabilización del término prescriptivo para esa conducta debe hacerse a partir del momento en que se materializa el último acto o, en otras palabras, cuando «se deja de cometer»⁵.

Ahora bien, aun cuando se trate de conductas de ejecución permanente como la que se analiza, existe un **límite temporal** para la comisión del delito, el cual, para los eventos en los que el procesado no ha sido capturado, se fija por el momento en el que el acto procesal mediante el cual se dispone el cierre de la investigación queda debidamente ejecutoriado.

Así lo dijo la Corte en CSJ SP, 20 de junio de 2005, Rad. 19915 (reiterada en CSJ SP, 16 de septiembre de 2010, Rad. 26680 y CSJ SP, 30 de marzo de 2006, Rad. 22813), en el siguiente sentido:

En consecuencia, como con la ejecutoria de la resolución de acusación se hace, por así decirlo, un corte de cuentas en el delito permanente que permite valorar el comportamiento ilícito que el procesado realizó por lo menos hasta el cierre de la investigación, se debe aceptar como cierto, aunque en veces sea apenas una ficción, que allí cesó el proceder delictivo y, en consecuencia,

i) los actos posteriores podrán ser objeto de un proceso distinto; y,

ii), a partir de ese momento es viable contabilizar por regla general el término ordinario de prescripción de la acción penal como que, en virtud de la decisión estatal, ha quedado superado ese “último acto” a que se refiere el inciso 2º del artículo 84 del Código Penal.

¹ Ver Decisión del 6 de diciembre de 2017, radicado 49697, M.P. Dra Patricia Salazar Cuéllar.

² En el mismo sentido el artículo 80 del Código Penal de 1980, norma vigente para la época de los hechos.

³ Norma que reprodujo de forma idéntica lo previsto en el artículo 83 del Decreto Ley 100 de 1980.

⁴ CSJ SP, 16 de septiembre de 2010, Rad. 26680; CSJ SP, 8 de julio de 2009, Rad. 31151; y CSJ SP, 20 de junio de 2005, Rad. 19915, entre otros.

⁵ CSJ SP, 18 de noviembre de 2004, Rad. 20005.

Ahora, tratándose de delitos juzgados bajo las normas de la ley 906 de 2004, la Alta Corporación precisó⁶:

Para la Corte, la pretensión del recurrente resulta alejada por completo de la verdad procesal, pues siendo el delito de inasistencia alimentaria de naturaleza permanente, su comisión se extiende hasta el último acto configurativo de la sustracción a la obligación de suministrar alimentos o como en este caso, hasta el momento de la formulación de imputación que según se advierte de las glosas procesales acaeció el 11 de febrero de 2015, fecha para la cual aún persistía la conducta delictiva.

Y en la jurisprudencia citada por el A quo frente a la vulneración del principio non bis in ídem con respecto a delitos permanentes, la Honorable Corte puntualizó⁷:

Ahora, para descartar la posibilidad de un doble enjuiciamiento por actos que resultaren conglobados por un mismo acuerdo criminal común, la Corte ha sido consistente en señalar que todas aquellas actividades propias del convenio ilegal, no conocidas para el momento de elevar pliego de cargos por el delito de concierto para delinquir, pero que respondan a un designio específico delincencial, concebido por los miembros de la organización durante igual espacio temporal al que rigió los hechos investigados o juzgados, y que se perciban como la manifestación de la persistencia de sus integrantes en la asociación ilícita, deben ser tratados bajo la concepción de *unidad de conducta* y, por consiguiente, no podrán ser objeto de nueva instrucción o juzgamiento. (CSJ SP, 25 may. 2011, rad. 32.792).

(...)

Este predicado resulta ser de fácil comprensión lógica si se habla de comportamientos de ejecución instantánea, pero reviste cierta complejidad, en tratándose de delitos de ejecución permanente.

Ciertamente, cuando la acción típica se agota en un solo momento, fácil es establecer, si la prohibición de doble imputación se ha vulnerado al perseguir dos veces un solo acto antijurídico; no así, cuando la conducta se desarrolla sucesivamente en el tiempo, pues, en este caso, corresponde verificar el instante específico en que se consumó la conducta, que para el caso de los reatos de ejecución permanente, lo será cuando no se realice más la acción ilícita, o, si es el caso, hasta la ejecutoria del cierre de la investigación, si es que perdura más allá de ese acto procesal, por virtud de una ficción legal, de orden jurisprudencial (CSJ AP 04 dic. 2013, rad. 42552) propia de esta clase de infracciones penales.

⁶ Ver decisión del 6 de agosto de 2019, radicado 52591, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

⁷ Ver Decisión del 18 de marzo de 2015. Radicado 36.828. M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera

En realidad, si se comprueba que no se trata de la ininterrumpida y constante realización del tipo penal sino de la reincidencia en el delito, debido a que éste se desplegó luego de que alcanzara su consumación, bien porque existe evidencia de un último episodio realizado por el agente o porque quedó en firme la clausura del sumario, no podría operar el principio *non bis in idem*, habida cuenta la necesidad de investigar la nueva manifestación del reato.

Como puede verse fácilmente, cuando el A quo manifiesta que estamos ante la reincidencia, no se está refiriendo a que el delito de Concierto para Delinquir en su ejecución por parte de la procesada haya alcanzado su consumación en algún momento, sino que ante la imputación que le fuera realizada el 24 de mayo de 2020, por razones procesales, es ese el momento en que debe contarse la terminación de la conducta delictiva y los actos posteriores pueden ser sujetos a nuevo juzgamiento.

En el presente caso, conforme con las evidencias, la Fiscalía tenía claro que la señora Marta Elena Olarte venía delinquir desde tiempo atrás y que había sido objeto de inicio de otros procesos en su contra, por lo cual debió delimita claramente la línea temporal en el nuevo proceso que se le inició, pero tomó algo más. Por ello, se entiende por qué al momento de presentarse el escrito de acusación, que fue retirado, la Fiscalía delimitó el tiempo hasta finales del año 2019, temporalidad que no ha sido juzgada todavía.

Si bien la solución para el caso podría haber sido otra, como la unificación en un solo proceso de las dos actuaciones, lo claro es que ya tenemos, frente al tiempo posterior y comprendido para el año 2020, un juzgamiento mediante sentencia ejecutoriada, por lo que no se observa la razón para no continuar el adelantamiento del proceso iniciado por los hechos configurados con anterioridad.

En razón de lo expuesto, la Sala confirmará la decisión impugnada.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, resuelve **CONFIRMAR** el auto de origen, fecha y naturaleza ya mencionados.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE⁸

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada

⁸ 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**

**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: **24abdf76950984458edccb00c42ec7e4bc6193ac2e4526f8175b45379d21d8df**

Documento generado en 13/10/2023 09:51:05 AM

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